

**TEORIA DA LEGISLAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA
NA ESPANHA E NO BRASIL:
análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher**

Roberta Simões Nascimento

Universidade de Alicante (UA) / Universidade de Brasília (UnB)

Alicante – Brasília

2018

ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO

**TEORIA DA LEGISLAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA
NA ESPANHA E NO BRASIL:
análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher**

Tese de Doutorado apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito pela *Universidad de Alicante* (UA), Espanha, e pela Universidade de Brasília (UnB), em regime de cotutela internacional.

Orientador: Prof. Manuel Atienza Rodríguez (UA)

Co-orientadora: Profa. Claudia Rosane Roesler (UnB)

Áreas de concentração: *Argumentación y constitucionalismo* (UA); Direito, Estado e Constituição (UnB)

Universidade de Alicante (UA) / Universidade de Brasília (UnB)

Alicante – Brasília

2018

ROBERTA SIMÕES NASCIMENTO

TEORIA DA LEGISLAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA
NA ESPANHA E NO BRASIL:
análise dos cenários das leis sobre a violência contra a mulher

A Tese de Doutorado apresentada por Roberta Simões Nascimento, sob a orientação dos Professores Manuel Atienza Rodríguez (UA) e Claudia Rosane Roesler (UnB), foi julgada adequada para a qualificação do Título de Doutora em Direito, e aprovada pela Coordenação da Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, perante a banca abaixo indicada.

Brasília, 21 de setembro de 2018.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Manuel Atienza Rodríguez
(*Universidad de Alicante* – Orientador)

Professora Doutora Claudia Rosane Roesler
(Universidade de Brasília – Co-orientadora)

Professor Doutor Fabiano Hartmann Peixoto
(Universidade de Brasília – Membro Avaliador interno)

Professor Doutor Fernando Ângelo Ribeiro Leal
(Fundação Getúlio Vargas Rio de Janeiro – Membro Avaliador Externo)

Professor Doutor Isaac Costa Reis
(Universidade de Brasília – Membro Suplente)

RESUMO

Esta tese expõe os estudos de teoria da legislação e da argumentação legislativa na Espanha e no Brasil, com considerações críticas e perspectivas de desenvolvimento. Parte-se das premissas de que o momento da produção legislativa é relevante para os estudos jurídicos e de que a construção de um Estado Constitucional passa por fomentar uma cultura argumentativa em todos os campos, inclusive no Poder Legislativo, por ocasião do processo de elaboração das leis. Acredita-se que, ao se pedir que os legisladores deem razões, contribui-se para a formação de leis melhores e para o fortalecimento do império da lei, base do Estado de Direito. As consequências metodológicas dessas premissas no momento pós-legislativo – ou seja, uma possível maior deferência aos legisladores que fazem boas leis – não chegam a ser aprofundadas nesta oportunidade. Sem menosprezar a importância dos problemas de interpretação e aplicação do direito legislado, as preocupações do trabalho se dirigem para melhorar o que acontece desde o primeiro impulso legislativo até a publicação da lei no diário oficial. Este trabalho se dedica às atividades legislativas, não às judiciais. A tese está dividida em três partes. Na Parte I, apresenta o estado da arte quanto aos estudos sobre teoria da legislação e da argumentação legislativa na Espanha e no Brasil, com os principais autores, ideias, obras e críticas respectivas. Na Parte II, faz-se um estudo comparado de casos, a partir da reconstrução da argumentação legislativa sobre a *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, aprovada na Espanha, e sobre a lei correspondente brasileira, qual seja, a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, apelidada Lei Maria da Penha, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Nas duas análises, o foco se dá na reconstrução dos contextos e nos argumentos nos momentos pré-legislativo, legislativo propriamente dito e pós-aprovação da lei. Os dois casos, além de comparados, são utilizados para problematizar questões importantes que afetam a produção das leis, algumas das quais não devidamente tratadas no plano das teorias estudadas na Parte I. A Parte III é destinada à reflexão sobre os desafios analíticos ainda pendentes de teorização e alguns possíveis caminhos para o aprofundamento dos estudos sobre a teoria da legislação e da argumentação legislativa. Tais considerações têm como base o levantamento teórico feito na Parte I e os aspectos mais concretos revelados Parte II. Adicionalmente, a Parte III avança em algumas premissas que podem servir de base para a construção de uma teoria da legislação com o enfoque argumentativo ou, se se prefere, uma teoria da argumentação legislativa mais completa, que pretenda captar melhor o objeto de estudo. Ainda nessa oportunidade, levando em consideração a preocupação com a melhoria das práticas dentro do Poder Legislativo, e colocando o acento no campo pragmático – com propostas de concreção viáveis dentro do Parlamento –, são formuladas sugestões para a racionalização do processo legislativo e o aperfeiçoamento institucional da capacidade argumentativa dos legisladores.

Palavras-chave: Teoria da legislação; Argumentação legislativa; Racionalidade legislativa; Violência contra a mulher; Processo legislativo.

RESUMEN

Esta tesis expone los estudios de teoría de la legislación y de la argumentación legislativa en España y en Brasil, con consideraciones críticas y perspectivas de desarrollo. Se parte de las premisas de que el momento de la producción legislativa es relevante para los estudios jurídicos y de que la construcción de un Estado Constitucional pasa por fomentar una cultura argumentativa en todos los campos, incluso en el Poder Legislativo, por ocasión del proceso de elaboración de las leyes. Se cree que, al pedir que los legisladores den razones, se contribuye a la formación de leyes mejores y al fortalecimiento del imperio de la ley, base del Estado de derecho. Las consecuencias metodológicas de estas premisas en el momento post-legislativo – es decir, una posible mayor deferencia a los legisladores que hacen buenas leyes – no son profundizadas en esta oportunidad. Sin menoscabar la importancia de los problemas de interpretación y aplicación del derecho legislado, las preocupaciones de este trabajo se dirigen hacia mejorar lo que sucede desde el primer impulso legislativo hasta la publicación de la ley en el boletín oficial. Este trabajo se detiene en las actividades legislativas, no en las judiciales. Esta tesis está dividida en tres partes. En la Parte I, presenta el estado del cosos de los estudios sobre teoría de la legislación y de la argumentación legislativa en España y en Brasil, con los principales autores, ideas, obras y críticas respectivas. En la Parte II se hace un estudio de casos, a partir de la reconstrucción de la argumentación legislativa sobre la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en España, y sobre la ley homóloga brasileña, la *Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006*, más conocida como *Lei Maria da Penha*, que crea mecanismos para cohibir la violencia doméstica y familiar contra la mujer, conforme el párrafo 8º del art. 226 de la Constitución Federal de Brasil. En los dos análisis, el foco se da en la reconstrucción de los contextos y en los argumentos en los momentos pre-legislativo, legislativo propiamente dicho y post-aprobación de la ley. Los dos casos, además de comparados, son utilizados para problematizar cuestiones importantes que afectan la producción de las leyes, algunas de las cuales no están debidamente tratadas en el plano de las teorías estudiadas en la Parte I. La Parte III está destinada a la reflexión sobre los desafíos analíticos aún pendientes de teorización y algunos posibles caminos para la profundización de los estudios sobre la teoría de la legislación y la argumentación legislativa. Tales consideraciones tienen como base el levantamiento teórico hecho en la Parte I y los aspectos más concretos revelados en la Parte II. Adicionalmente, la Parte III avanza en algunas premisas que pueden servir de base para la construcción de una teoría de la legislación con el enfoque argumentativo o, si se prefiere, una teoría de la argumentación legislativa más completa, que pretenda captar mejor el objeto de estudio. En esta oportunidad, teniendo en cuenta la preocupación con la mejora de las prácticas dentro del Poder Legislativo, y poniendo el acento en el campo pragmático – con propuestas de concreción viables dentro del Parlamento –, se formulan sugerencias para la racionalización del proceso legislativo y el perfeccionamiento institucional de la capacidad argumentativa de los legisladores.

Palabras clave: Teoría de la legislación; Argumentación legislativa; Racionalidad legislativa; Violencia de género; Procedimiento legislativo.

ABSTRACT

This thesis presents certain studies on theories of legislation and legislative argumentation in Spain and in Brazil, as well as criticism aimed at them, and perspectives for their future development. It starts from the premise that the precise moment of legislative lawmaking is relevant to legal studies, and that the construction of a Constitutional State involves fostering an argumentative culture in all fields, including the Legislative Branch, when elaborating acts. This thesis holds that asking lawmakers to give reasons contributes to better laws and to strengthening the Rule of law, which is the basis of the Constitutional State. There are methodological consequences of these premises in the post-legislative period – one of which is perhaps a greater deference to lawmakers who make good laws –, which will not be gone into in great depth here. While the importance of the problems of interpretation and application of the legislated law is not underestimated, this work focuses on what happens from the first legislative impulse until the publication of the law in the official journal. This thesis focuses on legislative activities rather than judicial ones. The thesis is divided into three parts. In Part I, it presents the panorama of studies on theory of legislation and legislative argumentation in Spain and Brazil, examining the main authors, ideas, works and respective criticisms. In Part II, a case study is made, reconstructing the legislative argumentation contained in *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre*, regarding protective measures against gender violence in Spain, and that in the corresponding Brazilian act, *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*, popularly known as *Lei da Maria Penha*, which creates mechanisms to curb domestic and family violence against women, under the terms of art. 226, § 8º, of Brazilian Constitution. In both analyses, the focus is on the reconstruction of contexts and arguments in the pre-legislative, legislative, and post-legislative stages of the law. As well as being compared, the two cases are used to raise queries about important issues that affect the production of acts, some of which are not sufficiently or adequately dealt with in the theories studied in Part I. Part III is aimed at 1) reflecting on these as yet unanswered analytical theoretical challenges and 2) puts forward some possible ways in which the theory of legislation and legislative argumentation could approach these challenges in more depth. These considerations are based on the theoretical survey made in Part I and the more concrete aspects revealed in Part II. Part III goes further, listing some premises that could serve as the basis for the construction of a theory of legislation with an argumentative approach, or, if preferred, a more complete theory of the legislative argument. This theory seeks to better capture the object of study, which is the lawmaking moment. Part III also raises the need to improve practices in the Legislative Power, and puts emphasis on the pragmatic field, making feasible proposals for the Parliament, and suggestions which are formulated to rationalize the lawmaking process and to improve the argumentative capacity of legislators on an institutional level.

Keywords: Theory of legislation; Legislative Argumentation; Legislative rationality; Gender violence; Lawmaking process.

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AGU – Advocacia-Geral da União

BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional alemão)

CEDAW – *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*
(Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher)

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CGPJ – *Consejo General del Poder Judicial*

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DDM – Delegacia de Defesa da Mulher

EM – Exposição de Motivos

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LC – Lei Complementar

LVG – *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violência de Género*

LMP – Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006)

OEA – Organização dos Estados Americanos

OIRA – *Office of Information and Regulatory Affairs*

OMB – *Office of Management and Budget*

ONG – Organização Não-governamental

PGR – Procuradoria-Geral da República

RICD – Regimento Interno da Câmara dos Deputados

RISF – Regimento Interno do Senado Federal

MPF – Ministério Público Federal

PT – Partido dos Trabalhadores

PL – Projeto de Lei

REsp – Recurso Especial

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA	13
INTRODUÇÃO.....	15
1. O lugar “do legislativo” na teoria e na filosofia do Direito e suas objeções.....	15
2. Uma agenda de estudos em aberto e o seu interesse.....	20
3. Questões de pesquisa e o universo dos estudos legislativos.....	25
4. Metodologia e perspectivas empírica e pragmática.....	26
5. Estrutura da tese.....	29
PARTE I. ESTUDOS SOBRE A LEGISLAÇÃO, A RACIONALIDADE E A ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA NA ESPANHA E NO BRASIL	32
Capítulo 1. Estudos sobre a legislação, a racionalidade e a argumentação legislativa na Espanha.....	32
1.1. A forma das leis de GRETEL.....	35
1.2. A teoria da legislação de Manuel Atienza.....	45
1.3. A técnica legislativa e a documentação automática da legislação de Josep Aguiló Regla.....	66
1.4. A racionalidade das leis penais de José Luis Díez Ripollés.....	68
1.5. A arte de legislar de Virgilio Zapatero.....	87
1.6. O império da lei de Francisco Laporta.....	138
1.7. As melhores e piores argumentações legislativas de Daniel Oliver-Lalana...	153
1.8. Outras teorias da legislação.....	194
1.8.1. <i>Albert Calsamiglia Blancafort</i>	194
1.8.2. <i>Juan Antonio García Amado</i>	196
1.8.3. <i>Gema Marcilla Córdoba</i>	198
1.8.4. <i>Ángeles Galiana Saura</i>	202
Capítulo 2. Estudos sobre a legislação, a racionalidade e a argumentação legislativa no Brasil.....	211
2.1. O acondicionamento de materiais explosivos de Victor Nunes Leal.....	219
2.2. A técnica legislativa como a arte de redigir leis de Luiz Pinto Ferreira.....	220
2.3. O <i>campus nomogénico</i> de Miguel Reale.....	221
2.4. A informática jurídica de Mario Giuseppe Losano.....	223
2.5. A técnica legislativa procedimental de Kildare Gonçalves Carvalho.....	224

2.6. Os fatos e prognoses legislativas de Gilmar Ferreira Mendes.....	224
2.7. A participação popular e a tecnologia da informação na legística de Fabiana de Menezes Soares.....	229
2.8. A legislação simbólica de Marcelo Neves.....	234
2.9. O envenenamento do ordenamento jurídico de Eduardo Carone Costa Júnior.....	236
2.10. A integridade na teoria da legislação de Adalberto Narciso Hommerding...	238
2.11. O “direito à justificativa” das leis de Ana Paula de Barcellos.....	240
2.12. O processo tributário <i>de lege referenda</i> de João Aurino de Melo Filho.....	244
2.13. Outros trabalhos sobre a legislação no Brasil.....	246
2.13.1. <i>A avaliação legislativa de Natasha Schmitt Caccia Salinas</i>	249
2.13.2. <i>A consolidação e a organização legislativa de Rubens Naman Rizek Junior</i>	252
2.13.3. <i>O processo legislativo orçamentário de Luiz Gustavo Bambini de Assis..</i>	254
2.13.4. <i>A política criminal de Carolina Dzimidas Haber</i>	254
2.13.5. <i>A política legislativa de Felipe de Paula</i>	256
2.13.6. <i>Análise das justificativas para a produção de normas penais</i>	258
2.14. Comparação e conclusões parciais sobre a produção teórica na Espanha e no Brasil.....	259
PARTE II. ESTUDO COMPARADO SOBRE AS ARGUMENTAÇÕES LEGISLATIVAS QUANTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA ESPANHA E NO BRASIL.....	274
Capítulo 3. A argumentação legislativa sobre a violência contra a mulher na Espanha.....	274
3.1. Leis anteriores e contornos dos debates prévios.....	276
3.2. Os antecedentes e a exposição de motivos.....	295
3.3. Os contornos do projeto de lei enviado ao Parlamento.....	302
3.4. Os argumentos de outros atores importantes no momento pré-legislativo.....	312
3.5. A tramitação dentro do Poder Legislativo.....	317
3.6. Os argumentos no Parlamento.....	323
3.7. A lei aprovada e a argumentação pós-legislativa.....	352
3.8. A continuação dos debates e conclusões parciais.....	368
Capítulo 4. A argumentação legislativa sobre a violência contra a mulher	

no Brasil.....	385
4.1. Os antecedentes e a exposição de motivos.....	392
4.2. Os contornos do projeto de lei enviado ao Parlamento.....	401
4.3. A tramitação dentro do Poder Legislativo.....	410
4.4. Os argumentos no Parlamento.....	422
4.5. A lei aprovada.....	437
4.6. A aplicação da lei e a argumentação pós-legislativa.....	442
4.7. Conclusões parciais sobre a argumentação legislativa brasileira.....	459
4.8. Comparação entre a argumentação brasileira e a argumentação espanhola....	464
PARTE III. TEORIA DA LEGISLAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA: LIMITES E POSSIBILIDADES TEÓRICAS E PRÁTICAS.....	471
Capítulo 5. Tarefas e desafios teóricos da teoria da legislação e da argumentação legislativa.....	471
5.1. Noções úteis à teoria da legislação e da argumentação legislativa.....	473
5.2. Uma teoria da interpretação que complete a teoria da legislação e da argumentação legislativa.....	479
5.3. O papel que deve ter o controle judicial de constitucionalidade das leis e o peso da Constituição na legislação.....	485
5.4. A questão da racionalidade política e da mentira na atividade legislativa.....	494
5.5. As conexões entre legislação e corrupção.....	512
5.6. Os riscos do populismo para a legislação.....	520
5.7. A hipertrofia e influência do Poder Executivo na dinâmica legislativa.....	526
5.8. A teoria do Estado e da legislação.....	531
5.9. A racionalidade limitada, os vieses cognitivos e o fator humano na legislação.....	536
5.10. Demais pontos pendentes de desenvolvimento.....	551
5.11. Limites das teorias da legislação e da argumentação legislativa.....	553
Capítulo 6. Diretrizes práticas para o aperfeiçoamento da capacidade argumentativa e deliberativa no Poder Legislativo.....	557
6.1. Introdução das exposições de motivos e preâmbulos nas leis.....	557
6.2. Estabelecimento de prazos para a tramitação legislativa (no Senado).....	571
6.3. Tramitação por apenas uma comissão, redução da quantidade de comissões	

e aperfeiçoamento dos trabalhos e discussões nesse âmbito.....	573
6.4. Pertinência temática dos debates e das emendas parlamentares.....	581
6.5. Aproximação ao Modelo de Debate Parlamentar Britânico.....	585
6.6. Restrição do voto de liderança e da disciplina de voto.....	596
6.7. Fim das leis banais (sobre efemérides, datas comemorativas, modificações de nomes de rodovias e/ou viadutos e aeroportos e em memória a pessoas, etc.).	600
6.8. Instituição de um órgão encarregado da revisão final do texto aprovado.....	603
6.9. Melhoria nos serviços de documentação, publicidade e participação.....	606
6.10. Aprovação de um Código de conduta dos funcionários e consultores que assessoram o processo legislativo.....	607
6.11. Regulamentação da atuação de grupos de pressão, <i>lobby</i> ou <i>advocacy</i>	612
6.12. Criação de um órgão de avaliação das leis.....	616
6.13. Resgate do papel do Senado como casa revisora.....	617
6.14. Instituição de Escola de formação política e retórica e de estudos em teoria da legislação.....	621
6.15. Programação e maior previsibilidade dos trabalhos, com a publicação das agendas diária, semanal, mensal e anual, com a maior antecedência possível.....	623
6.16. Diretrizes esquematizadas.....	525
CONCLUSÃO	627
REFERÊNCIAS	650
RESUMEN (según la UA, Reglamento de régimen interno de la Escuela de Doctorado, artículo 15, apartado 4)	685

NOTA PRÉVIA

Aos leitores e avaliadores da tese de doutorado que se segue, devo uma explicação inicial pelo elevado número de páginas do trabalho, bastante fora do padrão tradicional das teses defendidas no Brasil.

Tentando aliar a grande honra de ser orientada pelo Professor Manuel Atienza Rodríguez, Catedrático de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante, com a oportunidade que me deu a Professora Claudia Rosane Roesler, abrindo-me as portas da Universidade de Brasília, vi-me obrigada a conciliar focos e costumes bastante diferentes. Em parte, portanto, o tamanho se deve ao fato de a presente tese ser realizada em regime de cotutela internacional, com dois diretores de tese, e atendendo às orientações de um estudo comparado entre os dois países, o que naturalmente conduz a um trabalho mais extenso.

Somado a isso, as teses de doutorado no estilo espanhol – e mais ainda no alicantino – comportam uma longa parte predominantemente formativa, consistente na exposição minuciosa do estado da arte teórico, apresentando os autores, as respectivas ideias, correntes e resenha crítica. Não que tal tarefa não seja feita nas teses brasileiras, mas sim que o costume é, por assim dizer, desincumbir-se dessa parte formativa mais rapidamente, de maneira mais sucinta, com menos páginas, indo logo ao objeto da tese e ao problema a ser trabalhado. Entretanto, devo confessar, não pretendi fugir à marca registrada das teses defendidas no Departamento de Filosofia do Direito na Universidade de Alicante, o que fez aumentar consideravelmente o tamanho do trabalho.

Além disso, o problema objeto da tese tampouco poderia ser devidamente trabalhado com um número muito reduzido de páginas. Como será possível entender mais adiante, trata-se de mostrar que as linhas teóricas desenvolvidas até o momento, tanto na Espanha, quanto no Brasil, por mais sofisticadas que possam se apresentar, são incompletas e descuidaram de questões aqui consideradas importantes. Em sendo assim, a maneira comprovar o mencionado “vazio teórico”, tema central da pesquisa, somente podia passar pela exposição minuciosa das discussões já existentes, o que obviamente custa mais linhas e um arriscado alto preço: trechos possivelmente enfadonhos, pelo que desde já peço perdão.

Todas as ideias defendidas, assim como os erros e imprecisões que possam ser encontrados nas páginas a seguir são de exclusiva responsabilidade minha. No entanto, até por uma questão de justiça, devo reconhecer que a maior parte do que há de positivo é fruto do magistério e da orientação do Professor Manuel Atienza Rodríguez, e de seu constante apoio e rigor no plano intelectual, bem como das sugestões da Professora Claudia Rosane

Roesler, sem cujo esforço incansável não teria sido possível a solução das inúmeras pendências burocráticas necessárias à formalização do convênio de cotutela internacional entre a Universidade de Alicante e a Universidade de Brasília.

Por fim, o trabalho não teria sido possível sem o apoio do Senado Federal, a quem aproveito para agradecer especialmente na pessoa do Secretário-Geral da Mesa, Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho, pela confiança no meu trabalho e por proporcionar o que reputo muito valioso: a oportunidade de ler e estudar sem a urgência de qualquer compromisso imediato que exigisse minha presença. Sem saber, estava permitindo que eu realizasse um grande sonho.

INTRODUÇÃO

1. O lugar “do legislativo” na teoria e na filosofia do Direito e suas objeções

Como as leis são feitas realmente, de fato? Como argumentam os legisladores por ocasião do processo legislativo? Qual é o tipo de diálogo? Quais são os problemas e críticas que podem ser direcionados a essa prática? O que pode ser feito para melhorá-la? É possível pedir que os legisladores apresentem razões para as leis que aprovam? Como as teorias e a doutrina abordam todos esses temas? Quais são as possibilidades e condições procedimentais ideais para o aperfeiçoamento da argumentação legislativa nos Parlamentos? Para não dizer que essas questões estiveram ausentes das principais preocupações jurídicas, diga-se que por muito tempo receberam um parco tratamento no âmbito da teoria e filosofia do direito.

Algumas razões para esse reduzido interesse são a tradição do pensamento jurídico (formalista) de considerar as leis como um produto “já acabado” – tomando-as como ponto de partida do labor jurídico, sem qualquer preocupação com o seu processo produtivo –, bem como a dificuldade de ordem prática resultante da elevada complexidade implicada na elaboração das leis, exigindo a incursão em diversos campos de conhecimento.

As teorias sobre o raciocínio jurídico não apenas deram pouca atenção ao tema de interesse do presente trabalho, mas também apresentaram grande ceticismo quanto à construção de modelos ideais de regras e procedimentos para argumentação legislativa e a justificação das leis, considerando os diversos aspectos institucionais, diferenças de estilo e outros constrangimentos impostos às atividades no Poder Legislativo.

Considerando as diversas objeções ouvidas quanto ao presente objeto de estudo, considera-se oportuno rebatê-las logo no início do deste trabalho. É o que se passa a fazer.

Ainda não existe um consenso doutrinário sobre se, sim, é possível pedir razões aos legisladores. Em parte, pode ser que a compreensão equivocada do brocardo “*Auctoritas non veritas facit legem*” (em português, “*É a autoridade, não a verdade, que faz a lei (ou o Direito)*”) tenha blindado o Poder Legislativo de ter que justificar suas decisões. Se bem entendida, a máxima defende o caráter autoritativo do Direito ou, em outras palavras, que a eventual injustiça de seu conteúdo (ou eventuais outras falhas durante o seu processo de elaboração) não autorizam o seu descumprimento (pelo menos não antes da possível declaração de inconstitucionalidade).

O dogma, portanto, diz respeito ao cumprimento do Direito já produzido, o que é incontestável. Ocorre que somente uma leitura equivocada defenderia que o adágio acima

serviria para, por ocasião do processo de elaboração das leis, respaldar uma atuação irresponsável ou arbitrária por parte dos legisladores. Não só é desejável como ideal regulativo, como também compõe as discussões inerentes à aprovação de uma medida legislativa, que a decisão (de intervir legislativamente) venha plasmada em motivações suficientes, em razões, discutíveis ou não.

Em outras palavras, se, por um lado, de fato, uma vez produzido o Direito (ou publicada a lei no diário oficial, se se preferir), este não pode deixar de ser cumprido – ao menos não até a eventual declaração de inconstitucionalidade (neste momento, não serão abordadas as questões sobre derrotabilidade e discussões por esse estilo) –, por outro, a proibição da arbitrariedade traria para os legisladores uma conduta preferencial de apresentar uma motivação, por mínima que seja, para suas decisões.

Evita-se aqui afirmar que existiria um “dever” dos legisladores nesse sentido, pois é grande o risco de enveredar-se por uma polêmica doutrinária pouco frutífera para os propósitos da presente tese. E, repita-se que, naturalmente, a não motivação por parte do legislador não maculará a validade (e, portanto o cumprimento) do que se tornou lei. Trata-se apenas de, em um primeiro momento, ter razões (motivação). Depois, a partir da extração das razões, verificar se a escolha foi adequada à realização dos objetivos almejados com a intervenção legislativa.

Se a construção que se vem fazendo se sustenta, pode-se dizer que o interesse da argumentação legislativa está justamente nesses pontos intermediários entre a total liberdade do legislador (que não precisaria jamais dar razões) e uma estrita obrigação dos legisladores (de motivar sempre). É dizer, sem desprezar as razões institucionais que lhes conferem poderes para determinar o que será o Direito, pedir-lhes que ao fazê-lo apresentem razões capazes de sustentar a escolha legislativa, ainda que como singela pretensão de correção, não deveria ser algo tão polêmico ou escandaloso.

Que na prática os parlamentares não apresentem tais razões para a produção do direito – ou em algumas situações concretas deixem de fazê-lo –, naturalmente não servirá para que se deixe de cumprir a norma publicada no diário oficial, isso já está claro. Aqui é o momento em que entra o brocardo *auctoritas non veritas facit legem*. Também é essa a razão por que se preferir não falar em “dever” de motivação por parte dos legisladores, pois o eventual descumprimento aqui não traria consequências jurídicas (para a validade do Direito produzido).

Nesse sentido, de agora em diante, sempre que se falar na necessidade de que as decisões legislativas sejam justificadas, tome-se como um apelo, um ideal implícito, uma

ambição, mais no sentido de uma conduta preferível (em prol da racionalização do processo legislativo) do que propriamente (um dever) exigível juridicamente, mesmo assim absolutamente importante e fundamental para o incremento da racionalidade, a maior qualidade da legislação e o amadurecimento institucional, como se poderá mostrar ao longo da tese. Quanto a esse ponto, o enfoque aqui é normativo.

A objeção no sentido de que se trata de um pleito ingênuo, de poucos efeitos concretos – pois ao fim e ao cabo é o número de votos, de cabeças, a maioria a favor na prática, o que converte uma proposição legislativa em lei –, é mais que uma postura cética. Manifesta um certo conformismo ou uma tendência à inação de repercussões graves para a teoria e a prática do Direito. Nesse tipo de objeção já vem imbuída a crença subjacente de que certas coisas “são como são” e que essa “cultura legislativa” simplesmente não pode ser mudada. A leitura do presente trabalho pretende dar uma resposta aos que se afinam nessa opinião.

Nesta tese, parte-se da seguinte premissa: justamente porque a forma como as leis vêm sendo feitas deixa a desejar, é que se tem que estudar o assunto e debater sobre formas de melhorá-la. Se há irracionalidade(s) na atividade legislativa, exatamente por essa razão é necessário investigar em que momento e como surge(m) tal(is) irracionalidade(s), para na sequência refletir sobre como eliminá-la(s). Se as mudanças somente se darão no longo prazo é questão de somenos importância e não serve para desincentivar o estudo das questões, já que a mudança de cultura precisa começar por algum lugar.

Durante as leituras e estudos destinados a responder as perguntas lançadas no início, tornou-se evidente a falta de um enfoque argumentativo para tratar o tema legislativo. Predomina um certo menosprezo teórico quanto ao tipo de argumentação que os legisladores levam a cabo na hora de fazer as leis (os argumentos mais frequentes, as estratégias argumentativas e, naturalmente, a racionalidade e a razoabilidade envolvida nas decisões legislativas).

De alguma maneira, é como se as razões dos legisladores fossem consideradas irrelevantes ou simplesmente não dignas de um estudo mais aprofundado. A constatação desse cenário pareceu verdadeiramente incompreensível em tempos de Estados Constitucionais. É praticamente como aceitar que a produção do direito seja expressão, não de um legislador soberano e responsável, mas pura e simplesmente de um poder concreto, da mera vontade dos parlamentares ou do vil capricho dos legisladores.

Que essa realidade das práticas é indesejável (1) e que é possível fazer algo ainda dentro do próprio Poder Legislativo (2) são outras duas premissas da presente proposta de tese de doutorado.

Desde o início parece importante circunscrever o momento objeto de análise a ser realizada na sequência: a preocupação começa a partir do momento em que se detecta uma demanda ou um problema social (real ou aparente) e se decide intervir legislativamente, passando por tudo o que acontece nesse intervalo (a redação do rascunho do projeto e a tramitação dentro do Poder Legislativo), até a publicação da lei no diário oficial.

Para tratar devidamente tal temática, não basta um paradigma de caráter puramente normativista (a concepção do Direito como um sistema de normas já dado), sendo necessário abraçar o Direito como uma prática social dirigida a obter certos fins e valores, de modo que se torna imprescindível argumentar nesses sentidos (para alcançá-los), inclusive no momento anterior à aplicação das normas, ou seja, ainda durante a gestação, explicando as escolhas legislativas feitas. A decisão legislativa também envolve ponderações e somente através da argumentação é possível avaliar as ponderações realizadas e verificar se as escolhas foram acertadas.

Sem negar o caráter normativo e autoritativo do Direito, portanto, do que se trata aqui é de encontrar outros instrumentos úteis para o alcance desses propósitos, fazer com que as normas (as leis) desde a sua gênese realmente estejam voltadas para os valores, fins, bens a satisfazer, é dizer, reforçar o caráter instrumental do Direito e, especialmente, o momento da elaboração legislativa como frutífero a esses propósitos.

Nessa perspectiva prática, toma-se o Direito como um procedimento, um método para conciliar interesses, solucionar problemas e resolver conflitos, reconhecendo que isso deve ser feito a partir, não “somente” das leis, mas “especialmente” com elas, ao menos enquanto as leis façam parte do “jogo jurídico” e tenham papel destacado para que o Direito alcance seus objetivos. Nessa perspectiva, o foco em incrementar a racionalidade das leis, em torná-las melhores e mais racionais, contribui para a racionalidade do Direito em seu conjunto.

Para entender a importância da proposta de estudo aqui lançada e abordar adequadamente o tema, deve-se ter em mente de modo muito claro que a prática jurídica não se dá somente no âmbito do Poder Judiciário, pelos juízes e tribunais. Dentro dos Parlamentos também há prática jurídica – qual seja, a produção do Direito que logo será chamado de legislado –, e é necessário voltar os olhos também para o que fazem (e para o que deveriam fazer) os legisladores. Como já dito, as teorias do Direito parecem ter dado pouca importância

à preocupação sobre como legislar melhor, especialmente em comparação com a atenção dada à atividade judicial.

Nesse sentido, o tratamento do tema sob o enfoque argumentativo e o desenvolvimento de uma teoria da argumentação legislativa, acredita-se, poderão ajudar a analisar e avaliar os argumentos legislativos e, mais que detectá-los, separar os que são válidos daqueles que não se prestam como razões para aprovação de leis, ou seja, os argumentos falaciosos, que podem contaminar, não somente a argumentação, mas as próprias leis dela resultante. Ao mesmo tempo, parece útil assinalar os erros argumentativos mais comuns (que costumam conduzir a problemas por ocasião da aplicação da lei).

Trata-se de não apenas de tornar explícitas as razões que impulsionaram os legisladores a uma determinada decisão legislativa, mas também de encontrar quais delas são as que realmente servem como fundamento para a aprovação da lei em questão. Entre outras coisas, tal atividade depende de se houve uma correta apreensão dos fatos da realidade considerados e de se a solução que se pretende adotar realmente se presta a resolver o problema. Para essas questões, as teorias da legislação fornecem subsídios úteis à melhoria da qualidade legislativa.

Nessa linha de raciocínio, vai aparecendo outra premissa que permeia toda a construção da tese, qual seja, a de que a atuação legislativa deve ser tomada também como um ato de responsabilidade, não de total discricionariedade. Em um Estado Constitucional, há liberdade de conformação do legislador, mas com condicionamentos, os quais naturalmente são variáveis a cada caso. De toda forma, a questão é a seguinte: o poder legislativo (leia-se, de fazer leis) não é ilimitado. A rigor, inclusive, isso decorreria da própria ideia do constitucionalismo, que implica submeter o poder político ao Direito.

Por um lado, é bem verdade que o atual estágio da teoria do direito e o grau de maturidade institucional ainda não permitem que se avance muito no controle dessa atividade genuinamente parlamentar de motivar seus atos legislativos e, assim, fazê-la valer como praxe necessária para a elaboração das leis. Como será possível ver oportunamente nesta tese, são poucos os precedentes que vão nessa linha, e mesmo assim ainda geram muita controvérsia, em especial a pecha de estimular um ativismo judicial não desejado.

Muito embora se acredite que pontos fora da curva são inevitáveis, e que uma certa dose desse elemento faz parte de um sistema que adota o *judicial review*, esta tese não pretende canalizar atenções para esse ponto sobre como o Poder Judiciário assimilaria (ou como deveria fazê-lo) as questões sobre a argumentação legislativa, é dizer, o controle judicial da qualidade dos argumentos usados pelos legisladores.

Para o momento, registre-se apenas que algumas decisões judiciais podem afetar a percepção sobre a atividade legislativa, o que pode cumprir um papel positivo, um constrangimento para melhorar as práticas no Parlamento. É que os legisladores têm pouco incentivo para aperfeiçoar o procedimento legislativo (trata-se de algo que acaba funcionando mesmo com suas falhas), de modo que alguma pressão judicial pedindo um maior esforço argumentativo poderia ser bem-vinda.

2. Uma agenda de estudos em aberto e o seu interesse

A partir do que vem sendo exposto até o momento, vão-se tornando mais claros os pressupostos de um amplo programa de estudos, que tem na presente proposta de tese apenas um lançamento. Nesse começo, o trabalho em questão se empenha em mostrar que pode ser muito útil o estudo das teorias para melhorar a legislação (como atividade e como produto, já a primeira naturalmente tem reflexos no segundo), ainda que tal esforço em examinar as razões dos legisladores, nesse primeiro momento, não tenha a garantia de que será um trabalho proveitoso e iluminador em todas as situações.

Como já se comentou, ainda é muito presente no meio jurídico uma espécie de “mito”, geralmente traduzido na forma da “soberania do legisladores”, e à luz do qual esses não precisariam dar razões para suas decisões. Aliado a isso, figuram as presunções de que os legisladores são irracionais (e que, portanto, não vale a pena examinar o que dizem) ou o contrário, de que são racionais (e, conseqüentemente, não é preciso buscar suas razões, que são óbvias, podendo ser reveladas “pelo próprio intérprete” quando da solução do caso concreto, sem necessidade de verificar concretamente o que foi dito durante os debates legislativos). Esse contexto acaba sendo o caldo de cultivo, entre outras razões, para uma tradição de não se prestar atenção às atividades do Parlamento na elaboração das leis.

Nesse cenário de falta de cultura jurídica legislativa, poderá ser comum encontrar poucas motivações para muitas leis investigadas. E possível que isso permaneça assim por bastante tempo. A mudança do conjunto de práticas predominantes em uma cultura jurídica não se dá da noite para o dia, mas precisa começar por algum lugar. Uma das intenções desta tese de doutorado é dar uma primeira contribuição nesse sentido.

Ainda como parte desta introdução, para justificar o interesse da presente tese, cumpre combater outro argumento que se costuma invocar contrariamente ao tipo de estudo aqui proposto: o de que a legislação (produto) é incapaz de fornecer critérios inequívocos para a atividade dos juizes ou para a decisão de casos concretos em geral, sendo incapaz de

impedir a ação criativa dos magistrados e aplicadores, dado que a prática jurídica não é um processo puramente cognitivo, lógico-formal, de subsunção das leis abstratas a casos concretos.

Por essa linha de raciocínio, nem mesmo a edição de leis e normas claras e precisas resolveria a questão da atividade criativa dos juízes. Implícito a esse argumento, vai a concepção da “inutilidade” dos estudos voltados ao aperfeiçoamento legislativo, justificando, portanto, que se “salte essa etapa”. Ocorre que não há relação entre tais pontos.

O que se vem começando a perceber a cada dia é que a indeterminação do direito não é uma qualidade (ou falta de qualidade) dos textos legais, sequer em caráter concorrente. A cultura jurídica desenvolvida empiricamente, o modo de funcionamento das instituições, o grau de liberdade que se concede a intérpretes autorizados, o tipo de demandas jurídicas geradas pelos conflitos sociais, entre outras, são algumas das causas desse fenômeno complexo, cuja existência (e possível inevitabilidade) não serve para desqualificar (ou adjetivar de “inútil”) o estudo das ferramentas para analisar e incrementar a racionalidade legislativa.

Especifique-se melhor uma das ideias aqui defendidas. Parece existir um consenso de que as atividades limitadoras de direitos e liberdades (especialmente as fundamentais) precisam estar justificadas, tanto que a jurisprudência dos tribunais constitucionais costuma ter vastos precedentes sobre a questão. Se isso é verdade, não pode ser considerada absurda a ideia de que as razões legislativas – além de estarem presentes, obviamente – devem ser objeto de análise e ponderação, inclusive na fase de elaboração das proposições que serão convertidas em lei.

Aqui, a diferença não é somente o momento de examinar tais razões legislativas – ainda dentro do Parlamento, não sob a lupa possivelmente tardia do Poder Judiciário somente. Trata-se de acabar também com as presunções sobre a (ir)racionalidade dos legisladores ou o total desprezo para com as razões que esses possam dar, como escusas para a abstenção de perscrutar os argumentos usados durante a deliberação da medida legislativa, o que provavelmente vai implicar em construções sob a ótica subjetiva do próprio intérprete.

Os estudos já empreendidos pela ciência política ou de simples análise dos discursos parlamentares simplesmente não dão conta da complexidade que envolve o procedimento legislativo, a deliberação parlamentar ou a discussão em torno de uma medida legislativa. Igualmente são insuficientes as abordagens unicamente sobre a técnica legislativa e mesmo as mais completas que mergulham no momento prévio ao próprio texto (rascunho) do projeto de lei: a decisão legislativa.

A proposta pode apresentar algo de invenção ou parecer demasiado abstrata, mas, como se verá mais adiante, não é propriamente inovadora e encontra seus fundamentos espalhados em vários pontos da teoria jurídica, como peças de um quebra-cabeças. Esta tese se concentra justamente em recolhê-las e ajudar a montá-las. Igualmente, trata-se de um esforço no sentido de que a teoria sirva de antídoto (e talvez esse seja o único que de que se dispõe atualmente) para combater a arbitrariedade dos legisladores e melhorar a qualidade e a justiça das leis.

Esses métodos para aperfeiçoar a forma de legislar funcionariam tal qual as receitas no âmbito da culinária: é possível cozinhar (legislar) sem eles, seu uso não é garantia de que o prato (a lei) sairá necessariamente bom – seja pela substância (a qualidade da matéria-prima, o conteúdo das disposições legais), seja pelo critério de avaliação (se está ao agrado de quem vai degustar, se seus destinatários vão cumprir, se os objetivos legislativos serão alcançados), por exemplo –, mas em todo caso algo parece ser claro: indiscutivelmente é melhor ter uma receita, usar um método, insistir em refinar as técnicas para alcançar o resultado almejado, do que o contrário.

A imagem aqui utilizada também serve para ilustrar que o processo de elaboração legislativa (normativo) é meio, não fim em si mesmo, mas nem por isso deixa de ter uma finalidade clara, qual seja, a de materializar a vontade político-deliberativa, promover outras virtudes e valores democráticos, mas sobretudo expandir a racionalidade para o momento legislador do Direito. Aproveita-se para registrar que a tese não aborda as questões relacionadas à democracia.

Nesse momento, deve-se reconhecer que existem contingências, especialmente as de ordem política, que atrapalham e impõem limites ao aprimoramento do processo legislativo. Apegadas a essas razões, existem correntes teóricas, formadas sobretudo por autores norte-americanos, que são céticas quanto às capacidades argumentativas do Poder Legislativo e defendem que os esforços nesse sentido seriam infrutíferos.

Nesta proposta de tese, não se ignora a existência de tais contingências (fatores políticos e eleitorais) que trazem desafios à ideia de racionalidade no Direito, mas simplesmente se considera que é equivocado o abandono dos estudos da legislação (como atividade) simplesmente porque essa é influenciada pela política. A racionalidade política não é por si só algo necessariamente ruim, nem sempre é negativa, mas também pode ser inclusiva e permitir mudanças positivas para a sociedade. Na verdade, aperfeiçoar a produção legislativa pressupõe plena compreensão desses aspectos, para que se possa mapear onde estão os problemas em seu funcionamento, de forma que pouco a pouco sejam contornados e

superados. Resumindo, é necessário primeiro compreender o que é a racionalidade política, para depois tentar estabelecer seus limites e possibilidades.

Para que o projeto aqui lançado tenha êxito, convém adotar algumas premissas. Como já comentado, os melhores caminhos teóricos da teoria do Direito: 1) apontam para que esse não seja visto exclusivamente como um sistema normativo (regras), mas sim como uma prática social guiada por fins e valores (regras e princípios); 2) conduzem a que se atribua à argumentação papel central na prática jurídica, ainda que o Direito não consista unicamente em argumentação; e 3) reconhecem a importância tanto da subsunção, quanto da ponderação, enquanto procedimentos argumentativos, do que resulta a necessidade de afastar-se dos extremos tanto do formalismo jurídico, quanto do ativismo judicial.

A uma primeira vista, todos esses vetores pareceriam incompatíveis com o interesse sobre as questões legislativas, as teorias da legislação e mesmo a argumentação legislativa. Insiste-se aqui que não. Embora o sistema jurídico seja mais que o sistema normativo propriamente dito, este último continuará sendo parte importante do primeiro. Enquanto se viva em um Estado democrático de Direito, durante o tempo em que leis (ou mesmo regras de modo geral) existam, sempre que essas façam parte do jogo jurídico e sejam o principal critério para a solução de casos, importa, sim, o estudo sobre os processos de elaboração do Direito, os quais apresentam inequívoca natureza dinâmica.

Que o desenvolvimento teórico desses assuntos não tenha se dado a contento (tenha ficado de lado) até o presente é algo espantoso. É bem verdade que isso se deve a questões diversas – algumas delas sugeridas ao longo desta tese –, mas de cara aqui se deve chamar a atenção para um dado presente: a atividade legislativa é um dos campos em que não (ou mal) alcançou o giro argumentativo. Ainda está por ser construída uma teoria completa que dê suporte à concepção argumentativa da legislação (enquanto atividade) e integre esse momento como juridicamente relevante na prática jurídica.

Como será possível ver mais adiante, mais que conveniente, trata-se de um enfoque necessário e que revela detalhes pouco explorados à luz de outras vertentes. Saber quais são os critérios que permitem qualificar uma legislação como boa (ou “aceitável”), se se trata de uma legislação simbólica, assim como entender bem as razões legislativas apresentadas (para saber se oferecem “boas razões”), através de um acurado exame e avaliação dos argumentos empregados, parece ser justamente o ponto de partida para a correta aplicação do direito.

Nem a racionalidade, nem a irracionalidade podem ser pressupostas em abstrato, mas sim devem ser mostradas no caso concreto, argumentativamente, usando como material de referência, não o entendimento pessoal do intérprete apoiado (protegido) no postulado do

legislador (ir)racional, mas sim o que efetivamente foi discutido no Poder Legislativo – não somente os preâmbulos e exposições de motivos, mas também as atas e diários das sessões parlamentares, os pareceres dos relatores que vão sendo designados ao longo do processo legislativo, e o seu contexto, como se poderá ver melhor adiante. Esse parece ser o melhor ponto de partida.

Aqui, ainda cuidando de evidenciar o papel e a utilidade dos estudos propostos, igualmente deve-se de desmistificar uma associação frequente feita entre os estudos das teorias da legislação e a defesa de que devem prevalecer os critérios de interpretação formalistas (argumentos formais ou psicológicos, de recurso à vontade do legislador, originalistas, textualistas, intencionalistas, todos esses parentes entre si no sentido de que se deve interpretar os textos conforme a intenção que havia na mente dos legisladores, em prol do significado original do texto). É um equívoco pretender a existência de tal relação.

Talvez algum dia – quando efetivamente se alcance um aperfeiçoamento razoável das capacidades argumentativas no momento da elaboração do direito – até seja impossível negar a exigência de um maior ônus argumentativo para desfazer determinadas opções legislativas, mas não se acredita que isso possa conduzir à existência de critérios de correção no âmbito da interpretação jurídica.

E é mais. À luz de tudo o que se vem indicando aqui, o projeto de resgatar a dignidade da legislação ou aplicar devidamente o Direito não passa por esse caminho. Em primeiro lugar, porque os legisladores não são infalíveis, podem equivocar-se. Em segundo lugar, porque a deliberação sobre as questões jurídicas não está fadada a terminar com a edição da lei. A publicação da lei aprovada no diário oficial, na verdade, apenas inaugura uma espécie de outro *round*, o qual tampouco será o definitivo, pois o jogo também pode continuar após as decisões judiciais.

Dito de outra maneira, é normal (pode acontecer com frequência) que existam dúvidas sobre a aplicação da medida legislativa aos casos concretos ou situações nas quais a solução legislativa seja ruim e deva ser afastada, o que, por seu turno, também deve ser feito argumentativamente. A deliberação no Parlamento poderá ser retomada, tanto por ele próprio, quanto nas instâncias judiciais. Isso pode ser necessário para assegurar certos fins e valores do ordenamento jurídico.

Ocorre que, para decidir se é o caso de reabrir a deliberação legislativa ou não, são necessários critérios. E são justamente as teorias da legislação e da argumentação legislativa as que oferecem alguns desses subsídios para avaliar a qualidade das leis (e da argumentação sustentada pelos legisladores) e, assim, respaldar a decisão ulterior em questão. Em síntese,

percorrer o caminho de como se deu a produção do Direito controvertido ainda dentro do Poder Legislativo é uma etapa necessária também para evitar arbitrariedades por ocasião da sua aplicação (judicial).

3. Questões de pesquisa e o universo dos estudos legislativos

No conexto que vem sendo exposto, a presente tese de doutorado se propõe a discorrer sobre *como são feitas as leis (regras gerais de procedimento e o que acontece na prática), como os legisladores argumentaram por ocasião do processo de produção das leis sobre a violência contra a mulher na Espanha e no Brasil, como se deu esse debate, quais argumentos apresentaram nesses dois casos, quais foram os problemas verificados nesses episódios analisados, o que pode ser feito para melhorar as práticas*, firme na premissa de que entender o que se afirma, concretamente, durante a atividade legislativa revela detalhes e aspectos importantes para a construção do Direito.

Como se não bastasse, a defesa aqui sustentada (de que sejam perscrutados os afazeres legislativos) também serve fomentar necessidade de que as práticas de motivação das decisões legislativas ecoem Parlamento adentro. Como já assinalado, a construção de um Estado Constitucional pressupõe que a motivação das decisões, que as razões sejam dadas no maior número de campos possível, não só pelo Poder Judiciário e pela a Administração, mas inclusive por parte do Poder Legislativo por ocasião da elaboração das leis.

Aqui se trata de mostrar a relevância que pode ter essa atividade dos legisladores (a de dar razões), juntamente com outras ferramentas (como modelos para a tomada de decisões, a técnica legislativa, a avaliação legislativa, etc.), para o incremento da racionalidade e qualidade da legislação (como processo e, conseqüentemente, como produto).

Por oportuno, aqui vale a pena registrar que os estudos legislativos abarcam um campo muito amplo. Mais adiante isso se tornará mais claro, mas por agora impõe-se adiantar uma breve explicação sobre o ponto. É que tradicionalmente se associa o interesse dos afazeres legislativos apenas do ponto de vista da conhecida “técnica legislativa”, ramo do saber voltado para os aperfeiçoamentos dos textos dos projetos de lei, tanto dando conselhos de redação, quanto de sistematização de suas disposições, em prol da racionalidade.

Ocorre que a “teoria da legislação” não é somente a técnica legislativa. É muito mais ampla que essa última. Por exemplo, abarca também o momento da decisão legislativa, oferecendo um mapa de questões a serem formuladas antes mesmo da redação do projeto de lei, propondo modelos para a tomada de decisão racional (Legislar ou não legislar? O que

acontece se nada for feito? Quais são as consequências? São desejáveis? Etc.). Esse é o campo da “metódica legislativa”.

A teoria da legislação abarca, também, a chamada “avaliação legislativa”, a qual pode se dar antes da publicação do texto legislativo (avaliação *ex ante*, prospectiva, com base em juízos hipotéticos), bem como pode ser realizada após a publicação da lei, já tendo por base os efeitos concretos, coletados por intermédio de pesquisas empíricas (avaliação *ex post*, retrospectiva). Aqui, os objetos fundamentais de análise são os elementos da realidade, na forma de dados tratados da maneira mais objetiva possível.

Além disso, a teoria da legislação igualmente abrange a análise de avaliação do conteúdo material das razões que justificam as medidas legislativas, as proposições, sendo nesse sentido o enfoque argumentativo, ou seja, a “teoria da argumentação legislativa”, a encarregada de analisar e avaliar, já não somente o texto legislativo *in fieri*, mas sobretudo os argumentos que o justificam, sejam os constantes dos materiais preparatórios, sejam os verbalizados por ocasião das discussões legislativas.

O presente trabalho contribuirá, de alguma maneira, para esclarecer cada uma dessas categorias ou “ramos específicos” da teoria da legislação. O propósito neste momento, entretanto, não é o de exaurir tais temas minuciosamente, mas sim o de apresentá-los conforme a ótica dos autores trabalhados. Esses, por seu turno, tampouco serão agrupados em classificações, já que cada um tem seu próprio objeto de estudo mais ou menos individualizado, com poucas características em comum, com a exceção que se anunciará oportunamente.

Com essas considerações, acredita-se que já é possível perceber que um projeto assim tão ambicioso não caberia em uma única tese de doutorado. Assim, dadas as limitações de tempo e espaço disponíveis, foram necessários outros cortes metodológicos, que passam a ser explicados.

4. Metodologia e perspectivas empírica e pragmática

Já se tinha mencionado que o objeto de estudo é o momento legislativo, não o da aplicação (interpretação), bem como que, a despeito da importante relação entre a qualidade dos trabalhos legislativos e a democracia, essas interações também ficaram fora da tese. Ainda assim, o objeto continuaria amplo, pois vários autores ao longo do tempo se dedicaram à questão, embora, reconheça-se, sem um fio condutor único.

A preocupação com o momento legislativo e sua valorização como campo de estudo e aperfeiçoamento, como dito, não é “nova”. Recorde-se trabalharam o tema, entre outros, autores como Platão, que demorou cinquenta anos escrevendo *“As leis”*; Aristóteles, que dedicou algumas linhas ao tema em *“Ética a Nicômaco”* (349 a.C) e em *“Política”* (344 c.C.); Marco Túlio Cícero, em seu *“Das leis”* (52 a.C); Francis Bacon, em *“De Dignitate et Aug-mentis Scientiarum”* (1623); Montesquieu, em seu célebre *“O espírito das leis”* (1748); o Abade de Mably, em *“Da legislação ou princípios das leis”* (1776); Gaetano Filangieri, nos doze tomos de seu *“A ciência da legislação”* (entre 1780 e 1785); Jeremy Bentham, em diversas publicações, sendo a mais famosa *“Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação”* (1789), somente para citar alguns mais memoráveis. Outros autores, como John Austin, embora sem aprofundar, também enfatizavam a diferença entre “legislação” e “jurisprudência”. Enfim, a preocupação sobre como fazer leis melhores esteve em diversos autores, mas esta tese não poderia analisá-los todos.

Dessa maneira, sem menosprezar as abordagens de outros países, procedeu-se a um corte severo: aqui são apresentados estudos teóricos sobre a legislação e a argumentação legislativa realizados apenas na Espanha e no Brasil, países onde se desenvolveu a pesquisa. A opção metodológica permite um maior aprofundamento das linhas teóricas trabalhadas, a detecção de características comuns compartilhadas em cada plano nacional, bem como uma comparação entre o tipo de teoria que se vem fazendo em um e outro país. Justifica-se, assim, a abordagem feita na proposta de tese. Os demais autores foram deixados para outra ocasião.

Nesse momento, convém esclarecer o tipo de filosofia que se abraça na presente tese. A frase de Henry David Thoreau ajuda a ilustrar: *“ser um filósofo não é meramente ter pensamentos sutis, nem mesmo fundar uma escola... É solucionar alguns problemas da vida, não só na teoria mas na prática.”*. Assim, assume-se que entre os propósitos das teorias da legislação e da argumentação legislativa está o de desenvolver conceitos que possam contribuir para o progresso das práticas jurídicas. Ou seja, a teoria não pode dar as costas para a realidade, para o mundo fora dos livros.

Por essa razão, esta tese tampouco poderia limitar-se a um estudo apenas das teorias. Somente o contraste com o que de fato acontece, ainda mais em um campo tão vivo como o do Parlamento, é possível detectar com mais precisão onde estão os problemas a serem resolvidos, os equívocos teóricos, as zonas que estão mal explicadas e que ainda requerem uma reflexão mais aprofundada. Dessa maneira, para atender tal demanda, estudam-se dois casos – um de cada país – como cenário para problematizar questões a respeito da atividade legislativa. Tratam-se das leis destinadas a combater a violência contra a mulher.

A temática escolhida representa um problema comum às duas nações, de modo que permite a comparação dos diferentes rumos que a discussão de uma mesma questão pode tomar em cada espaço, revelando também as peculiaridades e dificuldades coincidentes em ambos. Além disso, pretendia-se que a escolha recaísse sobre um problema social de grande importância, complexo, que justificasse uma intervenção legislativa. Quanto a esse ponto, parece desnecessário tecer maiores considerações.

Metodologicamente, a escolha do tema também obedeceu a critérios objetivos, procedeu-se a uma lista dos possíveis temas de leis que atendessem aos requisitos mencionados (problema comum à Espanha e ao Brasil, de indiscutível relevo social e que tenha dado origem a intervenções legislativas). A escolha recaiu sobre a matéria do combate à violência contra a mulher em razão de um critério objetivo importante: o menor intervalo de tempo que decorreu entre a aprovação de uma lei (2004, no caso da Espanha) e outra (2006, no caso do Brasil), para diminuir eventuais fatores de distorção na análise. É que indubitavelmente o passar do tempo faz com que os cenários, que já são naturalmente diferentes, mudem ainda mais.

Na análise dos dois casos, deliberadamente se optou pelo foco de como foi sendo construída a argumentação legislativa concretamente – e os respectivos contextos, leituras, críticas e perspectivas que se depreendem disso –, não o aprofundamento das concepções teóricas por trás das discussões, seus equívocos e acertos. Assim, desde já convém esclarecer que o presente projeto de tese não coloca suas atenções no debate sobre a teoria feminista. Nada obstante, considerando a quase impossibilidade de abordar o caso sem uma mínima incursão em algumas definições do femismo, tornou-se inevitável fazer algumas explicações de ordem mais conceitual e teórica, ainda que superficialmente.

Tais incursões na teoria feminista foram feitas somente quando se reputaram necessárias e na justa medida para esclarecer conceitos-chaves e ajudar a compreender algumas partes das argumentações expostas, sem maiores pretensões críticas sobre essas perspectivas teóricas (feminismo, ideologia de gênero, etc.). Assim, a certa simplicidade com que foram tratados alguns conceitos e tudo o que envolve o movimento feminista foi consciente e intencional, porquanto escapam ao objetivo central do presente trabalho, mais preocupado com o debate no Parlamento, ou em como tais correntes foram por ele assimiladas, do que com as correntes propriamente.

Nesse sentido, o projeto de tese é uma pesquisa essencialmente qualitativa, de análise documental, compreendendo a revisão bibliográfica dos autores selecionados, para detectar as

principais questões teóricas já comentadas. A análise do conteúdo, mesmo quanto aos dados levantados a partir das práticas, é teórica.

Entretanto, não foram abandonadas as perspectivas empírica e pragmática. Foram feitas visitas *in loco* e entrevistas, tanto com alguns dos autores examinados, quanto com funcionários que trabalham nos Poderes Legislativos. Com relação aos autores, foi possível tirar dúvidas quanto a determinadas ideias, esclarecer passagens nebulosas e fazer perguntas sobre alguns detalhes não disponíveis nos livros. Por seu turno, as entrevistas aos especialistas que lidam na prática com a dinâmica legislativa permitiram o levantamento de informações importantes, opiniões de bastidores e detalhes que simplesmente não estão teorizados. Esse olhar quanto ao que “de fato” se dá busca atender à necessidade acima mencionada de que a teoria dialogue com os elementos da realidade.

O presente projeto de tese igualmente está atento a uma perspectiva pragmática, em um duplo sentido. No primeiro, serão oferecidos parâmetros sugerindo por onde os desenvolvimentos teóricos devem seguir para a formulação de uma teoria da legislação à luz do enfoque argumentativo mais completa, que consiga captar melhor seu objeto de análise. No segundo, serão formuladas propostas para o aperfeiçoamento das práticas legislativas, é dizer, medidas cuja implementação institucional sejam viável para melhorar o funcionamento das atividades dentro do Parlamento. Com isso, o propósito é o de que a teoria se aproxime da prática em um caminho de ida e volta, em uma retroalimentação constante.

Esclarecidos os problemas que impulsionam a pesquisa, os assuntos que não serão trabalhados neste projeto de tese, bem como as opções metodológicas, comente-se a estrutura do trabalho.

5. Estrutura da tese

A proposta de tese contém três partes, cada uma delas formada por dois capítulos.

A Parte I é a teórica, na qual é apresentado o panorama das principais abordagens existentes na Espanha (Capítulo 1) e no Brasil (Capítulo 2). Esses dois primeiros capítulos são dedicados a expor os pressupostos, propósitos e fundamentos dos estudos sobre a legislação e a racionalidade legislativa, desenvolvidos nos dois países. O recorte dos países se justifica também pela feição que assumem os estudos legislativos, embora possa guardar similaridades quanto à preocupação comum com melhorar a qualidade da legislação, muda muito conforme os contextos institucionais, os contornos do sistema político, a cultura jurídica, etc. Os focos de preocupação das outras experiências internacionais, sobretudo Alemanha, Reino Unido e

Estados Unidos divergem. Pontualmente, serão feitas referências a esses outros modelos, mas sem maior profundidade.

Começando pelo surgimento e o fortalecimento da técnica legislativa, esses capítulos percorrem os desenvolvimentos de teorias da legislação, bem como as outras ferramentas para aprimorar o conteúdo das leis, sobretudo a metódica e a avaliação legislativas nos dois países. Entretanto, em vez de dividir a seção por temas, optou-se por examinar os autores representativos, organizados de forma mais ou menos cronológica, conforme a publicação de seus primeiros trabalhos. O objetivo aqui é traçar o panorama geral das discussões, com destaque para a evolução das concepções ao longo do tempo, discutindo, de modo especial, os vazios teóricos e as potencialidades das teorias da legislação e, sobretudo, o parco desenvolvimento da teoria da argumentação no contexto legislativo nos países escolhidos.

A Parte II é a “prática”, por assim dizer, na qual são explorados os aspectos que permearam concretamente a aprovação das duas leis escolhidas para análise. O Capítulo 3 trata da lei espanhola, a *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, e o Capítulo 4, da lei brasileira, a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha. A rigor, não se trata de um estudo “empírico”, funcionando muito mais como um levantamento dos elementos mais contextuais que surgiram durante o processo de elaboração das leis.

Como se terá a oportunidade de ver em seu momento, existem detalhes que dizem respeito à gênese das leis – tradicionalmente mais relacionados ao que se chama “contexto da descoberta” –, que condicionam a argumentação subsequente. Alguns argumentos somente podem ser verdadeiramente compreendidos à luz do tempo, espaço e atores em que estão inseridos. Somente para ilustrar alguns exemplos do que poderiam ser esses elementos contextuais a que aqui se refere, citem-se: algum fato que assume importância (uma lei que trouxe efeitos indesejáveis que se converteram em um problema social; um crime bárbaro de repercussão nacional; uma decisão judicial condenatória em um tribunal com repercussão internacional), a participação de determinados atores-chave (partidos políticos, organizações de mulheres), etc., representariam uma espécie de “moldura” em cuja demarcação se desenvolvem as discussões. Esses elementos não podem ser ignorados quando se pretende uma análise e avaliação completa das argumentações.

A Parte III representa a síntese (no sentido dialético) das duas partes anteriores. Os objetivos dessa última parte são: 1) apresentar consideradas principais insuficiências da teoria da legislação e da argumentação legislativa; 2) apontar algumas diretrizes para o desenvolvimento teórico; e 3) oferecer sugestões práticas, concretas e factíveis para o

aperfeiçoamento das capacidades legislativas, deliberativas e argumentativas, de modo a melhorar algumas rotinas dentro do Poder Legislativo.

Nesse sentido, o Capítulo 5 traz uma espécie de balanço geral das teorias da legislação e da argumentação legislativa, dos desafios analíticos ainda pendentes de tratamento no âmbito das teorias estudadas e algumas perspectivas a serem consideradas para o desenvolvimento futuro.

O Capítulo 6, por seu turno, formula algumas propostas pragmáticas, de implementação viável, tendentes ao aperfeiçoamento das capacidades argumentativas durante o processo legislativo dentro do Parlamento, também em consideração aos estudos realizados nas Partes I e II. Com base nisso, foram compiladas 15 sugestões práticas voltadas para estimular os parlamentares e os assessores técnicos. Cada uma das recomendações vem acompanhada das razões explicativas respectivas e, ao final o capítulo, formulou-se um quadro esquematizando-as.

Feito esse percurso, o trabalho é encerrado com uma conclusão, que repassa os principais pontos estudados e reflete sobre os objetivos alcançados com a pesquisa. Como se reflete nessa parte, ao tempo em que se explicou o surgimento e o progresso das teorias da legislação e da argumentação legislativa na Espanha e no Brasil, foi demonstrada a importância desse campo de estudo e a carência de tratamento respectivo nas abordagens até agora predominantes na teoria e na filosofia do direito.

O trabalho ainda cuidou de apontar alguns vazios e insuficiências dessas teorias e de indicar diretrizes para o desenvolvimento teórico futuro. Por fim, terminou-se com o rol não taxativo de sugestões concretas para o aperfeiçoamento das práticas dentro do Poder Legislativo, dada a escassez de propostas nesse sentido, com base no enfoque argumentativo.

As explicações introdutórias de cada parte da tese expõem com mais detalhes a estruturação respectiva e o desenvolvimento do raciocínio, com conclusões parciais, na medida em que se for avançando.

Nesses termos, com os pressupostos teóricos apontados, com essa estrutura e método de trabalho, acredita-se que será possível trabalhar adequadamente o problema de pesquisa.

PARTE I. ESTUDOS SOBRE A LEGISLAÇÃO, A RACIONALIDADE E A ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA NA ESPANHA E NO BRASIL

Capítulo 1. Estudos sobre a legislação, a racionalidade e a argumentação legislativa na Espanha

O objetivo deste capítulo é a exposição das principais referências teóricas sobre o objeto de estudo na Espanha. Trata-se de apresentar como se deu o surgimento dos estudos sobre o momento legislativo – considerando-o como etapa de interesse jurídico e que, portanto, merece atenção, reflexão e, para alguns, esforços de aperfeiçoamento. A partir desse levantamento bibliográfico, pode-se ir percebendo a evolução doutrinária espanhola quanto à matéria. Além dos autores, respectivas obras, anos de publicação, sínteses das ideias e breve contextualização, também já se adiantam algumas críticas e comentários sobre os pensamentos trabalhados.

Como acaba de ser apontado na introdução, o arcabouço teórico apresentado nesta primeira parte da tese será confrontado com um estudo de caso mais concreto, por ocasião da análise das leis sobre a violência contra a mulher, tanto na Espanha, quanto no Brasil. O contraste servirá de cenário para revelar as conformações, equívocos e insuficiências teóricas eventualmente existentes nos dois países. Depois, tais considerações são retomadas na terceira parte da tese, já com o objetivo aprofundar tais lacunas nos estudos e, dado o compromisso com uma teoria pragmática, oferecer possíveis linhas de ação para aperfeiçoar as práticas legislativas.

Metodologicamente, a apresentação dos autores que vão na sequência foi ordenada conforme o ano de publicação de seus primeiros trabalhos sobre o tema, exceto quanto a dois autores, Josep Aguiló Regla e José Luis Díez-Ripollés, por razões didáticas. É que tais autores dialogam diretamente com as contribuições de Manuel Atienza, pois adotam e desenvolvem a teoria da legislação deste último. Portanto, resta justificado que viesse imediatamente em seguida desse último, especialmente José Luis Díez-Ripollés, que desdobrou as ideias de Manuel Atienza com aplicação no campo penal.

A perspectiva cronológica também a oferece a vantagem de oportunizar com mais clareza a crescente densificação dos estudos, os quais foram incorporando elementos, aumentando o leque de preocupações e ganhando em complexidade. Isso, entretanto, não significa que as abordagens mais iniciais estivessem equivocadas ou tenham sido simplesmente abandonadas. Algumas questões permanecem atuais.

Inicia-se, então, pelos trabalhos do *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL)* (item 1.1), que se pode considerar o responsável pela introdução do interesse pelo aperfeiçoamento das leis, o primeiro a trabalhar tal questão na Espanha.

Na sequência, é apresentada a teoria da legislação de Manuel Atienza e seus avanços rumo a uma teoria da argumentação legislativa (1.2). Após, são apresentados os avanços técnica legislativa e a documentação automática da legislação de Josep Aguiló Regla (1.3). Logo em seguida, as reflexões de José Luis Díez-Ripollés para a construção de uma teoria da legislação penal (1.4). Depois, vem o pensamento de Virgilio Zapatero (1.5), seguido de Francisco Laporta (1.6) e, fechando a lista dos autores espanhóis a que se deteve com maior profundidade, Daniel Oliver-Lalana (1.7).

Desde logo, é preciso esclarecer que, além dos mencionados acima, outros autores também trabalharam as questões atinentes à atividade legislativa na Espanha. No entanto, dadas as limitações de tempo, objetivo da tese e espaço, preferiu-se abordar esses outros autores de forma mais perfunctória e resumida, agrupando-os em um único apartado, após os autores já mencionados. No item 1.8, portanto, são trabalhados Albert Calsamiglia Blancafort, Juan Antonio García Amado, Gema Marcilla Córdoba e Ángeles Galiana Saura.

A opção se dá muito mais para garantir o registro dos que são os principais autores que se dedicaram ao tema na Espanha, mesmo que não tenham recebido uma análise mais aprofundada nesta tese. Tais nomes são constantemente citados nos textos de referência, embora alguns não tenham alcançado desenvolvimentos amplos, detendo-se em textos mais informativos. Além de não omitir ninguém, a seção serve de eventual guia de consulta sobre as referências espanholas.

Por oportuna, repita-se a explicação metodológica anunciada na introdução. Não se buscou uma classificação que pudesse agrupar os autores de acordo com as características em comum, até mesmo porque, como será possível ver melhor adiante, cada um deles acaba seguindo uma linha própria, com pouco em comum entre si (à exceção da já comentada conexão entre Manuel Atienza e os desenvolvimentos de Josep Aguiló Regla e de José Luis Díez-Ripollés). De um lado, há a abordagem da técnica legislativa (o momento da redação do texto); de outro, a vertente que se concentra na decisão legislativa (ou seja, antes do projeto); sem prejuízo dessas, há o foco voltado para analisar os argumentos dos parlamentares já dentro do Poder Legislativo; enfim, o campo de estudos é amplo.

Além disso, outra razão porque não se cuidou de formular categorias e classificações das teorias trabalhadas tem a ver com o propósito maior deste capítulo, qual seja, o de espelhar o panorama das ideias de uma maneira mais simples, deixando para outro momento

uma reflexão mais analítica (ou metateórica) sobre como agrupar tais teorias ou seus respectivos autores.

Antes de ingressar propriamente na exposição, convém, ainda, um breve esclarecimento introdutório sobre o que virá na sequência.

Ao longo do tempo, a preocupação em aperfeiçoar a elaboração e a redação das leis em geral conduziu o estudo da legislação a partir de várias perspectivas. Como será possível observar, algumas teorias apresentam um enfoque mais geral e abstrato, outras mais prático; há as que incluem ou não os aspectos politológicos¹, as reflexões éticas, etc. Em todos os casos, o fato é que cada vertente oferece uma peça importante para a compreensão desse campo do saber multidisciplinar por natureza: a teoria da legislação depende do concurso de uma longa lista de conhecimentos oriundos da linguística, psicologia cognitiva, sociologia, economia, política, etc.

Tais estudos desenvolveram um ramo do conhecimento especializado que pode ser enquadrado como ciência, técnica, arte, doutrina, legística, legisprudência ou teoria da legislação, conforme as respectivas caracterizações doutrinárias, as quais refletem sobretudo o tratamento prioritário de algumas áreas específicas (desse campo multidisciplinar), em detrimento de outras. Nada obstante, por se reputar pouco útil o debate em torno da correta denominação desse saber – bem como se a legislação (atividade) poderia ser tratada como “ciência” –, optou-se por adotar a terminologia “teoria da legislação” para fazer referência de forma geral a esse conjunto de saberes que visam a fazer leis melhores, a dar efetividade aos textos legais e otimizar a inteligibilidade e acessibilidade das leis em todos os termos.

Nada obstante, reputa-se importante registrar o critério de Atienza, que distingue “técnica legislativa” e “teoria da legislação”². A primeira teria como objeto finalidades mais práticas e de curto prazo, ao passo que a segunda teria como preocupação a reflexão sobre problemas de natureza mais abstrata e conceitual, voltadas à explicação do fenômeno da legislação. Entretanto, como se verá, muitas vezes as denominações se misturam mesmo entre os autores que pretendem tal distinção. Não se observa que compartilhem qualquer rigor nesse sentido.

Além disso, cumpre registrar que a aqui chamada teoria da legislação se articula usualmente em duas partes básicas: 1) a instrumental (*drafting*), que se ocupa das questões mais práticas (técnica legislativa em sentido estrito) referentes à estrutura da norma, à

¹ Grosso modo, pode-se dizer que a Politologia estuda o exercício do poder em determinado coletivo humano ou, em outras palavras, as relações de poder presentes nas interações humanas, com especial atenção às situações em que há conflitos de interesses.

² ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, pp. 17 e ss.

linguagem normativa, determinação do seu conteúdo, cláusulas, etc.; e 2) a que se ocupa dos princípios, das exigências éticas e, sobretudo, dos fundamentos jurídico-filosóficos próprios do Estado Constitucional, que devem subordinar o primeiro campo mencionado. Em outras palavras, a parte essencialmente prática (*prudencia*) cuida simplesmente de apresentar os meios adequados (razões práticas) para alcançar os fins pré-estabelecidos, os valores superiores mencionados na Constituição (razões morais).

O alcance da formulação acima passou pelos estágios que, no essencial, passam a ser explicados na sequência.

1.1. A forma das leis de GRETEL

Na Espanha, os estudos sobre legislação tiveram impulso a partir da publicação do livro *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, do *Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL)*, em 1986^{3,4}. A obra – a primeira do gênero escrita nesse país – conta com uma introdução e nove capítulos com recomendações técnicas para a redação dos documentos normativos (*drafting*), na forma de diretrizes bastante objetivas (e práticas) tendentes a prevenir, na medida do possível, os principais defeitos que dificultariam a interpretação das normas. Partiu-se da compreensão de que as dúvidas mais frequentes do intérprete costumam ser produzidas durante o próprio processo legislativo, assim que nessa mesma fase poderiam ser adotadas medidas para impedi-las.

Nesse sentido, são dedicadas seções ao título das leis, ao preâmbulo e disposições diretivas, à promulgação e data das leis, à divisão interna das leis (sistemática de capítulos, seções e construção de artigos, parágrafos), à exposição de motivos, à parte final das leis, às leis modificativas, às remissões (internas e externas), e à publicação das leis. Como um manual, cada um desses assuntos é exposto na forma de breves monografias, logo seguidas de exemplos concretos (problemas) com as respectivas opções preferíveis à luz da melhor técnica legislativa.

Além desses conselhos técnicos, o GRETEL também se dignou a colocar à disposição do leitor o estado da arte: compilou toda a bibliografia estrangeira existente até então e expôs as tendências que marcavam a experiência internacional à época: a mais antiga

³ GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986.

⁴ O GRETEL foi criado em 1984 por um grupo privado de universitários, professores e estudantes da Universidad de Barcelona e da Universidad Autónoma de Barcelona, que se reuniram semanalmente por mais de um ano para preparar o livro comentado e, logo depois, seu complemento: o **Curso de Técnica Legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1. Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

anglo-saxã (*Legal Drafting*) e mais recente alemã (*Gesetzgebungslehre, Gesetzgebungstechnik*).

A primeira tradição é tão antiga quanto a criação, em 1869, do *Office of the Parliamentary Counsel – OPC*, no Reino Unido. Esse peculiar órgão da estrutura administrativa britânica foi concebido para: a) melhorar a redação das leis; b) homogeneizar o conjunto do ordenamento jurídico unificando os critérios formais que deveriam ser aplicáveis a todas as leis; e c) reduzir os gastos derivados da manutenção nos ministérios dos distintos funcionários encarregados da redação das leis. Assim, cuidou de centralizar a redação dos projetos de leis.

O OPC é composto por especialistas na redação de projetos de lei (*draftsmen*), cuja formação passa por oito anos de *juniority* durante os quais se preparam sob a tutoria de um *senior*. A redação é feita a partir das instruções dos ministérios (*legal instructions*), segundo o programa aprovado pelo Governo da vez (a missão do OPC é ser fiel ao governo). O êxito da redação é determinado, em grande parte, pela precisão e acerto dessas instruções ministeriais, as quais não têm a forma de um texto articulado ou um esboço do projeto pretendido, limitando-se a estabelecer os objetivos políticos que os *draftsmen* devem converter em proposta de texto legal. Tais instruções costumam trazer as informações sobre o problema social a ser enfrentado para que os redatores adquiram uma visão global do contexto, juntamente com as pautas que devem norteá-los. Essa é uma das grandes vantagens desse modelo: os redatores só começam seu trabalho quando o conteúdo do ato normativo já está mais ou menos decidido (pelo governo). Não há catálogos ou códigos com diretrizes de técnica legislativa, bem ao estilo *Common Law*.

O OPC goza de muito prestígio na burocracia britânica, assim como os *draftsmen* – que têm salários muito superiores aos de outros funcionários da mesma categoria –, ambos relacionados à redação cuidadosa e analítica dos textos legais. Também são encarregados da importante missão de revisão e consolidação do ordenamento jurídico. No modelo britânico – aplicado na totalidade dos países da *Commonwealth* e no Canadá – predomina portanto, a centralização e a profissionalização da redação dos projetos de lei. É a demonstração do pensamento de que a elaboração normativa é atividade que exige sobretudo experiência e prática, aliada a longos e trabalhosos anos de estudos por um corpo de especialistas adestrados.

A segunda tradição sobre a redação dos projetos de lei é a alemã, predominante nos demais sistemas jurídicos, com desenvolvimento a partir da década de 60 do século passado. A característica desse modelo é a redação descentralizada (em cada um dos ministérios),

segundo o procedimento das regras comuns de organização e processo normativo dos ministérios (*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* – GGO I e, em particular, sua parte especial, o GGO II, cuja versão em vigor foi aprovada pelo Governo em 26 de julho de 2000), que estabelecem de maneira vinculante os procedimentos para a preparação de projetos de disposições normativas. Tais regras organizativas são complementadas pelas recomendações do Ministério da Justiça (*Empfehlungen*) em 1991 e pelo questionário (*Checklist*) aprovado pelo Governo Federal ainda em 1984.

O intitulado questionário sobre a necessidade, efetividade e intelegibilidade dos projetos de disposições normativas contém o que seria um mínimo formal e material de qualidade legislativa, já apontando para uma preocupação com questões substantivas – na medida em que, sob a forma de diretrizes, questionavam a necessidade e conveniência da intervenção legislativa, ou seja, se o estabelecimento de um novo direito de fato contribuiria para resolver o problema social determinado⁵. Subjaz a isso o propósito de lograr que houvesse menos leis, porém melhores. Troca-se quantidade por qualidade.

Na prática, a também chamada lista azul (*Blaue Liste*) – porque idealizada para vir impressa em papel dessa cor – consiste no questionário de dez macro-perguntas (algumas divididas em subperguntas mais analíticas), que tem o propósito de: a) esclarecer os condicionantes, efeitos e interrelações da regulação; b) registrar os principais aspectos da redação do projeto; e c) padronizar o processo de elaboração do projeto. Assim, o redator dos anteprojetos de lei deve ter presente no início de seu trabalho as perguntas seguintes:

- 1) É realmente necessário fazer algo? (subpergunta: o que acontece se nada for feito?)
- 2) Quais alternativas existem?
- 3) Deve atuar o âmbito federal? (ou a solução poderia partir dos âmbitos regionais)
- 4) É necessário fazer especificamente uma lei? (ou bastaria um decreto, por exemplo?)
- 5) A atuação deve ser imediata?
- 6) São necessários o alcance e detalhamento previstos na regulamentação? (ou excessivos ou alteram demasiadamente o ordenamento?)

⁵ O mesmo também foi feito em SALVADOR CODERCH, Pablo. Teoría y técnica de la legislación. Metabibliografía y bibliografía básicas. In: GRETTEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **Curso de Técnica Legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1. Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 291-303; _____. Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa. In: Idem, pp. 11-46.

- 7) Pode-se limitar no tempo a vigência da lei? (para evitar manter vigentes leis inúteis)
- 8) A regulação é clara e está orientada ao cidadão? (para saber se a regulamentação é acessível ao cidadão ou é incompreensível ou excessivamente longa)
- 9) É praticável? (para saber se é viável, executável)
- 10) Quais são os custos e benefícios previstos? (para saber se existe uma relação adequada ou razoável entre eles)

No desenvolvimento da segunda pergunta sobre as alternativas, o questionário ainda detalha quatro blocos de subperguntas:

- 2.1) Quais são os resultados da análise do problema? Quais são as suas causas? Sobre quais fatores se pode atuar?
- 2.2) Quais são os instrumentos geralmente adequados que permitem conseguir, totalmente ou com limitações justificadas, o objetivo desejado? (Inclui medidas para uma aplicação e execução mais efetivas das disposições existentes, relações públicas, acordos, investimentos, programas de incentivo, sugestões e fomento de uma iniciativa própria por parte das pessoas afetadas, etc.)
- 2.3) Tendo em vista os seguintes aspectos, quais são os instrumentos de atuação mais adequados?
 - a) gastos e ônus para o cidadão e a economia
 - b) efetividade (entre outras: acerto, grau e probabilidade de conseguir o objetivo previsto)
 - c) custos e gastos para o orçamento público
 - d) repercussões sobre as normas existentes e programas previstos
 - e) efeitos colaterais e consequências
 - f) compreensão e aceitação por parte dos destinatários e das autoridades executivas
- 2.4) Que tipo de atuação permite evitar novas disposições normativas?⁶

Como se vê, o modelo alemão de preparação dos anteprojetos de lei alcançou um grau de sistematicidade e detalhamento impressionante, muito embora grande parte dos dispositivos possa ser tomada mais como recopilação por escrito de usos e práticas que já

⁶ Sobre o tema, confira-se: SALVADOR CODERCH, Pablo. Introducción. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, p. 18; CASALS, Martín. La técnica de las Checklisten. In: Cuadernos y Debates 14, Curso de Técnica Legislativa. GRETEL, Grupo de estudios de Técnica Legislativa, Serie de Técnica Legislativa I, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 253-290.

eram desenvolvidas, com o objetivo de dotar tais procedimentos e costumes de maior uniformidade, força vinculante e permanência.

Como principal característica, sobressai a redação difusa. E os relatos da prática apontam para uma observância desse questionário mais no caráter mental (do redator) no dia a dia da atividade legislativa (seu cumprimento não costuma se dar em sentido estrito, com a folha azul acompanhando concretamente as proposições)⁷. A despeito disso, não seria exagero dizer que esse modelo introduziu a ideia rudimentar de avaliação da qualidade (e, especialmente, do impacto) da legislação, que depois acabou ganhando instrumentos metodológicos mais sofisticados.

Embora a análise do modelo dos Estados Unidos não conste do *La forma de las leyes*, nem tenha sido explorado pelo GRETEL em momento posterior, acredita-se que este espaço é pertinente para tecer breves explicações sobre suas características, já que estão sendo abordados os principais modelos de redação legislativa e naturalmente – a despeito de todas as diferenças em relação aos demais – o sistema norte-americano não poderia ficar de fora.

Em Washington, a redação dos projetos de lei não é concentrada (como em Londres), tampouco podendo dizer que é descentralizada (como em Berlim), sendo na verdade totalmente difuso: a redação é feita tanto já dentro do Parlamento, pelo *Office of the Legislative Counsel of the House*, pelo *Office of the Legislative Counsel of the Senate* (em algo semelhantes ao *Office of Parliamentary Counsel* britânico, mas incorporados à estrutura de cada casa legislativa e, portanto, com menos independência, recebendo instruções diretamente dos parlamentares, não do governo), pelo corpo técnico dos comitês permanentes e especiais do Congresso; quanto por membros dos departamentos executivos e agências; e, inclusive, por particulares (público em geral, especialmente sindicatos, associações da sociedade civil, grupos de interesses profissionais, empresariais ou do agronegócio), cujas propostas não costumam passar por qualquer tipo de revisão⁸. Dificilmente os parlamentares exercem a iniciativa legislativa, também existindo diversas hipóteses em que tal iniciativa parlamentar é vedada⁹.

⁷ Para maiores detalhes sobre a técnica legislativa alemã, confira-se GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Técnica legislativa en Alemania. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 423-454; e CASALS, Miguel Martín. La técnica de las Checklisten. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **Curso de Técnica Legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1. Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 253-290.

⁸ ATIYAH, P. S.; SUMMERS, R. S. **Form and substance in anglo-american law**. A comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 320.

⁹ DICKERSON, Reed. Legislative Drafting in London and in Washington. **The Cambridge Law Journal**, v. 17, n. 1, jan-abr. 1959, pp. 49-57.

Nesse modelo americano, redação dos projetos de lei é menos profissional¹⁰, não existe controle técnico ou metodológico¹¹, há maior protagonismo do próprio Legislativo na produção das leis (em relação aos outros modelos, e não só na iniciativa, mas também nas emendas aos projetos, que são mais significativas que na experiência britânica, por exemplo¹²), as pautas são menos controladas pelo Poder Executivo, e chama a atenção um detalhe curioso: não existe disciplina de voto. A esses detalhes atribuem-se a causa da má qualidade da legislação (produto), que costuma ser pouco detalhada, repleta de dispositivos de escassa concreção e remissões em branco¹³.

Para compensar essa característica, há um sofisticado modelo de regulamentação (bastante explorado nos Estados Unidos), por intermédio de um procedimento descentralizado do qual participam diversas agências (*Agencies*) sob a supervisão de um órgão central, o *Office of Information and Regulatory Affairs – OIRA*, criado em 1980 e cuja principal função é supervisionar a aplicação da regulação das leis federais. O OIRA, por sua vez, é dependente do *Office of Management and Budget – OMB*, órgão ao qual se encarregou a revisão e estudos dos projetos de normas mais significativas, assim entendidas as que: tenham grande repercussão sobre algum setor da economia de mais de cem milhões de dólares; possam representar conflito com as competências de outras agências; alterem materialmente o impacto orçamentário; possam suscitar problemas legais ou políticos.

Com esses breves comentários, dá-se por encerrada a explicação dos principais modelos de redação legislativa, mas outras considerações sobre o tema seguem pertinentes.

Com um atraso de mais de dez anos em relação aos outros países europeus, a publicação *La forma de las leyes* do GRETEL constituíra a primeira vez que se analisava a legislação *como atividade* na Espanha, ou seja, como ação a se desenvolver; a legislação sob a perspectiva do seu processo de elaboração, tendo como objeto a produção das normas, e cujo resultado é o estabelecimento do direito. Trata-se de enfoque diferente do até então predominante, que tomava a legislação *como produto*, cuidando de refletir sobre a sua aplicação.

Nesse sentido, o grupo pôs bastante ênfase na distinção entre técnica legislativa – entendida como o conjunto de saberes voltados à melhoria da composição e redação das leis – da dogmática jurídica, por ele chamada de ciência de interpretação das leis.

¹⁰ ATIYAH, P. S.; SUMMERS, R. S. **Form and substance in anglo-american law**. A comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 315.

¹¹ Idem, ibidem, p. 318.

¹² Idem, ibidem, p. 319.

¹³ Idebm, ibidem, p. 323; SUNSTEIN, Cass. **(Más) Simple**: el futuro el gobierno. Madrid: Marcial Pons, 2014, p. 40.

Nesse contexto, o enfoque do GRETEL atinha-se aos aspectos formais e internos da técnica legislativa. Assim concebida, sua teoria da legislação coincide com o que em inglês se chama *drafting*: um conhecimento aplicado a partir de uma mistura de saberes científicos, tecnológicos, generalizações empíricas e senso comum, reunidos em um conjunto de procedimentos e recursos voltados à composição e redação de documentos normativos, abarcando essencialmente o manejo da linguagem jurídica e a estruturação das leis (e demais disposições jurídicas).

Quando iniciou suas atividades, a preocupação do GRETEL voltava-se apenas para esses meios ou instrumentos para melhorar a qualidade das leis do ponto de vista da sua composição e redação (linguagem clara e precisa e estrutura coerente). Logo na introdução de *La forma de las leyes*, Pablo Salvador Coderch – membro e um dos principais representantes do grupo –, explica que se cuida de um livro *de* técnica legislativa e não *sobre* técnica legislativa¹⁴, deixando claro que, longe de ser analítico, propõe-se a ser um guia prático.

O destinatário da obra é o técnico legislativo, cujo papel – na posição de Coderch – é o de quem precisamente converte em texto escrito o conjunto de decisões materiais e jurídicas tomadas (antes) sobre a questão de que se trate. É o redator ou *draftsman*, que se encarrega de parte do processo de legislação, somente, pois não é o autor da decisão legislativa, mas somente do texto que a expressa¹⁵.

Como se vê, o enfoque do GRETEL representa o que se entende por técnica e tática da legislação, não propriamente da chamada metódica¹⁶. Trata-se de uma noção de técnica legislativa bastante estreita, como um campo pretensamente neutro (não valorativo), porém

¹⁴ “(...) *éste es, en lo fundamental y fuera de este capítulo, un libro de tl y no un libro sobre tl. No es a book of books porque sus autores piensan que eso es tarea para otra ocasión y que ahora tal vez es más útil hacer cosas que hablar de ellas.*” (SALVADOR CODERCH, Pablo. Introducción. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, p. 22).

¹⁵ “*El papel del técnico legislativo en todo ese marco de actividades es propiamente el de quien vierte en un texto escrito el conjunto de decisiones materiales y jurídicas tomadas sobre la cuestión de que se trate. Es un redactor del texto en el sentido más flerte de la palabra. En Inglaterra, país con una importante tradición en la materia, se habla del Drafting of Statutes que, en la clásica descripción de G. C. THORNTON “... is just onde part of the process of legislation, whereby an idea or concept concerning the social framework of society becomes government policy, is transformed to legislative shape by means of the drafting process, and eventually passes through the legislative machinery to reach the statute book as law”. El draftsman no es el autor de la decisión pero sí del texto que la expresa.*” (SALVADOR CODERCH, Pablo. Introducción. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, p. 11-12).

¹⁶ A distinção entre tais expressões é formulada por Ulrich Karpen (*Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre der Bundesrepublik Deutschland*. In: Zeitschrift für Gesetzgebung, 1, 1986, págs. 5-32) e pode ser sintetizada da seguinte maneira: a **tática** da legislação equivale ao procedimento externo da legislação (estudos sobre os órgãos e o procedimento de elaboração das leis); a **metódica**, por seu turno, refere-se ao procedimento interno da legislação (aos seus conteúdos, fins e meios das leis); ao passo que a **técnica** se volta para a articulação, configuração e linguagem das leis. O autor distingue, ainda, a **teoria da legislação** (conceito, evolução e análise comparada das leis) e a **analítica da legislação** (a lei enquanto fonte do Direito).

especialmente limitado, no qual não se discutem os fins perseguidos com a legislação (legitimidade material), os seus aspectos politológicos ou quaisquer outros fatores que na prática exercem influência na atividade legislativa.

A posição fica ainda mais clara pela defesa de quatro princípios para o desenvolvimento da técnica legislativa: a) sistematização da prática; b) separação da técnica legislativa de outros ramos das doutrinas da legislação; c) tratamento como tarefa coletiva; e d) educação dos juristas em humanidades e ciências sociais aplicadas de maneira que lhes permita conhecer os condicionamentos e antever as consequências de qualquer decisão normativa¹⁷.

À época, dados o estado dos estudos até então existentes e os objetivos do grupo, tal autolimitação fazia todo sentido – inclusive, parece ter sido intencional –, já que de fato não teriam sido possíveis os avanços alcançados sem tal corte metodológico¹⁸. Chega-se a detectar um certo ceticismo, inclusive, quanto a uma visão mais abrangente da técnica legislativa, que oferecesse diretrizes de natureza mais que meramente operativas, fato este atribuível à inexistência de verdadeiras teorias da legislação à época – Coderch refere-se a um “estado protocientífico ou prototecnológico” dessas teorias – que pudessem servir de marco para a discussão das finalidades da lei e de como ordenar os diversos interesses sociais envolvidos¹⁹.

Como não poderia ser diferente, essa abordagem mais limitada tem seu preço: a visão originária do GRETEL é manifestamente minimalista da legislação; logra abarcar apenas parte desse fenômeno (racionalidade linguística e lógico-formal da legislação). E próprio grupo parece reconhecer isso ao afirmar que “(...) *a técnica cede à política legislativa ou, ao menos, o técnico legislativo deve ser consciente dos limites de sua atividade*”²⁰.

¹⁷ SALVADOR CODERCH, Pablo. Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa. In: **Curso de Técnica Legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1. Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 15-16.

¹⁸ O aprofundamento dos estudos é revelado pelos trabalhos publicados durante a década de 1990 na esteira do GRETEL: MORENO, Fernando Sainz; OCHOA, Juan Carlos da Silva. **La calidad de las leyes**. Parlamento Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1989; **Técnica normativa de las Comunidades Autónomas**. Madrid: Comunidad, Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, D. L. 1991; FERRERO, Jesús M.^a Corona; VALL, Francesc Pau; ARANDA, José Tudela (Coords.). **La técnica normativa a debate**. Madrid: Tecnos, Asociación Española de Letrados de Parlamentos, 1994. Além disso, cite-se a aprovação das *Directrices sobre la forma y la estructura de los anteproyectos de ley*, aprovada pelo *Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991*, com a pretensão de funcionar como guia de técnica legislativa da Administração Pública espanhola – registre-se que em 2005 tal acordo foi derogado pelo *Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005*, que aprovou novas *Directrices de técnica normativa*. No âmbito europeu, no mesmo ano de 1991, foi criada a *European Association of Legislation* (EAL). Mencione-se, ainda, a realização das *Jornadas de Derecho Parlamentario*, cujo objetivo era o de coordenar a política legislativa com a técnica legislativa, ou seja, os fins pretendidos pelas leis com sua adequada formulação textual.

¹⁹ SALVADOR CODERCH, Pablo. Introducción. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, pp. 11, 23 e ss.

²⁰ “*En suma: la técnica cede a la política legislativa o, por lo menos, el técnico legislativo debe ser consciente de los límites de su actividad*” (SALVADOR CODERCH, Pablo. La publicación de las leyes. In: GRETEL

Longe de representar uma visão neutra como se pretendia, subjaz a essa concepção formal um certo viés ideológico sobre o papel da atividade legislativa; e isso pode ser visto em mais de uma passagem de *La forma de las leyes*. No capítulo terceiro (*Preámbulo y disposiciones directivas*), por exemplo, Miguel Martín Casals afirma que o preâmbulo é objeto de pouca atenção como instrumento de técnica legislativa, em primeiro lugar, por seu caráter de mera declaração programática desprovida de caráter dispositivo e, em segundo, por se cuidar de uma disposição opcional (inclusive inexistente em alguns ordenamentos). Chega a considerá-lo simples exercício de retórica política e a posicionar-se contra a necessidade de que as leis venham precedidas do preâmbulo (este não seria uma parte essencial da lei), porque não incorporaria mais conteúdo normativo do que a própria lei²¹.

Para Casals, o conteúdo do preâmbulo deve indicar o objetivo da lei (ou seja, as consequências desejadas), podendo incluir sua finalidade (é dizer, os efeitos das medidas previstas pela lei); e em todo caso com o uso linguagem jurídica, afastado qualquer tipo de persuasão. Explica que isso seria para evitar que o legislador “se rebaixasse”, quando sua função é “mandar, não convencer”²². Pelas mesmas razões, indica que devem ser excluídas todas as disposições destinadas a explicar (instruir) seus preceitos, afirmando que o preâmbulo não é uma obra de doutrina ou enciclopédia, bem como devem ser eliminados os recursos retóricos voltados aos destinatários.

Ocorre que, indiscutivelmente, o preâmbulo tem sim valor jurídico, embora não possa ser tomado em detrimento do texto articulado na lei. Serve também de importante vetor interpretativo, tanto do ponto de vista hermenêutico, como teleológico: a exposição do preâmbulo serve para avaliar o cumprimento dos fins desejados pela lei e, especialmente, revelar a inadequação entre estes e o conteúdo normativo. A própria raiz etimológica do latim – prefixo *pre* (antes, sobre) e verbo *ambulare* (andar, marchar, prosseguir) – confirma sua natureza de pórtico da lei.

(Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, p. 290).

²¹ “*En primer lugar, hay que pronunciarse contra la necesidad de que toda ley vaya precedida de un Preámbulo. El Preámbulo no incorpora a la ley más contenido normativo del que por sí misma tiene en la parte dispositiva. (...) Debe hacerse, pues, un uso económico del Preámbulo*” (CASALS, Miguel Martín. *Preámbulo y disposiciones normativas*. GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, p. 81).

²² “*(...) El Preámbulo no debe pretender convencer a los destinatarios de la norma. El legislador que condescende en convencer de la rectitud o oportunidad de sus mandatos renuncia a la obediencia cuando el destinatario del mandato no se deja convencer. Así rebaja el mandato – obligatorio por razón de su simple existencia – a la categoría de un consejo, eficaz sólo en la medida de su fuerza de convicción. Si quiere que el destinatario tienda a obedecer, y no a discutir, la función del legislador debe consistir en mandar, no en convencer. (...)*” (Idem, *ibidem*, p. 84).

Em um Estado constitucional, não só o preâmbulo, mas a lei inteira precisa da adesão de seus destinatários para ser efetivamente obedecida. Se o direito não convence – especialmente quanto à decisão legislativa ter sido suficientemente pensada, motivada, ser correta e justa –, será derrotado²³. O preâmbulo deveria funcionar como a parte da sentença judicial encarregada da fundamentação da decisão, ou seja, estabelecer as razões as leis. E, dadas as peculiaridades das leis – como ferramentas que são do Direito – o preâmbulo deve igualmente conter os objetivos que se pretendem alcançar com as leis. O papel dos preâmbulos parece relevante para a racionalização das leis e será retomado com mais profundidade adiante, na Parte III.

O que subjaz ao ponto é a importância das razões dos representantes, as quais, em primeiro lugar, devem existir (as leis não podem ser fruto de desatinos, precisam de razões); e, em segundo lugar, tais razões interessam (não podem ser consideradas irrelevantes) e são necessárias para legitimar a lei produzida junto aos representados – sobretudo nos casos de leis restritivas ou quando outras opções legislativas seriam igualmente possíveis²⁴ –, bem como para garantir o debate e controle racional posterior.

A despeito de algumas deficiências, o foco na técnica legislativa apresentado pelo GRETEL é válido como instrumento que se propõe a otimizar a produção das normas jurídicas. Indiscutivelmente representa um passo necessário e importante: parte-se desse princípio – qual seja, o domínio das técnicas que trazem clareza, certeza, precisão e eficiência ao texto – para, em um segundo momento, discutir as outras perspectivas da legislação (finalidades e justificação ética). Daí a afirmação de Coderch no sentido de que a teoria da legislação deve ser concebida como uma parte da teoria do Direito e esta última no contexto de uma teoria da sociedade²⁵.

Pode-se dizer que o aprofundamento dos estudos sobre esses problemas que envolvem a elaboração das normas foi o que conduziu à ampliação do horizonte sobre legislação. Logo a técnica legislativa (com esse corte delimitado) percebeu que o maior desafio não é propriamente a redação das normas, simplesmente. De fato, a forma não garante

²³ MORENO, Fernando Sainz. Lenguaje jurídico. In: **III Jornadas de Derecho Parlamentario**. La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar. Madrid: Congreso de los Diputados, 1988, p. 103.

²⁴ Cf. D'AURIA, Aníbal et al. **Las razones de nuestros representantes**. Buenos Aires: Eudeba, 1997; OLIVER-LALANA, A. Daniel. **¿Le importa a alguien que los legisladores razonen?** Ponência apresentada no XXII Seminário Luso-Hispano-Franco-Italiano de Teoria do Direito, realizado em Lisboa nos dias 24 e 25 de junho de 2016 (arquivo gentilmente cedido pelo autor); _____. Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes. In: CARDINAUX, Nancy; CLÉRICO, Laura; D'AURIA, Aníbal (Coords.). **Las razones de la producción del derecho**: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2006, pp. 139-166.

²⁵ SALVADOR CODERCH, Pablo. Introducción. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, p. 23.

a qualidade, haja vista a existência de um contexto (o ordenamento jurídico em que estão inseridas as normas), bem como a viabilidade econômica, social e psicológica desse contexto em que serão aplicadas as normas.

Além disso, a realização da justiça, a promoção de segurança jurídica e a eficácia dos ordenamentos – valores mais importantes a orientar os sistemas jurídicos – exigem a conjugação de mais saberes, o que converte a técnica legislativa com o enfoque do GRETEL, em uma técnica mais auxiliar e instrumental, que sempre dependerá dos outros objetivos do ordenamento.

1.2. A teoria da legislação de Manuel Atienza

Pouco tempo depois da obra seminal do GRETEL, em 1989, Manuel Atienza dedicou-se a contribuir para o desenvolvimento de uma teoria da legislação mais substantiva nos artigos *Sociología jurídica y ciencia de la legislación*²⁶ e *Contribución para una teoría de la legislación*²⁷. Posteriormente, esses dois artigos, mais um terceiro trabalho sobre legislação (*Razón práctica y legislación*²⁸), foram reunidos (com algumas pequenas adaptações) em forma de livro publicado em 1997 com o título *Contribución a una teoría de la legislación*²⁹.

A despeito de esse livro ser a obra mais citada sobre o seu pensamento a respeito da legislação, reputa-se importante registrar que formulações de Atienza sobre a legislação são bastante anteriores à publicação do livro referido: ao serem de 1989 os seus primeiros artigos, entrevê-se o pioneirismo em sua abordagem, prévia à vasta onda de publicações sobre o tema na década de 90 do século passado.

Além disso, importa alertar que tampouco o livro citado reúne todo o seu pensamento sobre a legislação, já que em publicações posteriores – notadamente nas críticas à teoria de Robert Alexy feitas no livro *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*³⁰, de 1991; no capítulo sexto do livro *Tras la justicia*³¹, cuja primeira edição é de

²⁶ Sociología jurídica y ciencia de la legislación. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **El Derecho y sus realidades**: investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Barcelona: Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, 1989, pp. 41-70.

²⁷ Contribución para una teoría de la legislación. **DOXA**, n. 6, 1989, pp. 385-403.

²⁸ Razón práctica y legislación, **Revista Mexicana de Estudios Parlamentarios**, n. 3, v. 1, septiembre-diciembre de 1991, pp. 9-31.

²⁹ Madrid: Civitas, 1997.

³⁰ **Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1991.

³¹ Nesse capítulo, Atienza analisa o procedimento legislativo que resultou na *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. (Nacionales y extranjeros. Las (sin)razones de una discriminación. In: **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel, 2012, pp. 182-249).

1993; no artigo *Argumentación y legislación*³², de 2004; no livro *El derecho como argumentación*³³, de 2006; no artigo *Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida*³⁴, de 2008; no seu *Curso de argumentación jurídica*³⁵, de 2013; em algumas passagens de *Algunas tesis sobre el razonamiento judicial e Epílogo (abierto)*³⁶, ambos publicados em 2017; e na conferência *A model for the analysis of legislative reasoning*,³⁷ apresentada no *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, realizado na Universidade de Zaragoza, nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018.

Com isso, vê-se que Atienza voltou a tecer reflexões sobre o tema legislativo em diversas ocasiões e desenvolveu mais ideias que redundaram em uma teoria da argumentação legislativa. Assim, a correta compreensão de seu pensamento passa necessariamente por recompilar todos esses fragmentos, sem o que qualquer explicação sobre sua teoria da legislação será incompleta.

É bem verdade que tal fragmentação dificulta o estudo de suas ideias; entretanto, longe de ser um problema do autor, revela na verdade a complexidade do próprio tema, o qual vem sendo amadurecido por Manuel Atienza em todo esse tempo e, ainda que tangencialmente, tem permanecido presente entre as preocupações do autor. E é mais: esse é um indício da importância da questão legislativa, pois, se assim não fosse, o autor não seguiria dedicando-lhe mais linhas.

Feita essa explicação para justificar antecipadamente as referências feitas às (tantas) obras mencionadas – inclusive as repetidas, sempre que coincidentes – passa-se a reconstruir o pensamento do autor com o propósito de mostrar como foi evoluindo desde os primeiros escritos de 1989.

Partindo das diversas abordagens até então existentes para o estudo da legislação, bem como dos seus problemas e limitações, Atienza logo revela a necessidade de articular os instrumentos da técnica legislativa *stricto sensu* com os outros objetivos do ordenamento jurídico.

³² In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112.

³³ Barcelona: Ariel, 2006.

³⁴ **Revista de Bioética y Derecho**, n. 14, 2008, pp. 4-9.

³⁵ Madrid: Trotta, 2013.

³⁶ In: REGLA, Josep Aguiló; CASTRO, Pedro P. Grández (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017, pp. 11-42, especialmente pp. 11-15; e pp. 419-460, especialmente pp. 420-422.

³⁷ **A model for the analysis of legislative reasoning**. Conferência apresentada no *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation* (Universidade de Zaragoza, 23 e 24 de fevereiro de 2018).

Em *Sociología jurídica y ciencia de la legislación*³⁸, aproveitando algumas ideias básicas lançadas pelo GRETEL – notadamente as distinções entre técnica legislativa e dogmática jurídica, as quais trata de relativizar –, Atienza estabelece sua noção do processo de produção de leis, a legislação, como (atividade consistente em) uma série de interações que tem lugar entre os seguintes elementos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores³⁹. O produto dessas interações são as leis, as quais constituem o ponto de partida para a interpretação e aplicação do direito.

Nesse contexto, fixando como premissa que um procedimento legislativo mais racional pudesse garantir um produto racional (a lei), propõe a racionalização da prática legislativa, a partir do desenvolvimento de cinco modelos (ideias ou níveis) “ideais” de racionalidade:

- (R1) Racionalidade comunicativa ou linguística
- (R2) Racionalidade jurídico-formal
- (R3) Racionalidade pragmática
- (R4) Racionalidade teleológica
- (R5) Racionalidade ética

No nível de racionalidade R1 (comunicativa ou linguística), o emissor ou editor da norma deve ser capaz de transmitir com fluidez a mensagem da lei ao receptor ou destinatário. Se uma lei fracassa como ato de comunicação, é irracional no nível R1. Incrementar esse nível de racionalidade na legislação implica utilizar os conhecimentos procedentes da linguística, lógica, informática e psicologia cognitiva, por exemplo, para evitar as ambiguidades sintáticas, lacunas e incoerências que decorrem do caráter impreciso da linguagem (especialmente o uso das conjunções “e”, “ou”, das partículas “só”, “salvo”, etc.).

O ideal de racionalidade R2 (jurídico-formal) implica que a nova lei deve inserir-se em harmonia com o ordenamento jurídico. Essa exigência de sistematicidade opera de modo interno e externo: dentro da própria lei, para que não existam lacunas ou contradições na regulamentação do tema proposto; e externo à lei, em observação às regras e aos princípios já constantes do ordenamento jurídico. Aqui, pode-se dizer que os valores preponderantes seriam a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. Nesse nível, então, uma lei será irracional se contribuir para a corrosão da estrutura do ordenamento jurídico, o que pode acontecer pela não observância de princípios já estabelecidos pelo ordenamento, pela inserção

³⁸ In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **El Derecho y sus realidades**: investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Barcelona: Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, 1989, pp. 41-70.

³⁹ Idem, *Ibidem*, p. 48.

de novos critérios alheios à lógica respectiva ou simplesmente pela derrogação ou remissão equivocadas, por exemplo.

Aumentar a racionalidade da atividade legislativa nesse nível significa melhorar a “técnica jurídica” a partir da elaboração de uma série de diretrizes legislativas, bem como a “profissionalização” da redação normativa, com o estabelecimento de setores especializados nos órgãos da Administração encarregados (Poder Legislativo e Ministérios, sobretudo). De acordo com Atienza, isso exige os conhecimentos da dogmática jurídica, do direito comparado, da teoria geral do direito e também da lógica jurídica⁴⁰.

A racionalidade R3 (pragmática) tem por objetivo que a conduta dos destinatários se adeque às prescrições da lei. Trata-se da chamada eficácia social da lei, o que faz com que a lei seja obedecida espontaneamente e se converta “Direito em ação”⁴¹ (eficaz). Desse modo, no nível de racionalidade R3, será irracional a lei que fracasse como diretiva destinada a influenciar o comportamento social. As técnicas para incrementar a racionalidade pragmática vêm da ciência política, da psicologia e, sobretudo, da sociologia, e passa por proporcionar, por exemplo, estímulos adequados, sanções eficazes, viabilidade administrativa, financeira, entre outras.

Na racionalidade R4 (teleológica), a lei deve alcançar os fins sociais perseguidos. Para lograr esse nível de racionalidade, deve-se conceber o Direito do ponto de vista funcional, o ordenamento jurídico como um meio para conseguir certos fins. Esses fins são os mais diversos e variam no tempo e de acordo com o contexto e o estágio de evolução social. Reduzir as desigualdades sociais, promover eficiência econômica, aumentar o nível de educação da população, melhorar as condições sanitárias, gerar mais empregos, por exemplo, são possíveis fins a serem alcançados pela legislação. Uma lei será irracional do ponto de vista teleológico, portanto, quando deixa de produzir os fins desejados pela lei ou termina por

⁴⁰ Como se vê, os estudos originários do GRETEL limitavam-se a esses dois níveis de racionalidade (R1 e R2) e é o que costuma acontecer com a maioria das obras de técnica legislativa.

⁴¹ A distância entre o “Direito nos livros” e o “Direito em ação” foi apresentada pela primeira vez por Roscoe Pound em 1910 no artigo seminal *Law in books and law in action* (publicado na *American Law Review*, n. 44, pp. 12-36). Com essa imagem, Pound quis chamar a atenção para a diferença que há entre as regras que abstratamente normatizam as relações (o direito que está nos livros) e as normas que efetivamente governam os homens, o direito que se desdobra na vida real (o direito em ação). Em outra metáfora, Pound exemplifica que o direito distante da vida real lembra o escritor a quem se encomendou que escrevesse sobre metafísica chinesa e que recolheu material para o seu texto lendo na Enciclopédia Britânica os verbetes “China” e “metafísica”. Sustenta que não é possível construir uma Ciência do Direito sem essa conexão com a realidade concreta, com como o Direito vem sendo aplicado e como funciona atualmente. Defende que alcançar a justiça passa por suprimir (ou ao menos reduzir) a distância entre “Direito nos livros” e o “Direito em ação”. Essas ilustrações se encaixam perfeitamente para explicar qual deve ser a preocupação da atividade legislativa: harmonizar o “Direito nos livros” e o “Direito em ação”, promover o ajuste do Direito às circunstâncias concretas, reais, para efetivamente promover os interesses sociais.

originar efeitos não previstos (independentemente de serem desejados ou não, sendo este último caso ainda pior).

Registra-se aqui que não se trata simplesmente da eficácia social da lei (R3), pois a lei pode ser cumprida por seus destinatários, mas simplesmente não alcançar os objetivos que perseguia. Nesse sentido, a falta de eficácia da lei é um problema não de cumprimento, mas de definição de quais são os meios (os conteúdos normativos) idôneos para lograr os fins sociais determinados, o que também é distinto da falta de clareza ou indefinição dos objetivos. Incrementar a racionalidade teleológica envolve aplicar conhecimentos oriundos da sociologia do direito, análise econômica do direito, teorias da implementação, etc.

Por fim, como o fato de o Direito perseguir fins (R4) não necessariamente significa que esses fins sejam legítimos, tem-se que à luz da racionalidade prescrita em R5, as condutas prescritas e as finalidades das leis pressupõem valores que seriam suscetíveis de justificação ética. Em cada contexto, os fins teriam pesos diferentes e estariam sujeitos a uma avaliação dentro do sistema ético – por exemplo, têm mais valor os fins de liberdade, dignidade, igualdade, segurança e justiça.

Do ponto de vista de R5 (racionalidade ética), uma lei será irracional se não está justificada eticamente ou se foi editada por quem carece de legitimidade ética – seja porque prescreve comportamentos imorais (ou deixa de prescrever o que seria moralmente obrigatório), seja porque persegue fins ilegítimos. Diferentemente dos outros níveis de racionalidade, não há uma técnica legislativa para incrementar R5, que acaba desempenhando uma função mais negativa que positiva. Sem prejuízo, podem ser grandes os aportes da filosofia do direito, da moral, da política e da própria sociologia do direito, para revelar quais são os valores socialmente vigentes (predominantes no cenário) e quais teorias permitem a adequada interpretação das finalidades jurídicas.

Observe-se que tal racionalidade ética não costuma figurar nos estudos sobre a legislação. Note-se, ainda, que, embora a Constituição condense diversas ideias morais vigentes na sociedade, não oferece respostas para todas as questões morais, inclusive porque eventualmente pode conter normas que não se justificariam à luz de uma moral crítica ou esclarecida⁴².

⁴² **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 230. Atienza dá como exemplo a discussão em torno do artigo 14 da Constituição espanhola – de acordo com o qual “os espanhóis são iguais perante a lei” – que não garantiria, conforme a argumentação do Tribunal Constitucional, a igualdade entre espanhóis e estrangeiros. A crítica vai no sentido de que, se bem é verdade que literalmente a norma não garante a igualdade, sua interpretação à luz dos outros valores do ordenamento e à luz da moral jamais poderia sustentar um tratamento diferenciado.

Atienza propõe um esquema que ajuda a analisar a eficácia e os efeitos sociais das leis, ou seja, o alcance dos níveis de racionalidade R3 e R4. Isso, a partir das perguntas como: A lei se cumpre por todos os destinatários? Isso é o desejável pelo editor? A lei tem efeitos avaliáveis? Eram os efeitos declarados na lei? Foram previstos pelo editor? São positivos (desejáveis ou não)?⁴³

Especialmente à irracionalidade teleológica, o citado esquema ajuda a revelar os diversos casos dessa natureza. Para Atienza, o uso simbólico do Direito (situações nas quais não se pretende o real cumprimento das leis editadas) não é considerado um problema de irracionalidade, a despeito de titubear apontando uma possível incompatibilidade com R5. Na sua ótica, o que é realmente problemático é o uso frustrado do Direito: as leis foram estabelecidas com o propósito de serem cumpridas, mas os destinatários simplesmente não o fazem, por causas diversas. Tais razões podem ser de tipo subjetivo (falta de motivação, por exemplo) ou objetivo (falta de cobertura financeira ou organizativa).

Ainda tratando desse tema, explica que as leis podem ter dois tipos de funções ou finalidades: as manifestas, declaradas no preâmbulo e ressaltadas nas discussões parlamentares; e as latentes, sejam as ocultadas de propósito, sejam as eventualmente silenciadas pelos seus autores (porque não teriam consciência de sua importância)⁴⁴. Revelar as verdadeiras finalidades por trás das que são declaradas é tarefa difícil e nem sempre possível, pois implicaria conhecer informações imprecisas ou que nem sempre estão à disposição. Contrastar o conteúdo do preâmbulo com os efeitos sociais efetivamente verificados pode dar uma pista, embora sirva mais como critério de interpretação e avaliação crítica da lei.

Atienza mostra-se realista ao afirmar que não só não é fácil, mas na verdade talvez seja impossível satisfazer todos os níveis ao mesmo tempo (e às vezes, sequer em separado)⁴⁵. E as situações em que há conflitos entre os níveis de racionalidade devem ser resolvidas dando prioridade aos superiores, ou seja, os níveis de racionalidade mais básicos (R1 e R2, linguística e jurídico-formal), por exemplo, estão subordinados aos níveis de racionalidade

⁴³ Sociología jurídica y ciencia de la legislación. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **El Derecho y sus realidades**: investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Barcelona: Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, 1989, p. 61; **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, p. 43.

⁴⁴ **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 226. Atienza cita o exemplo da *Ley Orgánica 7/1985 (Ley de Extranjería)*, cuja verdadeira finalidade seria a de impedir a imigração ilegal, não a de assegurar direitos e liberdades aos estrangeiros.

⁴⁵ Contribución para una teoría de la legislación. **Doxa**. n. 06, 1989, p. 387; **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, p. 56.

mais elevados (R3 e R4, racionalidade pragmática e teleológica)⁴⁶. O exemplo seria o de uma lei obscura ou imprecisa (com má redação ou com déficit do ponto de vista de R1) com o propósito de alcançar aprovação e consequente eficácia social (preponderância de R3 e R4). É dizer, a irracionalidade linguística cede espaço, pois tal lei hipotética seria um meio para alcançar racionalidade pragmática ou teleológica.

Com efeito, a esses cinco níveis de racionalidade, depois acrescentou um nível de meta-racionalidade – que poderia ser referido por “R6” (embora o próprio autor não o tenha feito em seu modelo) –, qual seja a “razoabilidade”, assim entendida a exigência de que exista um equilíbrio na concretização das finalidades anteriores, de maneira que o eventual sacrifício a algum dos fins deveria ser feito a um “custo razoável”⁴⁷. Embora guarde alguma aproximação, deve-se registrar que a razoabilidade legislativa referida pelo autor não se confunde com a noção de eficiência. Na verdade, assemelha-se mais a uma ideia de proporcionalidade. Esse importante ponto será retomado mais adiante.

Para Atienza, a racionalidade da argumentação jurídica – na interpretação e aplicação do Direito – exige um mínimo de racionalidade legislativa. Seu pensamento é o de que a jurisdição e a legislação são dois momentos de um mesmo processo. A racionalidade jurídica, assim, teria caráter unitário, e se aplica tanto à produção, quanto à aplicação do Direito. Especificamente sobre a legislação, sua preocupação é com a construção de uma teoria que tenha o propósito não só de descrever, mas também de explicar e propor procedimentos que incrementem a racionalidade da prática legislativa existente (caráter descritivo e prescritivo ao mesmo tempo)⁴⁸.

O pensamento de Manuel Atienza sobre a legislação é completado no artigo *Argumentación y legislación*⁴⁹, de 2004. Diferentemente das abordagens anteriores – concebendo a racionalidade legislativa como uma estrutura articulada em cinco níveis de racionalidade, que servem tanto como ideais normativos, quanto como critérios para a avaliação do produto da atividade legislativa –, é nesse artigo mais recente que acrescenta o nível de meta-racionalidade (a “razoabilidade”), apontado antes, a permear todos os demais níveis de racionalidade (e etapas do processo legislativo). Aqui também é a primeira vez que passa a focar a legislação a partir da perspectiva da argumentação jurídica. Nesse sentido,

⁴⁶ Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*. n. 06, 1989, p. 389; *Tras la justicia*. Barcelona: Ariel, 2012, p. 224.

⁴⁷ Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, p. 100; **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, p. 715.

⁴⁸ Idem, ibidem, p. 401.

⁴⁹ ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112.

Atienza se propõe a refletir sobre parâmetros de como analisar e avaliar uma argumentação legislativa e como argumentar no contexto da legislação.

Parte da afirmação de que a argumentação levada a cabo pelos órgãos políticos (com caráter de assembleia) está fora do alcance da expressão “teoria da argumentação jurídica”, de maneira que os instrumentos conceituais dessas teorias desenvolvidas nas últimas décadas não podem ser utilizados para dar conta da argumentação legislativa.

Para demonstrar, explica as diferenças dos contextos institucionais da produção legislativa e da aplicação judicial do direito, contrastando as figuras ideais de um juiz e de um legislador. De um lado, coloca os primeiros como funcionários independentes; sem responsabilidade política; que desenvolvem suas funções de maneira estável; e especialistas em Direito. De outro, os legisladores como representantes de algum setor, classe social ou ideologia; sem independência em relação aos partidos políticos que integram e à opinião pública em geral; que desenvolvem suas funções de modo ocasional; e sem que lhes seja exigida qualquer formação específica (não precisam ser juristas). Desses diferentes *status* profissionais decorrem diferentes deveres funcionais: os juízes estão sujeitos aos princípios da imparcialidade, independência e à obrigação de motivar suas decisões, ao passo que os legisladores não estão submetidos a tais obrigações; espera-se tão somente coerência ideológica, alguma disciplina e habilidade para levar a cabo os objetivos fixados (fins sociais). De fato, como as leis visam a transformar a realidade, não precisam ser consistentes.

Para Atienza, considerando a composição e a organização do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, também existem diferenças substanciais. A organização judiciária está desenhada para, ao menos na maioria das vezes, alcançar-se o consenso, o que seria contribuído pela homogeneidade dos membros, a hierarquia e o sistema de recursos que uniformizam as opiniões. De forma radicalmente diferente, as legislaturas são órgãos compostos por centenas de membros, tendo sido desenhadas para gerir o dissenso; de modo que se espera que sejam capazes de chegar a acordos razoáveis – dentro dos limites do discurso racional – por intermédio de negociações e compromissos que garantem as decisões legislativas. Por fim, outra diferença está relacionada à possibilidade de escolha das questões sobre as quais cada órgão terá que se pronunciar: enquanto o Judiciário carece dessa iniciativa – prevalecendo o chamado princípio dispositivo ou da inércia (*ne procedat iudex ex officio*) como garantia da imparcialidade do julgador –, o Legislativo a tem com ampla liberdade.

Para facilitar a visualização, tais diferenças poderiam ser esquematizadas no quadro a seguir:

Juizes	Legisladores
São funcionários independentes (é vedada a filiação partidária)	São filiados a partidos políticos
Não têm responsabilidade política	Estão submetidos a eleições periódicas
Gozam de estabilidade	Cumprem mandatos
São especialistas em Direito	Não se lhes exige formação específica
São imparciais	Representam interesses de seus eleitores
Decisões pautadas no Direito	Decisões pautadas na ideologia
São obrigados a motivar suas decisões	Em geral não se lhes exige tal motivação
Atuação unipessoal ou colegiada (tribunais)	Atuação em órgãos numerosos
Poder Judiciário	Poder Legislativo
Está desenhado para alcançar o consenso	Está desenhado para gerir o dissenso
Homogeneidade dos membros	Heterogeneidade dos membros
Rigorosa hierarquia do sistema	Maior flexibilidade (inclusive para acordos <i>ad hoc</i> para superação dos regimentos em matéria de procedimentos, especialmente)
Sistema de recursos para uniformização	Compromissos e negociações para a decisão
Não pode escolher os temas apreciados	Pode escolher os temas apreciados
Tipo de raciocínio que predomina	
Subsunção com base nas normas vigentes	Raciocínio prático
Decisão voltada para o passado	Decisão orientada ao futuro
Ponderação (estabelecer prioridades) em caráter excepcional	Ponderação (concretizar fins constitucionais)
Resposta correta ao caso concreto (ao menos como ideal regulativo)	Grande discricionariedade na legislação
A coerência é critério importante	A coerência tem papel mais fraco
Finalidade: cumprir o Direito (objetivos internos)	Finalidade: usar o Direito para alcançar fins sociais (objetivos externos)
Natureza da decisão	
Decisões fechadas (orientadas ao sistema jurídico, a uma única resposta correta)	Decisões abertas (orientadas ao sistema social, com várias respostas possíveis)
Critérios de correção internos ao Direito	Sem critérios de correção fortes
Tipos de argumentos predominantes	
Dedutivos; silogismos subsuntivos; argumentos <i>a pari</i> ; <i>a contrario</i> ; <i>ad absurdum</i> ; argumentos quase lógicos.	Indutivos; argumentos baseados em conexões de causalidade; baseados na estrutura do real; pragmático; meios-fins.
Características da argumentação judicial x legislativa	
Obedece a um esquema classificatório.	Esquema meios-fins e de ponderação.
Responde a perguntas como: se ocorreu um fato x; se x pertence à categoria X; como se define a classe X; quais são os efeitos que surgem de que x pertença a X.	Responde a perguntas como: como se descreve o estado de coisas considerado problemático; como se explica a situação (causas); que medidas poderiam ser tomadas; quais são as finalidades a alcançar; qual é o ajuste razoável desses fins.
Justificação da decisão tomada em um caso concreto (no passado)	Justificação de normas gerais de aplicação a casos genéricos (no futuro)
Aspecto dialético oculto	Aspecto dialético acentuado
Justificação formal de presença obrigatória	Inexistência de obrigação em justificar
Persuasão acessória e ausência de problema se a argumentação judicial não resulta persuasiva	Persuasão predominantemente voltada à opinião pública e aos eleitores (remota possibilidade em relação à força antagônica no próprio Parlamento)

Fonte: autoria própria

Atienza prossegue esclarecendo que tais diferenças não conduzem à concepção de que a racionalidade legislativa seja de categoria inferior à racionalidade judicial, mas sim que é muito mais complexa pelas razões institucionais expostas acima. Essa constatação ajuda a explicar por que argumentos iguais podem ter pesos muito diferentes conforme sejam emitidos pelo Poder Legislativo, Judiciário ou por outras instâncias jurídicas – por exemplo, o argumento de que determinada norma é inconstitucional pode não ter valor para impedir sua aprovação no Legislativo, ao passo que no Judiciário poderia conduzir a anulação de seu cumprimento ou à própria expulsão do ordenamento jurídico (com declaração de inconstitucionalidade).

Assim, como já é possível perceber, a concepção do autor, estruturada em cinco níveis de racionalidade (e um de meta-racionalidade), não oferece os critérios suficientes para avaliar a força de cada argumento no âmbito do Legislativo⁵⁰. Como mais adiante isso ficará claro, a avaliação é muito mais contexto-dependente.

Após a recapitulação das três concepções nas quais vê a argumentação (formal, material e pragmática), Atienza dedica-se a conectá-las com as características da legislação. Considera que a análise da argumentação legislativa exige um esquema que dê conta da existência de diversos atores que efetuam diversas “jogadas” (atos de linguagem de caráter argumentativo) em diversos momentos. Daí que o peso argumentativo não se concentra tanto no produto do processo legislativo, mas na atividade como um todo, nas fases pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa. Desse modo, a análise da argumentação pode ser feita em cada um desses momentos ou, conforme o caso, a partir da argumentação levada a cabo por um interveniente.

Em todas essas situações, para Atienza, a argumentação legislativa poderia ser tomada como uma atividade dirigida a dar resposta aos questionamentos gerados por cada um dos níveis de racionalidade, o que permitira elaborar uma tipologia de argumentos legislativos a partir das seguintes perguntas:

- a) A lei em questão tem forma linguisticamente adequada? (Está assegurada sua comunicabilidade?)
- b) É sistemática? (Abstém-se de criar lacunas e contradições?)
- c) É eficaz? (É possível prever o cumprimento por seus destinatários?)
- d) É efetiva? (Seriam alcançados os objetivos planejados?)
- e) É axiologicamente adequada? (Está de acordo com os princípios constitucionais e outros critérios morais pertinentes?)

⁵⁰ **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 225.

f) É eficiente? (Alcança os objetivos anteriores a um custo satisfatório?)⁵¹

Aqui convém um alerta. Essas são perguntas críticas que, desde uma perspectiva analítica, podem nortear a análise, muito embora, repita-se, é necessário olhar atentamente para os contextos e constrangimentos para analisar e avaliar a lei.

Em seguida, a avaliação dos argumentos legislativos passaria por distinguir os argumentos bons, os maus, os falaciosos, bem como atribuir-lhes em cada caso um maior ou menor peso justificativo ou efeito persuasivo, sendo certo que tais critérios podem variar a depender da fase analisada (se pré-legislativa, legislativa ou pós-legislativa), bem como da fonte da argumentação sob análise (se os próprios órgãos legislativos, comissões ou plenário, os cidadãos através dos meios de comunicação ou os dogmáticos do direito, por exemplo). Isso porque, do ponto de vista argumentativo, cada uma das fases legislativas tem características próprias, o papel assumido pelos participantes é diferente, o que também ocorre com os objetivos a alcançar, os destinatários da argumentação, etc.

Com efeito, considerando a perspectiva formal, Atienza explica que a argumentação legislativa tem por característica raciocínios baseados em relações de causalidade, seguindo esquemas de tipo indutivo. Usando a classificação de argumentos de Perelman e Olbrechts-Tyteca⁵², predominam no Legislativo argumentos baseados na estrutura do real, que estabelecem nexos causais, o argumento pragmático, o argumento meio-fim. Nesse contexto, a avaliação da argumentação legislativa equivale à da argumentação judicial.

Já do ponto de vista material, tal exame passa por considerar mais peculiaridades da argumentação legislativa, notadamente que está dirigida para justificar normas gerais que serão aplicadas no futuro e que geralmente contempla casos genéricos – em contraposição à argumentação judicial, por exemplo, que costuma justificar uma decisão tomada em um caso concreto, usando as normas já estabelecidas, etc.

Da mesma maneira, a avaliação a partir da perspectiva pragmática exige sopesar os aspectos dialéticos e retóricos da argumentação legislativa, cuja presença é detectada de modo acentuado, diferentemente do que se vê na argumentação judicial (na qual o aspecto dialético é ocultado e não há qualquer obrigação de persuasão). No Legislativo, a dialética permeia todo o debate e a persuasão – ainda que predominantemente voltada para fora (opinião pública e eleitores), porquanto seja muito difícil a persuasão propriamente dita dos antagonistas (demais parlamentares) – joga um papel muito importante.

⁵¹ ATIENZA, Manuel. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, p. 105.

⁵² PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Na opinião de Atienza, esse aspecto retórico da argumentação legislativa traria elementos de “irracionalidade”, em suas próprias palavras⁵³. Para ele, a dinâmica política afastaria a argumentação legislativa do discurso crítico racional, na medida em que para alcançar acordos com outras forças, grupos de interesse, etc., recorre-se sobretudo à negociação, e, para obter a aceitação popular, lança-se mão de *slogans* propagandísticos e outras técnicas publicitárias, em detrimento dos argumentos de caráter “racional”^{54, 55}.

Aponta, ainda, outros “defeitos” que trazem elementos de irracionalidade à argumentação legislativa, embora os considere inevitáveis: o tempo de discussão é e deve ser limitado; as informações disponíveis também são limitadas; a participação dos cidadãos e grupos interessados é restrita; nem sempre os parlamentares se movem pelo interesse público, às vezes se guiam por interesses partidários, por exemplo, e mesmo quando atuam com independência, há a questão ideológica⁵⁶.

Entretanto, em sua opinião, há aspectos que, sim, poderiam ser corrigidos. Tomando em consideração o sistema espanhol, menciona uma possível reforma institucional no Senado e a modificação do direito parlamentar para: a) dar mais protagonismo ao debate no plenário, em lugar das comissões – pois nessas últimas não participariam todos os parlamentares, especialmente os dos grupos minoritários; b) acabar com a prática da disciplina de voto – porque conduz à desconsideração das razões envolvidas –, o que talvez exigisse a modificação das regras do sistema eleitoral (Atienza sugere o fim das listas fechadas e adoção do sistema distrital)⁵⁷.

No que diz respeito ao último item a que Atienza se propunha desenvolver, consistente em como argumentar no contexto da legislação, mais uma vez registra a

⁵³ Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, p. 109.

⁵⁴ Idem, ibidem.

⁵⁵ Sem prejuízo da visão de Atienza, a grande questão é que sem tais “elementos de irracionalidade da política” não se pode compreender em sua inteireza a argumentação desenvolvida no âmbito do Poder Legislativo. É dizer, não é possível isolá-los do seu contexto, sob pena de serem deixados de lado aspectos importantes que explicam muito da lógica legislativa. Como será visto com mais detalhes no mais adiante nesta tese, pode ser de grande utilidade a explicação de como atua a publicidade política (neuropropaganda). Na medida em que representa, antes de tudo, uma estratégia de distribuição da mensagem desejada – de forma análoga à operada pela retórica, mas cuja diferença consiste no uso de conhecimentos advindos da neurociência – fazendo uso das emoções e do processamento inconsciente da comunicação para influenciar a opinião e o comportamento dos cidadãos e eleitores. Como não poderia deixar de ser, essa “nova ferramenta” naturalmente gera controvérsias (dilemas éticos) decorrentes do seu mau uso, sobretudo para falsear a realidade de qualquer maneira, mas essa é uma outra questão, que não retira o interesse em conhecer melhor de que maneira o Legislativo se vale desse tipo de estratégia, em quais situações, com que frequência e com quais propósitos em geral. Sobre o tema, confira-se desde logo: LAVAREDA, Antonio. Neuropolítica: o papel das emoções e do inconsciente. **Revista Usp**, São Paulo, n. 90, junho/agosto 2011, pp. 120-146; LAVAREDA, Antonio; CASTRO, João Paulo. **Neuropropaganda de A a Z**. São Paulo: Record, 2016.

⁵⁶ **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel, 2012, p. 217.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 218.

necessidade de considerar a fase, a fonte e o contexto da argumentação (se seria um publicitário, um cientista social, um jurista, um político no Parlamento, etc.). A recomendação vai no sentido de aproveitar as fases tradicionais de produção do discurso judicial (*intellectio, inventio, dispositio, elocutio, memoria e actio*) ou distinguir suas partes (*exordio, narratio, argumentatio e peroratio*), adaptando no que for necessário às peculiaridades do discurso deliberativo que representa a argumentação legislativa – o que passa por fazer uso de argumentos pragmáticos, meio-fim, bem como lançar mão de razões em prol dos níveis de racionalidade já mencionados.

Atienza parece considerar também legislativa uma argumentação levada a cabo por um jurista dogmático⁵⁸. Isso, a despeito das peculiaridades que revestiriam tal argumentação – bastante distintas do que caracteriza o contexto legislativo –, notadamente a independência quanto ao que chamou “leis da política” e a notável preocupação quanto à interpretação e aplicação do direito. Embora a uma primeira vista essa ideia resulte incompatível (inclusive com sua própria ideia de legislação-atividade⁵⁹), tem-se a impressão de que seu propósito foi o de estender os níveis de racionalidade aplicáveis à legislação ao que se conhece simplesmente como raciocínio *de lege ferenda*, é dizer, as recomendações que se reputam convenientes considerar em uma possível atuação legislativa para modificar o tratamento de determinada matéria tal como posto no direito positivo, isto é, *de lege lata*.

Em 2006, no livro *El Derecho como argumentación*⁶⁰, Atienza retoma o tema da legislação (atividade), não sob a forma de um capítulo específico, mas em passagens diversas ao longo do livro, de maneira praticamente inseparável da apresentação que faz de seu enfoque argumentativo do Direito. Ao conceber o Direito como um processo integrado por fases, momentos ou aspectos da atividade, a legislação (como momento de produção do Direito) passa a fazer parte da prática argumentativa no Estado constitucional cujo avanço igualmente conduz à limitação do poder do legislador, que deve justificar-se de forma mais exigente⁶¹.

Entrevê-se seu pensamento sobre a legislação inclusive através dos exemplos que dá ao longo do livro. Ao abordar o raciocínio jurídico como raciocínio prático e colocar o Direito

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 110.

⁵⁹ Isso porque ele considera a legislação – o processo de produção das leis – como uma série de interações que têm lugar entre elementos distintos: editores, destinatários, sistema jurídico, fins e valores (Sociología jurídica y ciencia de la legislación. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **El Derecho y sus realidades**: investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Barcelona: Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, 1989, p. 48; Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*. n. 06, 1989, p. 385; **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, p. 24).

⁶⁰ Barcelona: Ariel, 2006.

⁶¹ Idem, ibidem, p. 17, 33.

como técnica de controle social, cujo raciocínio deve estar voltado para a ação, e não ao conhecimento, ilustra com a argumentação legislativa que se dirige ao estabelecimento de normas com determinados conteúdos para alcançar determinados objetivos⁶². Explica que mesmo o raciocínio teórico dos legisladores (ao constatar a existência de um problema social, analisar suas causas, prever consequências de uma não atuação, de editar uma lei com determinado conteúdo) está a serviço da tomada de decisões legislativas e se insere em argumentações mais amplas de caráter prático⁶³.

O autor também destaca a natureza instrumental da argumentação legislativa. Para Atienza, na maioria das ocasiões, trata-se de mostrar que, se é estabelecida uma lei com determinado conteúdo, então serão alcançados determinados objetivos, os quais deverão responder a necessidades sociais e ser conformes as normas e os valores constitucionais. Problematiza, ainda, explicando que na argumentação legislativa é frequente a discussão sobre quais são os verdadeiros objetivos perseguidos pela nova lei (conscientemente queridos ou que serão produzidos, ainda que indesejados), pois disso depende que a medida esteja justificada ou não⁶⁴. Essa tarefa, característica do legislador, é nada mais que a ponderação legislativa, para Atienza⁶⁵.

Com isso, revela o caráter complexo da argumentação no âmbito do Legislativo, pois consistente tanto no esquema finalístico (quais meios normativos são aptos para alcançar os fins), quanto na ponderação referente a quais fins, entre os diversos princípios e valores do sistema jurídicos, devem ser contemplados.

Sem prejuízo, Atienza repete sua opinião no sentido de que não existem as condições ou pressupostos do diálogo racional na argumentação produzida nos contextos legislativos⁶⁶.

⁶² Idem, *ibidem*, p. 197.

⁶³ Idem, *ibidem*, p. 198.

⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 202.

⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 226.

⁶⁶ Nas suas palavras, no original: *“Pues bien, aunque sea en cierto modo acertado considerar que el diálogo racional o la discusión crítica constituye el centro de una concepción dialéctica de la racionalidad, ése es un juicio que tiene que ser matizado. Y tiene que serlo, simplemente, porque hay muchos contextos de la vida social (y jurídica) en los que no parece que se den las condiciones o los presupuestos para que puedan aplicarse las reglas de ese tipo de diálogo. Las argumentaciones que llevan a cabo los abogados o las argumentaciones que se producen en contextos legislativos (por ejemplo, en el interior de un parlamento) son ejemplos claros de ello. Considerarlas como formas deficitarias de argumentación quizás no resulte (o no resulte siempre) satisfactorio. Quiero decir que puede estar justificado criticar la forma de argumentar de los abogados o de los parlamentarios, en la medida en que las mismas no cumplen los requisitos que deberían cumplir las argumentaciones en esos contextos institucionales, pero no estaría justificado (no tendría sentido) ver como una deficiencia, por ejemplo, el que esas argumentaciones tengan un sesgo “partidista”, porque eso supondría tanto como negar que se trata de juegos argumentativos legítimos, de prácticas sociales legítimas: un abogado imparcial es tan inconcebible (conceptualmente hablando) como un juez parcial.*

En mi opinión, es posible conciliar una postura realista, consistente en reconocer que hay otras formas también racionales de argumentación dialéctica, con atribución de cierta prioridades al discurso racional: bastaría para ello con que el diálogo racional permitiera justificar (como creo que lo permite) la existencia de otros

No artigo *Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida*⁶⁷, de 2008, o autor volta a usar suas “ferramentas” para analisar a *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida* (embora o próprio autor não tenha fornecido o número em seu texto).

Meditando que as leis em geral podem ser avaliadas a partir de diversos prismas, faz algumas perguntas (que parece considerar serem as mais importantes para a avaliação das leis): 1) quais são os objetivos da lei? 2) há objetivos ou resultados não declarados (queridos ou não pelo “legislador”)? 3) estão justificados de acordo com os valores socialmente dominantes, com os princípios constitucionais ou com os de uma determinada concepção da ética? 4) são os conteúdos da lei (as obrigações, proibições e permissões que contém) assim como as instituições que cria adequadas para alcançar esses objetivos? 5) existem incentivos (sanções positivas ou negativas) e recursos (por exemplo, financeiros) que possam assegurar a eficácia da lei? 6) deixa a lei vazios e/ou cria contradições ou, ao contrário, regula tudo o que pretende regular e o faz de forma harmônica, tendo em vista o conjunto do articulado e o resto do ordenamento jurídico? 7) está, finalmente, redigida de maneira que a mensagem de suas normas resultem razoavelmente precisa e seja compreensível aos seus destinatários – diretos e indiretos – de forma que não dê lugar a problemas interpretativos que poderiam ser evitados?

Atienza passa, então, a discorrer especificamente sobre a lei mencionada, registrando que as principais controvérsias se centraram sobre seus aspectos éticos e se dedica a reconstruir a discussão que se desenvolveu em concreto, registrando de cara que o debate (tanto nos meios de comunicação, quanto no Parlamento) se afastou muito do que se pode chamar um “diálogo racional”. O autor entra no mérito das opções legislativas e chega a sugerir redações alternativas para aperfeiçoar o texto da lei.

Como já se pode ir vendo, é uma constante dos textos de Atienza a repetição de que as discussões legislativas não se enquadram no chamado “diálogo racional”, o que poderia ser interpretado como um certo ceticismo do autor. Mais adiante o tema será aprofundado.

juegos dialécticos: las reglas que rigen estos últimos no pertenecen al discurso crítico racional, sino que pueden justificarse a partir de él, lo que es muy distinto. Se trata, así pues, de un punto de vista que no coincide con el que defiende Alexy cuando afirma que la argumentación jurídica en sus diversos contextos (no sólo la argumentación judicial, sino también la de los abogados o la legislativa) es un caso especial de la argumentación práctica racional. Esa tesis parece suponer que las reglas del discurso práctico racional definen una especie de superjuego que contiene – en forma muy abstracta – a todas las reglas de los otros juegos argumentativos. Lo cual supone adoptar una postura excesivamente idealizada y que no permite un análisis, una evaluación y un desarrollo adecuado de las argumentaciones que tienen lugar en muchos contextos jurídicos y sociales ” (Idem, ibidem, pp. 269-270).

⁶⁷ *Revista de Bioética y Derecho*, n. 14, 2008, pp. 4-9.

No seu *Curso de Argumentación Jurídica*⁶⁸, de 2013, Atienza logrou de resumir o essencial de todo o seu pensamento sobre a argumentação legislativa em seis páginas⁶⁹. O *Curso* é o livro que pode ser considerado sua obra máxima, representando a complementação e consolidação de todo o seu pensamento. Nada obstante, quanto à argumentação legislativa, não chegou a acrescentar nada que já não estivesse nas publicações anteriores quanto ao tema.

No livro *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*⁷⁰, o autor confere ainda mais precisão a algumas ideias sobre o raciocínio jurídico e trava uma breve discussão com Thomas Bustamante sobre as peculiaridades do raciocínio legislativo, que merecem ser reportadas sinteticamente. É que, para Manuel Atienza, o raciocínio judicial constitui somente um tipo, embora muito importante, do raciocínio jurídico. Desse modo, a vida jurídica tem outras instâncias com argumentações não judiciais (como é o caso da argumentação legislativa, a argumentação dos advogados, da argumentação dogmática, etc.), na linha do que já foi explicado antes.

Ao pensar dessa forma, Atienza expõe sua discordância quanto à chamada “tese do caso especial” de Robert Alexy, cujo núcleo consiste na ideia de que a argumentação jurídica, tomada em toda a sua extensão, seja um caso especial da argumentação prática em geral. Consequentemente, as regras do discurso prático racional teriam que operar como ideais regulativos também nessa seara. Para Alexy, tais regras precisam ser aplicadas na maior medida possível, dentro das possibilidades.

Para Atienza, no entanto, a argumentação jurídica é uma prática social complexa, na qual concorrem diversos tipos de diálogos e onde, dependendo do contexto que se trate, as regras do diálogo racional não cumprem sempre o mesmo papel⁷¹. E mais, em determinados jogos jurídicos argumentativos não se aplicam determinadas obrigações – como a obrigação de sinceridade na argumentação legislativa, conforme o entendimento de Atienza, – ou implicam regras específicas adicionais não contidas na teoria de Alexy, como a racionalidade estratégica que costuma vir misturada nos processos de negociação e mediação. Essas características, portanto, contradiriam a tese do caso especial, e não se poderia falar em uma relação gênero-espécie (discurso prático-discurso jurídico), mas sim de tipo diferente.

⁶⁸ Madrid: Trotta, 2013.

⁶⁹ Idem, ibidem, pp. 712-718.

⁷⁰ Lima: Palestra Editores, 2017.

⁷¹ Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017, pp. 11-42, p. 14.

Examinando esse ponto da tese de Manuel Atienza, Thomas Bustamante⁷² considera que não assiste razão no abandono, quanto ao raciocínio legislativo, das teses de Robert Alexy no sentido de que: (i) o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral; e (ii) todos os contextos da argumentação jurídica têm em comum a pretensão de correção.

Abordando especificamente o contexto legislativo, Bustamante argumenta que a obrigação de sinceridade do legislador se satisfaz com um requisito mais fraco, como a exigência de “consistência de princípio” ou “responsabilidade moral”, mas no plano institucional. Ou seja, não se trata de subjetivamente o legislador acreditar na correção moral das decisões que sustenta, mas simplesmente de que tais decisões não sejam produto do arbítrio ou capricho individual. Em outras palavras, Bustamante parece defender que é suficiente e bastante que os participantes em uma discussão legislativa aduzam razões orientadas ao entendimento, e não ao êxito (persuasão), de maneira legal, sem buscar o engano ou a manipulação⁷³.

Além disso, para Bustamante, a circunstância de que os componentes pragmático e estratégico terem mais peso no âmbito legislativo, em comparação à argumentação judicial, por exemplo, não faz com que a argumentação legislativa deixe de submeter-se às regras e formas do discurso prático geral. A questão reside unicamente na ênfase posta nas diferentes regras e formas de argumentação e refutação de razões juridicamente relevantes⁷⁴. Com isso, Bustamante defende que não é evidente o erro da intuição de Alexy de que todos os âmbitos da argumentação jurídica se submetem às regras e formas do discurso prático geral. É dizer, sua opinião é que Atienza se equivoca nesse ponto.

Nada obstante esse único ponto de discordância, Bustamante afirma textualmente que a teoria da legislação de Atienza continua sendo, até hoje, a mais importante, robusta e enriquecedora contribuição que se pode encontrar na literatura de filosofia do direito e teoria da argumentação jurídica⁷⁵. E reconhece a plausibilidade da tese de Atienza no sentido de que a teoria da argumentação jurídica deve desenvolver *standards* e regras voltados ao âmbito legislativo, analisando as exigências de racionalidade que se impõem nesse contexto, e tentando estabelecer a forma como elas se relacionam e por quê cada uma pode ter mais ou

⁷² BUSTAMANTE, Thomas. Racionalidad judicial y racionalidad legislativa: un sucinto análisis de la crítica de Manuel Atienza a la tesis del caso especial y su contribución para la teoría de la argumentación en el ámbito legislativo. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017, pp. 43-57.

⁷³ Idem, ibidem, p. 53.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 54.

⁷⁵ Idem, ibidem.

menos importância⁷⁶. Especialmente quanto a esse ponto, parece impossível discordar de Thomas Bustamante.

Retomando a discussão, Manuel Atienza responde às considerações de Thomas Bustamante no *Epílogo (abierto)*⁷⁷. Não dedica muitas palavras (duas páginas e meia, precisamente), mas é certo: embora o significado da tese do caso especial de Alexy não seja claro, essa não pode ser tomada em um sentido fraco, sob pena de perder todo o seu interesse (se tornaria uma tese banal).

Sobre a “pretensão de correção”, brevemente afirma que essa não pode ser traduzida em simples “pretensão de sinceridade”, significando com isso que se reputa atendido o dever quando se argumenta seriamente, e não seguindo caprichos pessoais. Para Atienza, a pretensão que existe na argumentação legislativa é a de alcançar o êxito (leia-se, a persuasão e, concretamente, a aprovação da lei), e, como tal não pode acontecer de qualquer maneira, observa-se certa incompatibilidade real (prática) com a noção de pretensão de correção moral. Rebatendo o outro comentário sobre a concepção da argumentação, Atienza afirma que tanto Bustamante, quanto Alexy adotam uma visão restritiva da argumentação jurídica. Para o autor espanhol, sua própria visão conduz a enxergar a argumentação jurídica de forma mais realista e menos idealizada⁷⁸.

Nos últimos tempos, Atienza insiste muito nessa crítica à teoria de Alexy de que a argumentação jurídica é um caso especial do discurso racional. Afirma que diversos erros decorrem de tomar esse ponto de partida. Constantemente repete que existem contextos nos quais se argumenta no Direito e nos quais não se seguem as regras sistematizadas por Alexy e que, para construir uma teoria que dê conta de todas as práticas argumentativas, não se pode ficar somente no plano do discurso racional.

Ainda no que diz respeito à discussão acima mencionada entre Atienza e Bustamante, especificamente no que diz respeito à controvérsia sobre a “pretensão de correção” e “pretensão de sinceridade”, registre-se um pedido. Embora o ponto pareça carecer de qualquer importância para a teoria da legislação – ou até mesmo figurar como algo inútil para o labor legislativo, por ora, apenas guarde-se a problemática. Isso porque, como ficará mais claro adiante, a admissibilidade da mentira em uma teoria da legislação sob o enfoque argumentativo é um capítulo que merece maiores aprofundamentos. A questão será retomada na Parte III.

⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 56.

⁷⁷ *Epílogo (abierto)*. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017, pp. 419-460.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 422.

Na conferência *A model for the analysis of legislative reasoning*⁷⁹, Manuel Atienza voltou a reproduzir as suas ideias que já estavam em outros escritos sobre a teoria da legislação e a conexão feita posteriormente com a argumentação legislativa, tal como aqui já explicado. Pela primeira vez, no entanto, procura desenvolver um “esquema” para a análise de casos legislativos concretos, o que denomina como “estudo empírico”⁸⁰. Nesse sentido, Atienza se debruça sobre a argumentação legislativa a propósito da *Ley Orgánica 11/2015 para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*⁸¹ e, depois, a propósito da *Ley Orgánica 4/2015, de protección de la seguridad ciudadana*.

Embora seja consciente de que a análise dos dois casos não constitui uma amostra que permita chegar a uma generalização, Atienza formula algumas conclusões, que serão na sequência muito brevemente sintetizadas. Em primeiro lugar, alerta que alguns argumentos podem ter um *status* ambíguo com relação aos cinco tipos de razões legislativas (o cerne de sua teoria) e que o juízo sobre a maior ou menor bondade da lei tem que ser conjunto, holístico, ou seja, não separado conforme a mencionada tipologia, já que a atividade de editar uma lei pressupõe a pretensão de alcançar um determinado objetivo social (razões teleológicas) que possa ser considerado justificado (razões axiológicas), para o qual se precisa formular uma série de enunciados bem construídos (razões linguísticas) cujos conteúdos se ajustem ao ordenamento jurídico (razões sistemáticas) e deem lugar a ações (razões pragmáticas) que permitam alcançar esse objetivo.

Em outras palavras, na linha do que já se explicou aqui, as categorias de Manuel Atienza funcionam mais do ponto de vista analítico, com algum papel de vetor (ou ideal normativo, regulativo em um sentido fraco, como critérios para serem levados em conta no momento da elaboração legislativa). Sem dúvida, o maior proveito dos níveis de racionalidade comentados está na sua utilidade para avaliar (sobretudo *ex post*) o grau de qualidade da legislação (e da argumentação legislativa respectivamente envolvida). Tais racionalidades

⁷⁹ Apresentada no *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, realizado na Universidade de Zaragoza nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018. A programação está disponível em: <<http://www.legisprudence.es>>. Acesso em: 24 fev. 2018. Posteriormente, será publicado um livro com todas as apresentações. Aqui será comentado o rascunho em espanhol, gentilmente fornecido em primeira mão pelo autor. Em breve, os trabalhos do evento serão publicados em livro editado por Springer.

⁸⁰ **Argumentación legislativa (borrador)**, p. 4.

⁸¹ Esse caso foi escolhido para contrastar com Daniel Oliver-Lalana, que já havia analisado a mesma argumentação na conferência *Mejores y peores argumentaciones legislativas: un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes*, apresentada no *Convegno La motivazione delle leggi* (Università degli Studi di Milano, Dipartimento Cesare Beccaria, aprile 2017). O arquivo foi gentilmente disponibilizado pelo próprio autor. A apresentação já foi traduzida para o italiano (*Migliori e peggiori argomentazioni legislative – Come valutare la giustificazione parlamentare delle leggi*) e em breve será publicada em livro reunindo todas as participações pela editora Einaudi

são, portanto, graduais e complementares, de modo que níveis menores em alguma(s) das categorias podem não afetar a racionalidade da lei em uma avaliação global, a qual deve considerar sobretudo a eficácia e efetividade no alcance de seus objetivos.

Atienza, então, propõe um modelo para analisar e avaliar uma argumentação produzida em um assembleia legislativa, conforme os seguintes passos: 1) exposição das circunstâncias nas quais se insere a iniciativa parlamentar (condições políticas, sociais que explicam a existência do problema); 2) identificação dos pontos fundamentais da discussão; 3) identificação das razões a favor e contra cada um dos pontos; 4) representação eventual mediante diagrama de flechas, os quais podem se referir ao conjunto de uma argumentação ou a algum fragmento (este passo seria opcional); 5) exame pormenorizado, conforme o caso, do(s) argumento(s) que tenham desempenhado papel central no debate e, dependendo do tipo de argumento, das perguntas críticas; 6) identificação dos elementos dialéticos da discussão; 7) identificação dos elementos retóricos: o tipo de linguagem usado, as técnicas retóricas a que se recorre, as características do orador e do auditório, o papel da opinião pública; 8) detecção e análise das falácias que tenham surgido durante o debate; e 9) avaliação do conjunto de toda a argumentação.

O autor reitera a importância de que mais estudos se lancem sobre o vasto material empírico existente com o objetivo de identificar quais são os argumentos mais usuais na argumentação legislativa e, desde logo, cita o argumento consequencialista. Em sua opinião, o outro tipo de raciocínio que merece exame mais cuidadoso é a ponderação legislativa. Além disso, pontua a máxima relevância do trabalho de detectar e combater as falácias, especialmente as informais, sobretudo na argumentação legislativa, na qual os elementos dialéticos e retóricos são da máxima relevância (cita, por exemplo, que argumentar *ad hominem* não é necessariamente uma falácia quando se debate no Parlamento, a menos que se use como uma manobra de distração ou para desqualificar injustificadamente a outra parte).

Mais uma vez, Atienza aproveita a oportunidade para criticar o esquema de Alexy quanto ao discurso racional e sua falta de correspondência com a argumentação legislativa. Novamente repete que não há sentido em apresentar as regras estabelecidas por tal autor alemão como ideal regulativo do debate parlamentar e que isso constitui um erro manifesto. Para Atienza, as regras da discussão parlamentar têm um caráter estratégico e incluem, necessariamente, certa parcialidade. Daí a necessidade de definir com alguma precisão quais seriam as regras que regem a argumentação legislativa, ou seja, como caracterizar – de uma

maneira que evite a idealização e ao mesmo tempo não impeça a possibilidade de críticas a – esse tipo de discurso⁸².

Em que pese a simplicidade com que expõe sua teoria, a verdade é que as ideias de Atienza são extremamente sofisticadas e não seria exagero dizer que expõe uma das visões mais complexas (e completas até o momento) sobre a racionalidade da atividade legislativa e talvez a única teoria dedicada ao estudo da legislação a partir do enfoque argumentativo. Sua teoria poderia ser inserida no âmbito da argumentação material: para que uma lei seja considerada justificada do ponto de vista argumentativo, teria que apresentar fundamentos para cada uma das racionalidades indicadas.

Com isso, vê-se que ainda pende o vazio de uma teoria mais pragmática, voltada para o estudo dos argumentos mais frequentemente utilizados a título de cada uma dessas categorias, do uso dos argumentos legislativos de forma mais concreta, de como se dá a argumentação legislativa empiricamente.

De fato, há muito Atienza insiste na crítica de que um dos principais déficits da teoria *standard* da argumentação jurídica é a desconsideração do fato de que não se argumenta somente no processo de interpretação e aplicação do Direito, mas também no processo de seu estabelecimento⁸³.

Se de modo geral a argumentação legislativa continua recebendo pouca atenção por parte dos juristas, Atienza parece ter tirado o assunto da penumbra e dado um salto importante tanto em termos descritivos – ao abster-se de usar o tom cético característico nas correntes positivistas e realistas para justificar que a legislação seria tema de interesse mais político que jurídico –, quanto normativos, já que os níveis de racionalidade por ele esquematizados, como visto, funcionam também como critérios de correção (ideais normativos), além de servir para avaliar a qualidade do produto legislativo.

Deve-se reconhecer, no entanto, que a teoria de Atienza é muito mais analítica do que normativa, na medida em que não se detém em refletir sobre o que deve ser feito concretamente para alcançar uma legislação melhor, mais racional.

Além disso, Atienza desenvolveu uma teoria que permite um controle ético da legislação (o nível R5, de racionalidade ética), em um momento em que essa discussão era incipiente. Depois, em segundo momento, cuidou de reforçar esse ingrediente ético, com o

⁸² Não está escrito na conferência em comento, mas as longas conversas com o autor sugerem que, para ele, essa seria a grande agenda a desenvolver dentro das teorias da argumentação. Na prática, equivaleria a traçar regras – tal como fez Alexy para o discurso racional – específicas para o tipo de argumentação que se desenvolve no Parlamento, ou seja, as regras do debate legislativo. Em outras palavras, esboçar quais seriam os requisitos de um debate legislativo ideal, ainda que claramente não “racional” (no sentido alexyano).

⁸³ Para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa*, n. 08, 1990, pp. 39-40.

artigo *Argumentación y legislación*⁸⁴, de 2004, quando integrou os níveis de racionalidade propostos com sua teoria da argumentação jurídica, consolidando uma teoria da argumentação legislativa, também concebida nos planos formal, material e pragmático, incluindo parâmetros para analisar e avaliar a argumentação no âmbito do Legislativo.

E mais: o dado de que Atienza segue escrevendo sobre o tema em 2018 – embora não somente sobre isso, tampouco se valendo de muitas linhas, mas indicando que mantém o assunto dentro de sua pauta de preocupações – só serve para comprovar a importância do tema e do grande desafio que representa teorizar sobre a argumentação no âmbito do legislativo.

O fato de a proposta de Atienza ser convincente não o livrou de receber críticas, sendo uma das mais destacadas a feita por José Luis Díez Ripollés em *La Racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica*⁸⁵, que será trabalhado adiante. Antes, no entanto, dedica-se o próximo item da tese ao primeiro autor espanhol que tomou as considerações da teoria da legislação de Atienza para desenvolvimento.

1.3. A técnica legislativa e a documentação automática da legislação de Josep Aguiló Regla

Em sua tese de doutorado *Informática jurídica, lenguajes documentales y técnica legislativa*⁸⁶, Josep Aguiló Regla aborda alguns aspectos importantes da técnica legislativa, muito embora o objetivo de sua tese seja o de apresentar uma teoria geral dos sistemas automáticos de documentação jurídica. Ou seja, cuida do vínculo entre a informática jurídica e a técnica legislativa.

Em seu estudo, o autor expõe os elementos estruturais de tais sistemas, as características jurídicas e documentais da legislação, da jurisprudência e da doutrina, as propriedades e organização dos arquivos que contém esses dados, os formatos de tais documentos, as técnicas de indexação, os elementos da “equação de consulta” e as regras sintáticas que regem o seu uso.

Examina também os problemas de natureza linguística que apresenta o processo de dados na linguagem natural, em geral, e dos dados jurídicos, em particular, analisando as

⁸⁴ *Argumentación y legislación*. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112.

⁸⁵ Madrid: Trotta, 2003.

⁸⁶ Tesis (Doctorado – Programa de Postgrado en Derecho / Línea de investigación: Filosofía del Derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, 1989.

linguagens documentais, as formas de coordenação linguística, a linguagem jurídica e os *thesauri*. Estuda, ainda, a situação da informática jurídica documental na Itália, França, Estados Unidos e Espanha.

Finalmente, são mostrados os limites da contribuição da informática jurídica na documentação da legislação, assim como as possibilidades que oferece a modificação da técnica legislativa no sentido de superar as disfunções presentes na documentação legislativa atual.

No que interessa à presente tese de doutorado, o foco deve ir para o capítulo quinto (*Informática parlamentaria, informática jurídica legislativa y técnica legislativa*), no qual o autor aprofunda a já sugerida conexão entre a informática jurídica e a técnica legislativa.

O autor avança tecendo recomendações do ponto de vista da racionalidade linguística, aqui sinteticamente resumidas:

- 1) deve evitar-se o uso de palavras ou expressões ambíguas;
 - 2) deve evitar-se o uso de expressões sinônimas;
 - 3) os artigos devem ser redigidos tendo em vista que constituirão as unidades ‘documento’ do sistema documental;
 - 4) deve evitar-se o recurso à elipse (figura estilística que consiste na omissão, em um enunciado, de um ou mais elementos oracionais cujo conteúdo seja sabido e possa ser depreendido pelos interlocutores, a partir da estrutura linguística do enunciado);
 - 5) deve evitar-se o uso de pronomes nos casos em que isso supunha que os substantivos a que se refiram não apareçam explícitos na unidade ‘documento’;
 - 6) deve procurar-se não omitir termos ou expressões amplamente assentados ou utilizados pela jurisprudência e pela doutrina;
 - 7) deve evitar-se que a definição legal de um termo ou expressão esteja em mais de um artigo;
 - 8) quando se tenha definido um termo, se usará sempre este e não um sinônimo ou o próprio *definiens*;
 - 9) deve evitar-se, como regra geral, que um artigo (unidade ‘documento’) contenha mais de uma definição;
- No que diz respeito à racionalidade jurídico-formal, Aguiló Regla formula as seguintes recomendações de técnica legislativa:
- 10) as leis devem incluir, com pretensões de exaustão, todas as derrogações úteis de que precisem;

11) as cláusulas derogatórias úteis devem destinar-se não tanto à eliminação das normas anteriores incompatíveis (pois essa eliminação se produz já por incompatibilidade), quanto à eliminação dos textos normativos que as enunciam;

12) devem evitar-se as reiteradas modificações básicas de uma lei.

O autor relata algumas experiências internacionais interessantes, como, por exemplo, a Romênia, na qual existe um *Conselho Legislativo*, órgão dependente do Poder Legislativo, encarregado de realizar as integrações dos textos legislativos (especialmente importante no que diz respeito às leis modificativas) e a respetiva publicação⁸⁷. Já no Canadá, a cada dez anos é feita uma revisão das leis em vigor, atualizando as leis que sofreram modificações⁸⁸.

Para Aguiló Regla, essas duas práticas documentais são superiores à espanhola. Sua conclusão vai no sentido de que, enquanto o legislador não se envolver na eliminação do excesso de textos legislativos e na redação de textos mais integrados, dificilmente poderá ser alcançado o objetivo de lograr um sistema público (autorizado) de documentação do Direito vigente⁸⁹. Na sua opinião, a criação de arquivos acumulativos de legislação a serviço do legislador e a formação (e aplicação) de regras de técnica legislativa suporiam um grande avanço nessa direção.

Posteriormente, o autor resumiu suas principais ideias sobre o assunto no artigo *Técnica legislativa y documentación automática de legislación*⁹⁰.

1.4. A racionalidade das leis penais de José Luis Díez Ripollés

Com *La racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica*⁹¹, José Luis Díez Ripollés pretendeu chamar a atenção para o processo de criação da lei penal, haja vista ser essa atividade pressuposto e condição prévia da aplicação racional das leis penais vigentes. Pontuou que o fato de essa reflexão ter ficado em segundo plano teria aberto espaço para uma legislação conjuntural e oportunista, em mãos de interesses políticos imediatos, o que, com “sua irracionalidade”, socavava todos os intentos de assegurar uma aplicação judicial racional do Direito Penal.

O primeiro dos cinco capítulos de *La racionalidad de las leyes penales* conclama para a urgente necessidade de que o Direito Penal retome o foco na legislação, com base nas

⁸⁷ Idem, ibidem, p. 419.

⁸⁸ Idem, ibidem, p. 420.

⁸⁹ Idem, ibidem.

⁹⁰ **Informática e diritto**, v. XVIII, prima serie, n. 1, 1990, pp. 87-100.

⁹¹ Idem.

seguintes razões: a) a lei penal veio acumulando recentemente funções sociais significativamente distintas das que lhe eram tradicionais, assumindo o papel de código moral da sociedade; b) a progressiva desconfiança da opinião pública e da sociedade em geral nos corpos expertos da justiça; e c) a improvisação e o oportunismo político no campo da criação das leis⁹².

Segundo o próprio Ripollés, seu propósito com a obra foi o de fundamentar o que deveria ser uma teoria da legislação penal, entendendo a legislação como um processo de decisão que fosse o mais próximo possível de uma teoria da decisão racional. Grosso modo, após analisar a prática da produção legislativa penal, descrevendo o plano dinâmico ou operacional⁹³ (objeto do capítulo segundo, cujo conteúdo será retomado adiante), propõe (no capítulo terceiro) um modelo de racionalidade – o plano normativo, prescritivo ou valorativo⁹⁴ – que deveria ser respeitado sempre por qualquer lei penal, independentemente do conteúdo concreto. Tal modelo proposto com critérios de racionalidade segue claramente a classificação desenhada por Manuel Atienza, com algumas poucas precisões e adaptações que, segundo Ripollés, decorrem da especificidade do campo penal. Por razões de didática, passa-se diretamente essas considerações de Ripollés, já que se acaba de ver a teoria de Atienza.

Basicamente, o autor considera que o estudo das diversas racionalidades deve ser realizado de modo inverso ao feito por Atienza⁹⁵. Embora matize sua própria crítica registrando a possível influência do enfoque jurídico penal de seu cenário, independentemente do ramo do direito, parece sim fazer sentido a inversão da ordem, se a intenção é agregar racionalidade ao procedimento legislativo na prática, e não simplesmente avaliar a racionalidade das leis já existentes, situação em que o enfoque contrário não traria prejuízo.

Assim, de cara, para Ripollés, a racionalidade ética delimitaria o campo de atuação de todas as outras racionalidades. Na sequência, a racionalidade teleológica fixaria os objetivos a serem satisfeitos dentro desse moldura. Depois, as demais racionalidades se sucederiam em ordem decrescente de instrumentalidade. Essa ordem proposta por Ripollés parece refletir com mais precisão o procedimento de tomada da decisão de legislar, daí que a redação (racionalidade linguística) entraria em último lugar.

Ripollés igualmente cuida de precisar com mais detalhes a racionalidade ética, por ele considerada como o sistema de crenças, cultural e historicamente condicionado, que por

⁹² Idem, p. 14.

⁹³ Idem, p. 15

⁹⁴ Idem, ibidem.

⁹⁵ Idem, ibidem, p. 91.

sua vez também condiciona determinada sociedade e que deverá enquadrar necessariamente a atividade legislativa⁹⁶. Utiliza, assim, um conceito de ética diferenciado do de moral, segundo explica, em sentido similar ao tomado por Habermas⁹⁷, em cujos termos equivaleria à identificação do *mundo da vida* dos integrantes da coletividade: o conjunto de atitudes vitais e princípios reguladores do comportamento que, conquanto compartilhados, modulam a atuação comunicativa.

Essas convicções sociais amplamente majoritárias também abarcariam o critério democrático na qualidade de legitimador das decisões legislativas concretas, sobretudo as que implicam controvérsias quanto aos outros níveis de racionalidade. Em casos excepcionais, portanto, o critério democrático corresponderá à própria racionalidade ética (coincide integralmente com ela). Ripollés chega a afirmar que a própria estrutura em cinco níveis de racionalidade legislativa é uma questão ética, na medida em que a discussão poderia tomar outros caminhos ou simplesmente não existir⁹⁸.

Quanto à racionalidade teleológica, apresenta Ripollés outro ponto de desacordo. Segundo Atienza, a esse nível importa alcançar os objetivos sociais perseguidos pela lei, é dizer, que essa tenha eficácia (*sic*). Naturalmente, seria uma análise *ex post*. Sem menosprezar a importância desse aspecto, Ripollés – tendo presente mais uma vez o contexto de suas preocupações – entende que a racionalidade teleológica no procedimento legislativo consiste, na verdade, no debate sobre quais devem ser os objetivos alcançados pela lei. Representa, assim, um momento anterior à avaliação sobre a realização dos objetivos, consistente na sua própria definição ainda durante o debate legislativo.

Ripollés, então, concebe esse momento prévio como a conformação (pragmática) dos princípios que representam a racionalidade ética, que gozam de amplo acordo, com os interesses particulares e setoriais controvertidos (defendidos por agentes sociais e grupos de pressão, por exemplo) que atuam no procedimento legislativo para a formação da vontade política. Tal confrontação, no marco da racionalidade ética, implicaria a obtenção de compromissos decisivos para o critério democrático e os próprios contornos da decisão legislativa.

No âmbito jurídico-penal (foco de Ripollés) – mas, repita-se, tal raciocínio guarda sentido também para os outros ramos do direito, porquanto pertinente ao procedimento

⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 92.

⁹⁷ Refere-se à obra *Facticidad y validez* (Madrid: Trotta, 2001). Para Habermas, os conteúdos morais possuem validade universal, para qualquer indivíduo, enquanto os éticos são válidos dentro de uma determinada coletividade a partir da auto-compreensão compartilhada pelos seus integrantes.

⁹⁸ **La racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica.** Madrid: Trotta, 2003, p. 93.

legislativo como um todo –, a racionalidade teleológica daria surgimento aos objetivos perseguidos pela proposta e também aos seguintes outros aspectos: o objeto da tutela legislativa, os graus de proteção, os níveis de responsabilidade e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento da norma⁹⁹. Equivaleria, assim, ao acordo ético-político em torno da importância do bem jurídico protegido, a intensidade da obediência exigida e as repercussões negativas derivadas da desobediência e a respectiva interrelação.

Como consequência dessa concepção sobre a racionalidade teleológica, Ripollés coloca a racionalidade pragmática como o ajuste entre os objetivos traçados pela racionalidade teleológica e as possibilidades reais de intervenção social que estariam ao alcance da correspondente decisão legislativa. Isso implicaria assegurar no grau máximo possível uma resposta positiva às diversas exigências da norma, que poderiam ser assim resumidas: a) que seus mandatos sejam cumpridos; b) em não sendo, que suas sanções sejam aplicadas; e, simultaneamente, c) que o cumprimento da norma produza os efeitos perseguidos; e d) não haja efeitos não desejados. Tomando o modelo de Atienza, equivaleria a introduzir a maior parte de sua concepção sobre a racionalidade teleológica na racionalidade pragmática¹⁰⁰. De fato, o próprio Atienza já apontava para a dificuldade de separar essas duas racionalidades¹⁰¹.

No que diz respeito às racionalidades jurídico-formal e linguística, Ripollés coincide com as caracterizações traçadas por Atienza, enfatizando seu acerto em conceber a eficiência como uma dimensão transversal, sem constituir um nível independente de racionalidade, funcionando na verdade como uma qualidade exigida de cada uma das racionalidades – para prevenir que a priorização de certos aspectos em detrimento de outros não chegasse a afetar a relação adequada de custo-benefício.

As considerações de Ripollés foram bem recebidas por Atienza, que reconheceu a pertinência da inversão da ordem dos níveis de racionalidade quando se trata de propor uma legislação (a prática legislativa propriamente dita, e não a atividade de analisar e avaliar as leis já postas)¹⁰².

La racionalidad de las leyes penales, no entanto, não se limita a comentários sobre o modelo de Atienza. Como dito, Ripollés traça um modelo de legislação penal integrado pelo plano dinâmico ou operacional – que descreve e analisa criticamente o funcionamento do

⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 94.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 95.

¹⁰¹ Contribución para una teoría de la legislación. *Doxa*. n. 06, 1989, pp. 391-392; **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, p. 63.

¹⁰² Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, p. 111.

procedimento legislativo –, e pelo plano prescritivo e valorativo – que estabelece o conteúdo a ser tomado em conta na atividade legislativa (dimensão normativa). Tudo isso, com o propósito de criar as condições para um controle de legitimidade das decisões legislativas penais – é dizer, não só da constitucionalidade, mas também e especialmente do respeito aos parâmetros de racionalidade exigíveis –, que permitisse a declaração de invalidez de toda decisão legislativa em matéria penal adotada sem um mínimo de consideração de tais requisitos.

No capítulo segundo, sobre a dinâmica da legislação penal, Ripollés dissecou com rigorosa precisão cada uma das etapas de elaboração das leis penais, fazendo uso das aportações da Sociologia e da Ciência Política. Adverte que se trata apenas de uma “hipótese” da dinâmica legislativa, a qual deveria ser submetida à verificação empírico-social e completada em vários aspectos. Nada obstante, o fato é que descreve de modo didático o que se passa nas sucessivas e circulares fases pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa (já bem mapeadas de modo mais geral pela literatura anterior, da qual parte suas reflexões), com foco específico no contexto penal, ressaltando os agentes sociais predominantes e o grau de institucionalização respectivos (é dizer, se as atividades se desenvolvem dentro de rotinas de organismos estruturantes da organização sociopolítica)¹⁰³.

Começando pela fase pré-legislativa, Ripollés toma como referência Schneider¹⁰⁴ e divide esse processo sociológico complexo em cinco etapas, cada uma das quais vai desenvolvendo, a partir da farta produção bibliográfica já existente, com as devidas adaptações para o âmbito penal.

Primeiramente, o que desencadeia uma decisão legislativa penal é o êxito de um agente social em “fazer crível” que existe uma disfunção social e que é necessária uma intervenção legislativa a respeito. Por disfunção social entende a falta de relação (real ou aparente) entre uma determinada situação social ou econômica e a resposta (ou falta de resposta) dada pelo sistema jurídico (no caso, o subsistema penal)¹⁰⁵. Em todo caso, há de ter características capazes de despertar a atenção social.

Para alcançar tal credibilidade, o agente social deve estar em condições de suscitar a discussão nos âmbitos comunicacionais relevantes da sociedade e de aportar dados (reais ou fictícios) que permitam sentar as bases de tal discussão. Tal agente social pode ser alguma força política, social ou econômica institucionalizada (o governo, os partidos políticos,

¹⁰³ **La racionalidad de las leyes penales**: teoría e práctica. Madrid: Trotta, 2003, p. 20.

¹⁰⁴ Refere-se à obra *Kriminologie* (Berlín: Walter de Gruyter, 1987).

¹⁰⁵ **La racionalidad de las leyes penales**: teoría e práctica. Madrid: Trotta, 2003, p. 20.

sindicatos, associações empresariais, etc.) ou grupos sociais organizados, mas não institucionalizados (como associações ambientais, feministas, pacifistas, religiosas, culturais, científicas, de vítimas, etc.) ou os próprios meios de comunicação.

Incluído o tema na agenda social, o que desencadeia a decisão legislativa, em segundo lugar, é o envolvimento emocional da população com o tema, causado pela estabilização cognitiva (a persistência do assunto na pauta), provocando na sociedade sensações de vulnerabilidade, risco e a modificação nos comportamentos. Em síntese, é o desenvolvimento de um “mal-estar social” (a preocupação e o medo)¹⁰⁶.

A terceira etapa dessa fase pré-legislativa é, especialmente a partir da atuação dos meios de comunicação e intercâmbio de impressões sobre o tema, a formação de uma opinião pública que converte o mal-estar em verdadeiro problema social. Trata-se da formação de um “estado de opinião”: uma interpretação consolidada de certa realidade social e um acordo básico sobre a necessidade e o modo de influenciá-la¹⁰⁷.

A quarta etapa pré-legislativa avança para a formação de um “programa de ação” (legislativa ou de outro tipo) voltado para oferecer propostas de solução para o problema social. Para tanto, pressupõe-se um aprofundamento do conhecimento da questão, a identificação do objetivo ou objetivos que levarão a sua solução e os meios ou instrumentos que permitirão alcançar os objetivos.

A quinta etapa pré-legislativa é alcançada quando tal programa adquire “respeitabilidade social”, geralmente porque foi formulado por grupos de pressão especializados, que se apropriaram do problema até então limitado à opinião pública.

A partir daí, Ripollés dedica interessantes páginas à atuação dos grupos de pressão e das burocracias administrativas, descrevendo seus elementos e como estão regidas as respectivas atividades, com bastante ênfase nos aspectos sociológicos condicionantes da legislação. Como esse tema será melhor abordado oportunamente, deixa-se de abordar tais aspectos aqui, para fazê-lo mais adiante, concentrando-se este apartado nos aspectos teóricos mais gerais de seu aporte à teoria da legislação.

Ainda sobre a etapa pré-legislativa, comenta Ripollés que, se o desajuste social tem características excessivamente técnicas, a fase pré-legislativa tende a não despertar uma atenção generalizada, pode não suscitar o mal-estar estendido, nem ser objeto de significativa consideração. Por essa razão, Atienza chegou a afirmar a inexistência de uma fase pré-

¹⁰⁶ Idem, ibidem, p. 23.

¹⁰⁷ Idem, ibidem, p. 30.

legislativa em determinadas leis¹⁰⁸. Nada obstante, para Ripollés, mesmo nas leis mais técnicas, não se deve subestimar a existência de tal fase, tampouco negligenciar o processo sociológico que sobre elas gravita¹⁰⁹.

Isso porque atuam não somente os grupos de pressão, mas também as burocracias estatais, sendo certo que a etapa pré-legislativa burocrática, na prática, tem se convertido no momento determinante das decisões legislativas, inclusive em detrimento da fase legislativa propriamente dita, dentro do Poder Legislativo, a única que seria formalmente competente para tomar a decisão definitiva (em tese)¹¹⁰.

Assim, os programas de ação elaborados pelos grupos de pressão especializados somente podem ter acesso à fase legislativa propriamente dita quando adquirem a qualidade de anteprojetos ou proposições de lei, o que, por seu turno, implica sua apropriação, agora por parte de outros agentes sociais: as burocracias governamentais ou partidárias, que têm enorme protagonismo nesse momento. Nada obstante, deve-se registrar que as iniciativas “populistas”¹¹¹ costumam alcançar a fase legislativa sem necessidade de contar com as burocracias¹¹².

A burocracia governamental tem acesso privilegiado a essa etapa pré-legislativa, a qual, por sua transcendência operativa e caráter institucional, deveria ser objeto de regulação, segundo Ripollés, com dois propósitos: 1) assegurar elevado nível de racionalidade; e 2) prevenir o fechamento dessa etapa sobre si (ou seja, agregar a participação de outros agentes extraparlamentares, de um momento de informação pública ou a audiência de setores presumivelmente afetados)¹¹³.

Na Espanha, cada Ministério tem competência para elaborar anteprojetos de lei, que devem ir acompanhados de estudos sobre a necessidade, oportunidade e custos da decisão legislativa; devem ajustar-se a certos requisitos linguísticos e jurídico-formais, além de ser informados pela Secretaria Geral Técnica do Ministério respectivo. Por seu turno, o *Consejo de Ministros* é o órgão competente para aprovação da proposta como projeto de lei e remissão

¹⁰⁸ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, pp. 68-70.

¹⁰⁹ **La Racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica**. Madrid: Trotta, 2013, p. 42.

¹¹⁰ Como será visto com mais detalhes mais adiante, essa é uma constatação que vem sendo cada vez mais compartilhada pelos teóricos mais recentes da legislação.

¹¹¹ A expressão é usada pelo próprio autor, mas não chegou a ser definida em seus textos. Dadas as discussões de modo geral, pode-se considerar “legislação populista” como a aprovada com o único objetivo de obter a simpatia dos seus beneficiários ou de segmentos da sociedade, em detrimento de valores caros ao ordenamento jurídico ou mesmo manifestamente inconstitucionais. Trata-se uma categoria ainda pendente de maior definição e reflexão no âmbito das teorias da legislação. De todo modo, sua característica é o “abuso ao sentido instrumental da legislação”, a “irresponsabilidade legislativa” e deturpação das funções do Poder Legislativo.

¹¹² **La racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica**. Madrid: Trotta, 2013, p. 49.

¹¹³ Idem, *ibidem*, p. 45.

às *Cortes Generales*, o Poder Legislativo espanhol, medida que inaugura a fase legislativa. Como se vê, esse roteiro seguido por Ripollés revela o predomínio das leis de iniciativa governamental na Espanha em matéria penal, tanto em número de proposições apresentadas, como de efetivamente aprovadas¹¹⁴.

Dentro das *Cortes Generales*, o projeto ou proposição de lei vai para a comissão correspondente, gerando expectativas de intervenção parlamentar mais autônoma, de caráter especializado e com abertura a outros agentes sociais e, especialmente, a possibilidade de apresentação de emendas. Seguindo literatura específica sobre o tema, Ripollés analisa que as comissões dentro do Parlamento devem ter certas características orgânicas¹¹⁵ e determinadas competências funcionais¹¹⁶. Aponta, também, para o papel secundário do Senado espanhol nessa etapa legislativa, a despeito de delatar uma prática parlamentar potencialmente criticável: é relativamente comum que o grupo majoritário aproveite o trâmite no Senado para introduzir variações às quais não se quer dar excessiva visibilidade, seja pelo caráter polêmico, seja porque corrigem defeitos percebidos na discussão anterior dentro das *Cortes Generales*.

A etapa legislativa termina com a entrada em vigor da proposição aprovada, dando início, então, à fase pós-legislativa, composta pelo conjunto de atividades de avaliação dos diversos efeitos da decisão legislativa (presentes ou ausentes, previstos ou não, desejados ou não), especialmente sobre a adequação à realidade social e/ou econômica, conforme os objetivos perseguidos pelas diversas racionalidades da lei. Ripollés distingue três etapas nessa fase pós-legislativa: de ativação, de avaliação e de transmissão, e registra que a etapa pós-legislativa também faz começar outra vez a fase pré-legislativa (tais fases têm natureza cíclica).

Isso porque, da mesma maneira que um grupo de interesse constrói a “disfunção social” que dá origem à iniciativa legislativa, a partir das consequências dessa intervenção pode ser ativado um interesse por parte de determinados agentes sociais. Tal “ativação de um interesse” guarda íntima relação com a possibilidade de avaliação da decisão legislativa, o que, por seu turno, depende de que: 1) sejam identificáveis os objetivos pretendidos; 2) haja

¹¹⁴ Este aspecto da realidade – o cenário de predominância do Poder Executivo na atividade legislativa – é importante e igualmente será retomado no capítulo seguinte.

¹¹⁵ Menciona as seguintes: 1) devem ser permanentes e especializadas por assuntos; 2) devem ter uma composição estável de membros escolhidos por suas capacidades na matéria respectiva; 3) absterem-se de ter representantes governamentais, exceto quando chamados; e 4) terem a faculdade eventual de realizar debates a portas fechadas. (**La Racionalidad de las leyes penales**: teoría e práctica. Madrid: Trotta, 2013, p. 53).

¹¹⁶ Cita expressamente: 1) poder solicitar o comparecimento de especialistas; e 2) estar em condições de realizar diretamente atividades de recopilación de informações e de análise; 3) ter uma margem temporal razoável e uma mínima infraestrutura de pessoal. (Idem, ibidem, p. 54).

interesse na avaliação que eventualmente pode conduzir a uma revisão da própria decisão; e 3) esteja pendente uma avaliação, é dizer, uma espécie de caráter negativo consistente na falta de uma avaliação prévia da lei. Na prática, entretanto, não se vê muita diferença quanto à segunda condição acima apontada.

Para justificar esse terceiro requisito, a diferença que aponta Ripollés tem a ver com uma “potencial desnecessidade de avaliação” para que a modificação da lei, antes mesmo da respectiva entrada em vigor, já tivesse se tornado um programa de ação de determinados grupos sociais ou minorias parlamentárias vencidas na discussão (“leis pré-avaliadas”). Já o segundo requisito estaria relacionado ao desejo de “não colocar em risco” a crença geral da eficácia da lei – em outras palavras, leis com amplo apoio (legitimidade) popular, por exemplo, neutralizam o interesse social na avaliação legislativa¹¹⁷. Entretanto, como se disse, ambas situações redundam na conveniência de questionar a decisão legislativa tomada, embora sob perspectivas não idênticas.

Mais uma vez seguindo à bibliografia especializada, Ripollés estabelece que, uma vez tomada a decisão de avaliar a opção legislativa penal, a avaliação deve contar com meios pessoais, materiais e metodológicos para tanto. De modo resumido, tais pressupostos seriam os seguintes: disponibilidade de pessoal; atuação coordenada; de acordo com objetivos externos (a satisfazer as demandas sociais, não o progresso pessoal na carreira acadêmica dos envolvidos, exemplifica o autor); orçamento compatível; instalações desenhadas para o desenvolvimento de estudos de avaliação; metodologia baseada na experiência (sobretudo estatísticas policiais e judiciais de casos de leis penais); caráter experimental da decisão e da avaliação¹¹⁸.

Realizada a avaliação propriamente dita, vem a fase da transmissão: os seus resultados obtidos devem contar com uma formulação contextualizada, com uma adequada difusão e serem submetidos à avaliação na arena pública, aqui mais uma vez contando com a participação dos agentes sociais com vistas à consolidação da opinião pública sobre a existência ou não de uma disfunção social que exija novas medidas legislativas.

Explicada a dinâmica legislativa penal, incluindo o *iter* pré e pós-legislativo, Ripollés ingressa no núcleo (e talvez o maior mérito) de *La racionalidad de las leyes penales*: a proposição de conteúdos à racionalidade legislativa penal. O capítulo terceiro (*Un modelo racional de legislación penal*) predica um conceito de racionalidade expressado na

¹¹⁷ Idem, ibidem, p. 60.

¹¹⁸ Idem, ibidem, pp. 62-64.

capacidade de manter com um setor da realidade social uma interação correspondente, coerente, com os dados que constituem a realidade social e que sejam conhecidos¹¹⁹.

Essa concepção de racionalidade de Ripollés também segue a linha de Atienza¹²⁰. Trata-se de uma noção “forte”, ou seja, uma pauta de racionalidade não somente jurídico-formal, mas também substantiva, compreendendo os fins a serem alcançados pela legislação penal e os princípios morais envolvidos. Esse modelo deve estar intrinsecamente aproximado à realidade empírica da sociedade e ser capaz de captar a natureza de seus elementos, o que é necessário à compreensão do mundo.

A ênfase na interação com a realidade social de Ripollés decorre da circunstância de o Direito Penal ser ferramenta de controle social jurídico sancionador, devendo – além de oferecer um sistema de racionalidade ética articulado com os princípios da proteção, responsabilidade e sanção – atender ao princípio de correspondência à realidade social respectiva. Assim, a racionalidade das leis estaria na capacidade destas últimas (das leis) para levar a cabo essa missão de controle social, o que, como se vê, exige conhecimentos que vão bastante além das ferramentas de técnica legislativa.

O conceito de racionalidade assumido por Ripollés – repita-se pensando sobretudo no campo legislativo penal, mas não tão diferente ou incompatível com outros propostos em outros contextos – está calcado na capacidade para manter, com o setor da realidade social, uma interação correspondente, coerente, com dados que constituam tal realidade e que sejam conhecidos. Nem se limita a, nem exclui, uma racionalidade discursiva, portanto.

A racionalidade legislativa penal, para Ripollés, seria o ponto de chegada de uma teoria da argumentação legislativa, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, de modo a garantir decisões legislativas suscetíveis de alcançar amplos acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas¹²¹.

A racionalidade ética constitui o espaço dentro do qual atuariam as outras dimensões. A racionalidade teleológica, por seu turno, fixa os objetivos a serem alcançados dentro do marco da racionalidade ética. Para o autor, as demais racionalidades desempenham funções decrescentes no plano instrumental (efetividade, eficácia, coerência e habilidades comunicacionais).

Nesses termos, Ripollés desenvolveu um modelo dinâmico de legislação penal que descreve e analisa criticamente o concreto funcionamento do proceder legislativo, criando,

¹¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 86.

¹²⁰ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, pp. 78-79, 85.

¹²¹ **La racionalidad de las leyes penales**: teoría e práctica. Madrid: Trotta, 2003, p. 87.

assim, as bases para o efetivo assentamento das diversas racionalidades na prática legislativa¹²².

Em concreto, avança na distribuição dos níveis de racionalidade em cada uma das fases e etapas da dinâmica legislativa, destacando que são diferentes os graus de racionalidades presentes nos respectivos passos operacionais. Na fase pré-legislativa, as racionalidades que predominam variam substancialmente segundo a etapa específica correspondente: por exemplo, nas etapas de (1) acreditação de uma disfunção social, (2) consolidação do mal-estar coletivo e (3) configuração de uma opinião pública, é a racionalidade teleológica, condicionada pela ética, que ocupa o primeiro plano; sem prejuízo, a racionalidade pragmática vai se esboçando progressivamente a partir do momento em que (4) a opinião pública começa a apreciar as formulações mais próximas a um programa de ação pelos grupos de pressão. Por seu turno, com a entrada dos especialistas, é introduzida a racionalidade jurídico-formal e linguística. O conjunto das racionalidades estará presente (5) na atuação da burocracia na elaboração dos projetos ou proposições, embora a racionalidade teleológica costume já vir bastante condicionada e o trabalho se centre mais nas racionalidades pragmática, jurídico-formal e linguística e tendo em vista a racionalidade ética.

Na fase legislativa, por seu turno, não se observa essa evolução de racionalidades registrada na fase pré-legislativa. Em todo momento estão presentes as cinco racionalidades. Já na fase pós-legislativa as diversas racionalidades aparecem de forma segmentada, como consequência de que as plurais atividades de avaliação desenvolvidas (com foco diferente sobre cada racionalidade), embora haja o predomínio da racionalidade pragmática e jurídico-formal.

Sem prejuízo de reconhecer a necessidade de aprofundar a relação entre os conteúdos das racionalidades e as fases operacionais da atividade legislativa propriamente dita, indiscutivelmente, uma das conclusões mais relevantes a que chega Ripollés vai no sentido de que a racionalidade legislativa não é um assunto exclusivo de juristas, técnicos e legisladores. Na verdade, desenvolve-se em âmbitos sociais muito diferentes e é muito importante deter-se na fase pré-legislativa e observar em que medida, nas etapas prévias à intervenção de burocracias, entram em ação quase todas as racionalidades¹²³.

O capítulo quarto (*La racionalidad ética en la legislación penal*) está integralmente dedicado à dimensão que Ripollés considera ser a mais importante, e cuja noção está por ele relacionada ao conjunto de convicções compartilhadas na sociedade, cultural ou

¹²² Idem, *ibidem*, p. 98.

¹²³ **La racionalidad de las leyes penales**: teoría e práctica. Madrid: Trotta, 2003, p. 99.

historicamente condicionadas, mesmo quando capazes de transcender uma determinada cultura ou civilização¹²⁴.

Dando continuidade à proposta de estabelecer um conteúdo à racionalidade ética, nesse momento Ripollés se afasta em grande medida da linha seguida por Atienza. Como comentado antes, para este último, o nível R5 (racionalidade ética) desempenha uma função mais negativa que construtiva e, diferentemente dos outros níveis, não gera uma técnica legislativa específica: não existe procedimento para alcançar liberdade, igualdade e justiça através das leis, fora das técnicas que geram as racionalidades R1-R4. O único “instrumento” de que dispõe a ética é o discurso moral, mas justamente se trata de um instrumento que se desnaturalizaria se utilizado para conseguir finalidades além do próprio discurso¹²⁵.

Para Ripollés, diferentemente, mais que atuar negativamente na exclusão de alternativas, é necessário identificar os valores capazes de destacar as diretrizes por onde devem transitar o conjunto dos níveis de racionalidade legislativa, para o que não se pode limitar a apontar as “vias intransitáveis”, mas sim as que indiquem a direção correta¹²⁶.

Nesse sentido, novamente tomando como referência Habermas¹²⁷, Ripollés registra que o Direito Penal – na qualidade de controle social jurídico sancionador, dirigido a garantir ordem social e convivência – implica a interação e coordenação dos planos de vida dos membros da sociedade e deve corresponder ao sistema básico de crenças dessa sociedade, assim entendido o conjunto originário de atitudes vitais e princípios reguladores do comportamento que condicionam de maneira determinante os modos de interação dos membros da sociedade e cuja aceitação nela está arraigada¹²⁸.

Fazendo um paralelo com as ideias de Habermas (especialmente o conceito de “mundo da vida”), como já comentado anteriormente, Ripollés defende que os princípios que fundamentam o Direito, e o Direito Penal em particular, não devem ser buscados em lugares remotos, mas sim dentro das próprias sociedades, carecem de referências externas aos indivíduos que as compõem, pois são um destilado das crenças mais profundas, e se originam e modificam em sociedades cultural e historicamente condicionadas, mesmo quando em ocasiões sejam capazes de transcender concretas culturas e civilizações.

A partir daí Ripollés começa uma extensa exposição das teorias que fundamentam o Direito Penal, a partir do que constrói um sistema de racionalidade ética calcado nos

¹²⁴ Idem, ibidem, p. 113.

¹²⁵ ATIENZA, Manuel. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997, pp. 39-40.

¹²⁶ **La racionalidad de las leyes penales**: teoría e práctica. Madrid: Trotta, 2003, p. 110.

¹²⁷ Refere-se às ideias trabalhadas em *Teoría de la acción comunicativa*. vols. I e II. Madrid: Taurus, 1987.

¹²⁸ **La racionalidad de las leyes penales**: teoría e práctica. Madrid: Trotta, 2003, p. 111.

princípios jurídico-penais da proteção, responsabilidade e sanção, que representam a resposta de três decisões básicas da política criminal: 1) como garantir a ordem social pela anulação dos danos ou riscos mais graves aos bens fundamentais da convivência; 2) quais qualidades são essenciais para a responsabilização por uma conduta danosa; e 3) como neutralizar tal conduta por intermédio do controle penal (não somente as sanções propriamente ditas, mas também os procedimentos de verificação da infração e de determinação e imposição dessas)¹²⁹.

Para o autor, os princípios de proteção são os que sentam as bases para delimitar o conteúdo da tutela penal. Entre esses, os que se encontram na base de uma legislação penal eticamente racional são os seguintes: de lesividade, fragmentariedade (essencialidade), interesse público e correspondência com a realidade.

Os princípios da responsabilidade se ocupam dos requisitos fundamentais que devem estar presentes em um determinado comportamento para que se possa exigir a responsabilidade criminal respectiva. Estrutura-os sob a forma dos seguintes princípios: da certeza ou segurança jurídica, da responsabilidade pelo fato, da imputação, da reprovabilidade ou culpabilidade e da jurisdição (jurisdicionalidade).

Por seu turno, os princípios da sanção determinam os critérios da reação sancionadora das condutas criminalmente responsáveis. Nesse ponto, Ripollés estabelece os princípios: da humanidade das penas, o teleológico (dos fins das penas), da proporcionalidade das penas e do monopólio punitivo estatal.

Explicando seu modelo de racionalidade ética na legislação penal, o próprio Ripollés registra sua inspiração em Ferrajoli¹³⁰ – na referência à pena, ao delito, ao processo como as três restrições que sofre o delinquent e que se deve justificar –, embora este último não faça qualquer referência à ideia dos diversos níveis de racionalidade. As outras diferenças estão em que Ferrajoli começa com os princípios da sanção (o que Ripollés considera ser resíduo de uma fundamentação ainda centrada nos fins da pena), não diferencia os princípios da proteção e da responsabilidade, e assigna um lugar próprio aos princípios procedimentais, os quais Ripollés integra nos princípios da responsabilidade.

Como aqui não é a ocasião para uma exposição tão específica sobre o Direito Penal, opera-se uma grande síntese dos conteúdos de cada um desses princípios, muito mais com o objetivo de revelar o interessante desenvolvimento da teoria da legislação que Ripollés alcançou para o âmbito penal.

¹²⁹ Idem, *ibidem*, pp. 136-137.

¹³⁰ Refere-se à obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (5. ed. Madrid: Trotta, 2001).

Pelo princípio da lesividade, resumidamente, a legislação penal deve cuidar das condutas na medida em que consideradas socialmente danosas à convivência social. Por intermédio da essencialidade, o Direito Penal deve cingir-se à prevenção das condutas consideradas mais intoleráveis nesse sentido, as mais graves. O critério que norteia é o interesse público: os comportamentos passíveis de intervenção penal devem afetar as necessidades do sistema social em seu conjunto. E a análise de todas essas circunstâncias deve guardar correspondência com a realidade, aproximação empírica com esta, sob pena de inconsistência ética.

Dentro do bloco da responsabilidade, com o princípio da certeza ou segurança jurídica quer-se que o cidadão saiba com precisão em quais circunstâncias será responsável e com quais consequências. Pelo princípio da responsabilidade pelo fato, essa somente vai ser exigida diante de condutas externas e concretas (os pensamentos e os planos de vida, por exemplo são inimputáveis). Por intermédio do princípio da imputação, em sua vertente objetiva, é necessário que haja conexão entre a pessoa e o comportamento (causalidade), e na vertente subjetiva, exige que a vinculação em questão seja atribuída à vontade de atuar ou não atuar dessa pessoa, a cujos efeitos são fixadas condições de pertinência: dolo (o que o sujeito quis) e culpa (o que poderia querer evitar). Essa distinção marca uma gradação ética a ser levada em conta por ocasião da responsabilização, também existindo outros ingredientes que ocasionalmente matizam a imputação subjetiva. Recorda Ripollés que a imputação subjetiva com esse conteúdo é recente, em termos de parâmetros evolutivos éticos, pois há não muito tempo tal relação subjetiva era dispensável. Nesse sentido, em sua opinião, proscrever a responsabilidade objetiva é um dever da atual racionalidade ética. Observa, ainda, outra transformação na ética consistente na perda de sustentação do princípio da personalidade física, o qual excluiria como sujeito responsável a pessoa jurídica, cuja superação é também um avanço da nova realidade ética, sem prejuízo das adaptações ainda necessárias.

O princípio da reprovabilidade ou culpabilidade parte da convicção ética no sentido de que o ser humano, em condições normais, dispõe de margem de liberdade na hora de tomar decisões e deve assumir a responsabilidade pelas consequências de sua atuação. Somente em condições excepcionais, a partir da reconstrução do processo motivacional levado a cabo para a tomada da decisão de realizar o comportamento, alcançada a conclusão de que o sujeito não pôde evitar tal decisão, ou lhe resultou muito difícil evitá-la, a sociedade pode renunciar à responsabilização de uma pessoa. O atual estágio ontológico, nas palavras do próprio autor, exclui do âmbito da culpabilidade o princípio da periculosidade – o qual exigiria uma maior intervenção social sobre os cidadãos que apresentassem uma maior tendência ao

descumprimento da lei –, que perdeu o seu componente ético, dada a insuficiência dos prognósticos nesse sentido.

Já o último princípio da responsabilidade apontado – o da jurisdição – refere-se ao procedimento ético de verificação da responsabilidade. Diferentemente da tradicional divisão norma, sanção e processo, habitual no Direito Penal, Ripollés prefere inserir os princípios jurisdicionais na responsabilidade para conectá-los com seu fundamental, ainda que não exclusivo, ponto de referência. Compõe-se de quatro subprincípios: a) o monopólio estatal da responsabilização penal, b) a independência e imparcialidade do órgão encarregado de determinar a responsabilidade penal, c) o procedimento contraditório na determinação em questão e d) a fundamentação em atividade probatória empírica (presunção de inocência e ajuste à verdade material).

Por fim, vem a terceira a decisão político-criminal básica, qual seja, o bloco de princípios da sanção, cujas exigências éticas são: o princípio da humanidade das penas, extremamente sensível às variações do mundo da vida; o princípio teleológico, pelo qual se determinam os efeitos sócio-pessoais que se consideram eticamente aceitáveis alcançar com a sanção penal; o princípio da proporcionalidade das penas, que determina a necessidade de que essas devem se acomodar à importância do bem jurídico tutelado afetado e à intensidade da responsabilidade concorrente; e o princípio do monopólio punitivo estatal, que traz a garantia ética de que os diretamente afetados ou grupos ou coletivos a eles vinculados não sejam quem determinem a pena ou controlem a execução.

Com tais princípios organizados dessa maneira, Ripollés propõe de forma inédita o que deveria ser o conteúdo da racionalidade legislativa penal, em outras palavras, que vetores devem ser seguidos para alcançar uma legislação penal racional. Sem dúvidas, esse se mostra como um interessante caminho para o desenvolvimento de um certo tipo de teoria da legislação, especialmente nos ramos do Direito que, tal qual o penal, têm princípios, valores e determinadas experiências bastante consolidadas, como o tributário, o previdenciário e o ambiental, por exemplo¹³¹.

¹³¹ De fato, o Direito Tributário ofereceria um excelente campo para a discussão sobre a racionalidade ética no legislativo. A estruturação do sistema tributário ao redor das opções de concentrar a exação no patrimônio, na renda ou no consumo – que representam os clássicos tipos de hipóteses de incidência –, revelam a escolha por uma determinada concepção de justiça na sociedade e têm implicações próprias. É sabido, a título de ilustração, que uma tributação calcada no consumo impinge uma maior regressividade no sistema tributário (pois cobra o mesmo de ricos e pobres, que consomem produtos e serviços básicos em igual medida, a despeito da capacidade contributiva). Já uma opção por selecionar a renda como principal base tributária, além de trazer vantagens para a operacionalização do princípio da progressividade e para a arrecadação, estimula a formação de poupança (reserva de capital), que é essencial ao desenvolvimento nacional. Assim, a distribuição da carga tributária tem uma clara racionalidade ética e implica um debate legislativo importante que deveria envolver toda a sociedade. Na lição de Liam Murphy e Thomas Nagel: “*Numa economia capitalista, os impostos não são um simples*

Voltando a *La racionalidad de las leyes penales*, no quinto e último capítulo (*La construcción de la racionalidade legislativa más allá del sistema de creencias*), o autor se dedica a apontar quais critérios devem nortear as decisões legislativas coletivas vinculantes cujos conteúdos já não possam se apoiar no consenso próprio do sistema de crenças que determinam a racionalidade ética¹³². Percorrendo os critérios ideais, dos especialistas (técnicos) e constitucionais (a partir da Constituição) – para rejeitá-los todos –, Ripollés sustenta o critério democrático.

A discussão vem ao caso porque a racionalidade ética não se limita aos princípios estruturais comentados (da proteção, da responsabilidade e da sanção) e igualmente deve ser capaz de abrigar o critério de legitimidade no desenvolvimento das racionalidades subsequentes (teleológica, pragmática, jurídico-sistemática e linguística), para respaldar a adoção de decisões controversas, quando haja na coletividade crenças contrapostas, ou ao menos não-coincidentes, de interesses pessoais ou grupos diversos, de apreciações pragmáticas diferentes.

De acordo com Ripollés, a frequência com que tal critério será utilizado variará notavelmente conforme a racionalidade a que se refira: quanto mais firmes ou ricas sejam as bases consensuais de uma determinada racionalidade, como a linguística e, em menor medida, a pragmática, mais limitado será o seu uso, tendo primordial importância na racionalidade teleológica ou na inter-relação entre as quatro racionalidades.

Em primeiro lugar, o critério último que se comenta poderia ser uma referência ideal ou apriorística de um modelo de sociedade que predeterminaria o conteúdo das racionalidades. No entanto, tais critérios ou perspectivas ideais, dada a desvinculação em relação ao mundo da vida e às crenças sociais, carecem de legitimidade por falta de apoio social, além de ignorar as lentas e paulatinas modificações da racionalidade ética (decorrentes das que sofre a própria sociedade), na qualidade de reflexo das mudanças no próprio sistema de crenças sociais.

método de pagamento pelos serviços públicos e governamentais: são também o instrumento mais importante por meio do qual o sistema político põe em prática uma determinada concepção de justiça econômica ou distributiva. É por isso que a discussão desse tema gera paixões tão fortes, exacerbadas não só pelos conflitos de interesses econômicos como também por ideias conflitantes acerca do que é a justiça ou imparcialidade.” (MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 5.). Igualmente, as leis que dão forma ao sistema de previdência (e mesmo da seguridade social) sabidamente devem ser inspiradas por alguns princípios como a solidariedade, equilíbrio financeiro e atuarial, etc., cujos sentidos e contornos estão diretamente relacionados a valores éticos. Da mesma forma, os contornos que assumem os valores do Direito Ambiental, notadamente os princípios da precaução e da prevenção, dariam forma a uma racionalidade ética nesse campo.

¹³² Idem, ibidem, p. 165.

Em segundo lugar, Ripollés rejeita as perspectivas éticas que pretendem condicionar a capacidade de decisão e de auto-responsabilidade dos cidadãos a partir de resultados de investigação empírico-social. O autor questiona a neutralidade valorativa e aponta para o risco da falácia naturalista (que toma o ser pelo dever ser). Com o devido cuidado para não cair em um populismo, enfatiza que é aos cidadãos – e não aos especialistas (a quem chama de “elites jurídicas e científico-sociais”) – que corresponde determinar em última instância as características que há de possuir o controle social jurídico-penal¹³³.

Por essa mesma razão – a necessidade de melhorar a racionalidade do debate público, potencializando seus componentes participativos e deliberativos –, em terceiro lugar, Ripollés descarta as perspectivas constitucionais que “congelam” o consenso social alcançado em um momento determinado, quando do acordo constitucional. Ao serem excessivamente rígidas (desconfiam do legislador ordinário), são incapazes de integrar a dinamicidade e a pluralidade das sociedades. Além disso, o texto constitucional não dá diretrizes de como proceder diante dos casos controvertidos não relacionados a crenças compartilhadas de modo generalizado e recorrer à Constituição nessas situações seria uma “ficção”. Para Ripollés, a Constituição traça linhas em torno do modelo de sociedade, mas não oferece um programa político-criminal¹³⁴, carece de potencialidade para ir mais além de uma predeterminação genérica, mais negativa, dos princípios que devem inspirar a racionalidade legislativa, especialmente após superado o nível da racionalidade ética.

Assim, o critério democrático é que deve ser a fonte de legitimidade das decisões políticas. Mais uma vez seguindo Habermas (especialmente a tese da autolegislação, a conjunção de processos institucionais de formação da vontade legislativa e de processos informais de comunicação), Ripollés defende a remissão à opinião pública, em uma sociedade civil fundada sobre uma rede de associações espontâneas, apoiadas em direitos fundamentais de associação, reunião, liberdade de expressão, que reflitam o pluralismo social. Sem prejuízo de outros instrumentos mais formais (consulta direta à população), defende o recurso aos métodos demoscópicos, especialmente as sondagens e as pesquisas de opinião, como meios confiáveis, sem dispensar a necessidade de aperfeiçoamentos metodológicos para evitar os condicionamentos de resultados e os controles institucionalizados de formação da vontade coletiva, justamente para fechar as portas do populismo. Para Ripollés, o critério democrático, ademais, é mais sensível às garantias individuais.

¹³³ Idem, *ibidem*, pp. 175-177.

¹³⁴ Idem, *ibidem*, p. 181.

De acordo com o autor, a opinião das maiorias cidadãos está profundamente arraigada às crenças mais profundas sobre a fonte de legitimação das decisões políticas. Em suas palavras, o saber político-criminal e o saber jurídico penal que dele se deriva é, como seu próprio nome indica, um saber político e é na arena política onde se deve defender seus postulados. Tal postura se traduz a favor da democracia deliberativa e participativa como fonte de critérios político-criminais. A conclusão de Ripollés é simples (o que não retira o perigo da afirmação): “(...) *as leis penais são criadas popularmente (...)*”¹³⁵.

A partir da explicação acima, é possível observar que *La racionalidad de las leyes penales* traz os fundamentos de uma teoria da legislação penal cujos princípios estruturais básicos estão na concepção de uma racionalidade ética própria para a dogmática penal. Como se viu, após a descrição dos problemas encontrados, Ripollés construiu uma proposta normativa que constitui uma reflexão básica sobre os pressupostos para uma legislação penal racional, uma verdadeira teoria da legislação penal.

Nada obstante, a despeito da qualidade e importância da sua obra, Ripollés tampouco deixou de receber críticas. A primeira delas tem a ver com sua postura sobre o constitucionalismo. Ripollés, como acima explicado, inclina-se de certa maneira a favor do princípio democrático (majoritário), o que implica uma certa relativização do papel da Constituição (uma vez já desenvolvida a estrutura institucional nela prevista) e um controle de constitucionalidade cauteloso (advoga a deferência ao legislador)¹³⁶. Sobre esse ponto, a crítica encontrada na literatura¹³⁷ vai no sentido de que, sem um instrumento de comprovação e questionamento das decisões tomadas pelas maiorias nas sociedades democráticas – é dizer, sem um conceito mais forte (e universal) de justiça – o modelo se move em um inevitável relativismo.

Em resposta a essa crítica (imagina-se), na segunda edição de seu livro, Ripollés incluiu um anexo I dedicado ao tema do controle de constitucionalidade das leis penais¹³⁸. Ao tempo que tece considerações sobre como deveria ser a decisão do Tribunal Constitucional, aproveita para analisar concretamente algumas sentenças da jurisprudência espanhola da década de noventa do século passado, tanto em relação aos vícios (formais) do procedimento legislativo, quanto sobre o conteúdo da lei penal, sobretudo os casos de arbitrariedade

¹³⁵ Idem, ibidem, p. 197.

¹³⁶ Ripollés afirma: “(...) *la Constitución carece de potencialidad para ir más allá de una predeterminación genérica, con frecuencia negativa, de los principios que han de inspirar la racionalidad legislativa, singularmente una vez que se supera el nivel elemental de la racionalidad ética.*” (Idem, ibidem, p. 183).

¹³⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: La racionalidad de las leyes penales, Madrid (Trotta) 2003, 205 pp. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 16, 2005, pp. 379-390.

¹³⁸ **La racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica.** Madrid: Trotta, 2013, pp. 207-258.

legislativa (aplicação do princípio da proporcionalidade). Nessa oportunidade, aproveita para esclarecer sua opinião sobre a deferência ao legislador¹³⁹.

Uma segunda crítica feita à obra consiste na falta de um apartado sobre a atuação dos agentes sociais que, em lugar de fazer crível determinada disfunção social, centram seus esforços justamente em silenciá-la¹⁴⁰. Talvez possa não ser uma realidade da Espanha, mas existem claros exemplos, somente para citar no caso do Brasil, como a depredação de recursos naturais e outros perigos para a saúde pública. É dizer, há interessados que trabalham para negar a existência do problema social.

De toda forma, independentemente de quaisquer críticas, *La racionalidad de las leyes penales* representa um elogiável trabalho que mistura uma abordagem analítica minuciosa – certamente influenciada por sua formação, pois Ripollés também é licenciado em psicologia¹⁴¹ –, mas com foco na prática, e substância teórica, ao mesmo tempo, com a proposição de uma verdadeira doutrina ética para a legislação penal.

O fato é que *La racionalidad de las leyes penales* representa um marco não somente na teoria, mas também na própria prática da política criminal na Espanha. Pioneiro na preocupação com esse enfoque (uma política como teoria da legislação), Ripollés tornou-se um membro destacado do *Grupo de estudios de política criminal* da Universidade de Málaga¹⁴², passou a contar com seguidores e formou uma verdadeira escola dedicada à análise da legislação penal¹⁴³.

¹³⁹ Eis um desses trechos: “(...) *creo que es necesario garantizar un espacio legitimatorio propio a la racionalidad legislativa, a la racionalidad a la hora de argumentar y decidir por parte del legislador, referente material éste que no resulta cubierto necesariamente por el principio democrático, más centrado en una aproximación dinámica u operacional al debate legislativo que en un acercamiento prescriptivo a la callidad de la argumentación. (...)*” (Idem, ibidem, p. 256).

¹⁴⁰ CRUZ, José Ángel Fernández. Recensiones. **Revista de Derecho Valdivia**, vol. XVIII, n. 2, dic. 2005, pp. 254-256.

¹⁴¹ Para mais detalhes sobre sua trajetória, veja-se: RODRÍGUEZ, Luis Andrés Vélez; RAMÍREZ, Ricardo Gaviria; BUITRAGO, Mauricio Márquez. Entrevista a José Luis Díez Ripollés. **Jurídicas**, v. 4, n. 1, 2007, pp. 149-160.

¹⁴² Para mais detalhes sobre tal grupo de estudos, confira-se: RIPOLLÉS, José Luis Díez. El Grupo de estudios de política criminal: Una iniciativa singular. **Jueces para la democracia**. Información y debate, n. 52, mar. 2005. Disponível em: <<http://www.gepc.es/docs/Once.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

¹⁴³ É verdade que o contexto dos anos de trabalho dentro do *Grupo de estudios de política criminal* e o crescente interesse pela avaliação das políticas públicas ajudou a disseminar esse tipo de pesquisa. A despeito disso, o fato é que o nome de José Luiz Díez Ripollés se tornou uma referência no âmbito da política criminal, por suas reflexões sobre a melhor forma de alcançar um maior grau de coerência na legislação do Direito Penal. Logo foram introduzidas as considerações para além da racionalidade, sobre a utilidade e eficácia, por exemplo. Foram várias as publicações que seguiram o caminho aberto por *La Racionalidad de las leyes penales*, como por exemplo: MARTÍN, Adán Nieto; ROMERO, Marta Muñoz de Morales; MUÑOZ, J. Becerra (Dirs.). **Hacia una evaluación racional de las leyes penales**. Madrid: Marcial Pons, 2016; OLAIZOLA, Reyes Goenaga; GOROSTIZA, Jon Mirena Landa; et all. **La reforma del Código penal a debate**. Cuadernos penales José María Lidón n. 12. Bilbao: Universidad de Deusto, 2016; NOBAJAS, Soledad Gil; ZÁRATE, Urko Giménez Ortiz de; et all. **Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público**. Cuadernos penales José María Lidón n. 11. Bilbao: Universidad de Deusto, 2015; AYALA

Nesse contexto, o estudo desse autor se justifica pela maneira especial como desenvolveu a teoria da legislação, com foco no âmbito penal, mas cujo modelo pode ser replicado para outros ramos do Direito, como já sugerido (especialmente o tributário, o previdenciário e o ambiental, como comentado), apresentando-se como uma importante vertente para o detalhamento e progresso da teoria da legislação.

Assim, vistas as linhas-mestras do pensamento de Ripollés, avance-se na exposição do próximo autor importante a ser trabalhado.

1.5. A arte de legislar de Virgilio Zapatero

Sem dúvidas, no contexto da produção espanhola que se vem expondo, as reflexões de Virgilio Zapatero Gómez representam uma das versões mais acertadas sobre a legislação. Pode-se afirmar, igualmente, que é a apresentação mais completa do processo normativo dentro do espectro que analisa, como será visto com mais detalhes mais adiante.

Antes, contudo, registre-se um elemento de sua trajetória determinante na compreensão de suas ideias e propostas: Zapatero teve uma intensa experiência prática como político¹⁴⁴, a qual certamente o retroalimentou de elementos empíricos, pois efetivamente

GARCÍA, Juan Mateo; BASALDUA, Juan Ignacio Echano; et all. **Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal**. Cuadernos penales José María Lidón n. 10. Bilbao: Universidad de Deusto, 2014; RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Política criminal y derecho penal**. Estudios. Valencia: Tirant lo blanch, 2013; SANZ, Itziar Casanueva; RODERO, Jesús Agustín Pueyo; et all. **El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos**. Cuadernos penales José María Lidón n. 6. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009; ARANAU, María Luisa Cuerda. Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor. **Revista Penal**, n. 22, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view File/359/350](http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/File/359/350)>. Acesso em: 30 nov. 2016; RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires, Montevideo: B de F, 2007; RIPOLLÉS, José Luis Díez; CADENAS, Manuel Cachón; et all. **Las recientes reformas penales: algunas cuestiones**. Cuadernos penales José María Lidón n. 1. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004; RIPOLLÉS, José Luis Díez. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 06-03, 2004, pp. 03-1-03-34. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2016; RIPOLLÉS, José Luis Díez. La nueva política criminal española. **Eguzkilore**, n. 17, San Sebastián, dez. 2003, pp. 65-87.

¹⁴⁴ Virgilio Zapatero Gómez se aposentou como Catedrático de Filosofia do Direito, Moral e Política na *Universiad de Alcalá de Heranes*, de onde também foi reitor entre 2002 e 2010. Entretanto, antes disso, participou como membro das *Cortes Constituyentes* para a Constituição Espanhola de 1978, tendo presidido diversas comissões; foi deputado pela cidade espanhola de Cuenca das legislaturas I a V (de 1979 a 1993); foi *Secretario de Estado para las Relaciones con las Cortes y la Coordinación Legislativa* entre 1982 e 1983; ocupou o cargo de *Ministro de Relaciones con las Cortes Generales* (o Poder Legislativo espanhol, equivalente ao Congresso Nacional brasileiro) entre 1986 e 1993; em 1994, renunciou seu cargo de deputado para tornar-se professor titular de filosofia do direito na Universidad Autónoma de Madrid; dois anos depois, em 1996, foi investido catedrático de *Filosofía del Derecho, Moral y Política* na Universidad de Almería e, em 2001, na Universidad de Alcalá de Henares, na qual também foi reitor entre 2002 e 2010). Entre 2010 e 2012, tornou-se Vice-presidente da Bankia (um banco) e *Caja Madrid* (entidade de crédito similar a um banco, que atua na captação de recursos e operações de financiamento, mas diferentemente das instituições bancárias, tem seus fins lucrativos sujeitos a algumas condições, como o desenvolvimento de obras sociais). Mais detalhes de sua biografia estão em: CASTELLANOS LÓPEZ, José Antonio. **Quién fue quién en la transición en Castilla-La**

viveu o contexto burocrático da Espanha por muitos anos. O próprio autor – mesmo identificando-se como um acadêmico com experiência prática (nas suas próprias palavras, “de sobra”) – reconhece que seu interesse pelo tema surgiu exatamente a partir da realidade e dos problemas que encontrou no desempenho dos cargos pelos quais passou^{145, 146}.

Por essa razão, sua preocupação com o processo normativo do Direito e as maneiras de melhorá-lo assumem um outro tom. Esse é um detalhe importante e merece ser enfatizado. Aqui, entende-se que, definitivamente, uma análise da legislação que se pretenda fiel ao fenômeno normativo somente pode partir de como realmente, de fato, se dá o processo.

Assim, ao mesmo tempo em que teve a oportunidade de acessar uma espécie de “laboratório” para testar seus conhecimentos teóricos prévios, imagina-se que o autor também deve ter podido colher diversos elementos da realidade prática – para cuja captação jamais bastaria a simples reflexão em termos abstratos nos livros e nas salas da universidade.

Para compreender o pensamento de Zapatero sobre a teoria da legislação, é indispensável consultar as seguintes referências: 1) o artigo *De la jurisprudencia a la legislación*¹⁴⁷, de 1994; 2) a monografia *Teoría de la legislación*, apresentada à cátedra de *Filosofía del Derecho, Moral y Política* da Universidad de Almería, em 1996¹⁴⁸; 3) o capítulo *Producción de normas* publicado no volume 10 da *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*¹⁴⁹, cuja primeira edição é de 1996 (aqui consultou-se a segunda, de 2006); 4) o

Mancha (1977-1982). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Toledo: Cortes de Castilla-La Mancha, 2014, pp. 747-753.

¹⁴⁵ Algumas das informações aqui expostas decorrem de uma conversa com o próprio autor, sobre sua vida e sua obra, ocorrida em Madri, no dia 10 de janeiro de 2017. Aproveita-se o registro para agradecer ao Prof. Virgilio Zapatero Gómez por sua paciência e amabilidade em responder às perguntas formuladas nessa oportunidade. Como se verá mais adiante, os dados colhidos na entrevista, intercalados com seus próprios escritos, forneceram a base para a interpretação de seu pensamento tal como aqui exposto.

¹⁴⁶ É isso o que explica ser de certa forma “tardio” o seu interesse sobre a legislação, seu primeiro artigo sobre o tema data de 1994. Antes disso, seu currículo acadêmico traz publicações sobre outros temas, por exemplo, o pensamento de Fernando de los Ríos, tema de sua tese de doutorado (**Fernando de los Ríos: los problemas del socialismo democrático**. Madrid: Cuadernos para el Diálogo, 1974) e, depois, também entremeia trabalhos sobre outros temas: mais sobre Fernando de los Ríos (**Fernando de los Ríos: biografía intelectual**. Valencia: Diputación de Granada, 1999; Fernando de los Ríos: entre Giner y Pablo Iglesias. In: MORESO LUZÓN, Javier. **Progresistas: briografías de reformistas españoles: (1808-1939)**. Madrid: Taurus, 2006, pp. 333-368), marxismo (**Teoría general del Derecho y Marxismo**. Barcelona: Labor, 1976), nacionalismo (El nacionalismo: teorías y doctrina. In: ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. **Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel**. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá, 2002, pp. 521-532).

¹⁴⁷ De la jurisprudencia a la legislación. **Doxa**. n. 15-16, 1994, pp. 769-789.

¹⁴⁸ Teoría de la legislación. Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Universidad de Almería. Almería, 1996. 321 p. (mimeografado). Aqui, aproveita-se a oportunidade para externar o agradecimento ao Professor Macario Alemany García, que trabalhou com Zapatero e esteve presente por ocasião de seu concurso de cátedra, por gentilmente ter procurado em seus arquivos pessoais esse valioso manuscrito (que não está publicado em outro lugar), e oportunizado para consulta.

¹⁴⁹ Producción de normas. In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz (Eds). **Filosofía política II. Teoría del Estado**. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 10. Madrid: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996, pp. 161-186.

artigo *El club de los nomófilos*¹⁵⁰, de 1998, cujo teor coincide com o estudo introdutório intitulado *El arte ilustrado de legislar*, de 2004, apresentado à tradução espanhola da obra *Nomografía o el arte de redactar leyes*, de Jeremy Bentham¹⁵¹, de 2004; 5) o livro *El Derecho como proceso normativo*¹⁵² publicado em 2007, escrito em coautoria com María Isabel Garrido Gómez (aqui foi consultada a segunda edição, publicada em 2010, com a inclusão da coautoria de Federico Arcos Ramírez), que avança na proposta de compilar anotações de sala de aula, pois traz um bom e didático resumo sobre os principais aspectos da normatividade do direito; e 6) por fim, sua obra máxima, *El arte de legislar*¹⁵³, de 2009, que retoma alguns aspectos por ele tratados em outras ocasiões, e sem dúvida representa sua reflexão mais completa e madura, com a culminação de suas ideias sobre a dinâmica legislativa e uma verdadeira teoria da legislação, como se verá mais adiante.

Em *De la jurisprudencia a la legislación*¹⁵⁴, Zapatero começa reproduzindo a lição de Elías Díaz para quem uma concepção totalizadora do direito deve examinar com mais atenção o que se passa antes da norma, ou seja, o seu processo de criação. Entretanto, critica que a formação dos juristas tem desdenhado o estudo do processo normativo.

Discorre sobre algumas causas que reacenderam o interesse teórico pela legislação: a) a internacionalização da vida econômica, política e social; b) o surgimento de outras fontes normativas; c) o trânsito do Estado liberal ao Estado social; d) a crescente insatisfação dos cidadãos ante a “inflação legislativa”; e e) os problemas decorrentes do processo de construção do direito comunitário.

Na sequência, Virgilio Zapatero cuida de mapear a institucionalização dos estudos sobre legislação no plano internacional, mencionando os organismos e instituições dedicados a esse propósito na Inglaterra, Bélgica, Holanda, França, Alemanha, Itália, Canadá, Austrália e Espanha.

Elenca o que para ele deveriam ser os objetivos a serem alcançados com os estudos sobre a legislação: 1) reforçar o princípio democrático; 2) facilitar a interpretação; e 3) melhorar a formação dos juristas.

O primeiro objetivo passa por corrigir o ceticismo quanto às regras, propósito que está lastreado na premissa de que a lei deve ser o critério mais relevante para a solução dos

¹⁵⁰ El club de los nomófilos. *Cuadernos de Derecho Público*, n. 3, 1998, pp. 61-94.

¹⁵¹ El arte ilustrado de legislar. In: BENTHAM, Jeremy. *Nomografía o el arte de redactar leyes*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

¹⁵² *El Derecho como proceso normativo*. Lecciones de Teoría del Derecho. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2007.

¹⁵³ *El arte de legislar*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.

¹⁵⁴ *Doxa*, n. 15-16, 1994, pp. 769-789.

casos controvertidos, de modo que as aportações da ciência da legislação consistam em ajudar a que sejam editadas as normas necessárias (e somente as necessárias) e a obter leis mais claras, eficientes e eficazes.

O segundo objetivo, relacionado ao primeiro, defende a necessidade de dar mais peso aos antecedentes legislativos por ocasião da interpretação e aplicação das normas¹⁵⁵, bem como a de prevenir, na medida do possível, as falhas do processo legislativo que dificultarão a interpretação das normas. Neste último caso, prega que a teoria do direito ajude o legislador a uma elaboração mais cuidadosa das normas, evitando preventivamente os erros que posteriormente teriam que ser resolvidos pelos juízes. Afirma que a melhor política interpretativa é uma boa política legislativa¹⁵⁶.

Por fim, a melhora da formação jurídica seria alcançada com o ensino da “arte de fazer boas leis”, a partir do desenvolvimento de um corpo de doutrina que estudasse sistemática e metodicamente os problemas apresentados pela legislação e o modo de resolvê-los.

Depois, ao abordar conteúdo de uma disciplina sobre a legislação, Zapatero faz uma crítica aos modelos de racionalização do processo legislativo já existentes: a de que a maioria desses estudos não diferenciam com clareza os momentos do planejamento da norma e da redação do anteprojeto de norma. Na sua opinião, grande parte desses modelos evita o momento do planejamento, anterior à redação da norma, prévio à própria iniciativa legislativa, quando são produzidos os impulsos normativos, analisadas as causas do problema social (que pretensamente seria resolvido com a norma), examinadas as alternativas normativas, fixados os objetivos que devem norteá-las.

Para Zapatero, é nesse momento que por vezes ocorre a quebra da racionalidade pelas falhas na identificação do problema social a ser resolvido. A avaliação defeituosa das causas implicará instruções equivocadas ao redator, marcará de irracionalidade as demais fases do processo legislativo e, conseqüentemente, poderá resultar em uma lei de má qualidade. Ou seja, havendo uma deficiência no momento do planejamento, os demais critérios de racionalidade não servirão para resolvê-lo¹⁵⁷. Essa visão de Zapatero (sobre a importância desse momento anterior à redação normativa) é sumamente importante e de

¹⁵⁵ Em suas próprias palavras: “(...) *no cabe una teoría de la interpretación seria si se prescinde del estudio riguroso del proceso legislativo o en palabras de Elías Díaz, no cabe magistratura democrática sin Legislatura democrática. Dicho utilizando la terminología de Austin, no cabe Jurisprudencia sin Legislación.*” (De la jurisprudencia a la legislación. **Doxa**. n. 15-16, 1994, p. 780).

¹⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 784.

¹⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 785.

alguma maneira, como será visto com mais detalhes adiante, marcará bastante seus desenvolvimentos posteriores¹⁵⁸.

Na mesma linha, considerando necessário diferenciar, após a fase de redação, a fase de validação da proposta legislativa, propõe a sistematização do processo legislativo nas seguintes fases: 1) planejamento normativo; 2) redação do projeto; 3) validação governamental; 4) aprovação parlamentar; e 5) publicação e avaliação de impacto.

De acordo com Zapatero, é no planejamento que teriam papel principal os cidadãos, os grupos de interesse, os grupos de pressão, os meios de comunicação, os partidos políticos e as outras instituições que demandam a promulgação da norma. Nesse momento, a decisão de legislar do governo passaria pela seleção das demandas a partir dos programas eleitorais e/ou de governo e resultaria nas instruções para a redação do projeto.

Já a redação é o momento em que se deve cuidar de forma especial das racionalidades linguística, pragmática, sistemática e teleológica, e o encarregado de fazê-lo é o especialista a quem se encomendou o texto e que depois deverá submeter ao responsável político ainda antes da validação governamental. Esta, por seu turno, representa a fase em que os órgãos governamentais competentes examinam o anteprojeto e, se for o caso, aprovam sua remissão ao Poder Legislativo. Na sequência, a aprovação parlamentar é que seria a fase capital à luz da legitimação da norma, quando se debate e se dá a forma definitiva do projeto, o qual, uma vez convertido em lei, deverá ser objeto de avaliações de impacto, eficácia e efetividade e, eventualmente, reiniciar o processo normativo.

Todo esse contexto converte a teoria da legislação em uma disciplina eclética, que precisa do concurso de diferentes campos de investigação, cuja combinação permitirá tanto uma melhor compreensão do processo de gestação das normas, quanto uma maior qualidade formal e material.

Sem ingressar no debate sobre se os estudos sobre a legislação podem constituir ou não a categoria de ciência, Zapatero adota a divisão feita por Wroblewsky¹⁵⁹ entre enfoque minimalista e enfoque maximalista. A primeira perspectiva reduz a “ciência da legislação” a uma técnica, primando o caráter puramente instrumental das normas, como meios jurídicos para alcançar fins predeterminados que não são discutidos. Já a segunda cuida de acrescentar

¹⁵⁸ Recorde-se que esse momento (do planejamento da intervenção legislativa) faz parte da chamada “metódica da legislação”, que se diferencia tanto da técnica legislativa *stricto sensu*, quanto do processo legislativo constitucional (objeto de estudo do Direito Parlamentar). Como visto na seção sobre a contribuição de GRETEL, trata-se do chamado procedimento interno da legislação, disciplina pela qual Zapatero tem especial interesse, em contraposição à “tática legislativa”, que se refere ao procedimento externo da legislação.

¹⁵⁹ Refere-se ao artigo *Propos final* (In: BANKOWSKI, Zénon (Ed.). **La science de la législation**. Paris: Presses universitaires de France, 1988, pp. 105-107); e ao artigo *The rational law-maker* (In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, t. I, LXV/2 1979, pp. 187-201).

o componente ético como objeto de estudo, ou seja, discutir também os valores e os fins das leis. Em ambas estariam presentes as racionalidades linguística, sistemática, pragmática e teleológica, e a diferença entre uma e outra seria a inclusão da “racionalidade ética”, deixando a entender que o termo “racionalidade” talvez não seja o mais adequado.

Ante a distinção, Zapatero posiciona-se claramente em favor desse enfoque maximalista, que analise a justiça das normas, pois o direito deve respeitar determinados valores e limites, e não há que se falar em lei boa tecnicamente, se está a serviço de fins ilegítimos ou injustos. Defende, então, uma ciência da legislação com ética, que entenda as normas em seu respectivo contexto social e histórico e as submeta a uma reelaboração crítica.

Na memória de cátedra *Teoría de la legislación*, apresentada à Universidade de Almería em 1996¹⁶⁰, Zapatero cuida de reunir materiais que possam ajudar na construção de uma teoria da legislação dentro do marco do Estado social e democrático de direito. Essa teoria por ele idealizada tem dupla orientação: em primeiro lugar, descrever o processo de criação das normas no sistema espanhol e assinalar seus problemas e limites; e, em segundo lugar, cooperar na tarefa de melhorar a formação dos juristas, reforçar o império da lei, ajudar a construir uma teoria da interpretação coerente com o Estado social e democrático de direito e, finalmente, melhorar o processo de criação normativa e, com isso, defender a autoridade do Parlamento.

A premissa do trabalho é a que acompanha Zapatero em todas as suas reflexões: a perspectiva que confia no direito como o mecanismo mais legitimado de controle social e como instrumento que dificilmente seria substituível na realização dos interesses públicos, pelo que se torna necessário considerar as próprias “insuficiências e falhas” desse instrumento para conseguir os objetivos perseguidos¹⁶¹. Em outras palavras, o autor não se contenta com denunciar o panorama de desconfiança para com o direito e as normas e cuida de examinar a situação com olhos em busca de uma solução dentro da teoria da legislação (uma teoria normativa).

Para isso, começa explicando o que entende por racionalidade. Aqui abre-se um pequeno parêntese: essa noção extremamente importante, tanto no seu pensamento, como para a teoria da legislação *lato sensu*, foi tratada pelo autor apenas nesse manuscrito não publicado. Curiosamente, essa compreensão de racionalidade de Zapatero é uma de suas principais premissas, explica muito sobre a forma como enxerga o processo normativo e é o

¹⁶⁰ Como comentado, trata-se de uma obra não publicada, cujo acesso se deve ao Professor Macario Alemany que esteve presente por ocasião do concurso e cátedra e gentilmente forneceu uma cópia.

¹⁶¹ **Teoría de la legislación**. Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 9.

norte de muitas de suas propostas e recomendações, como será possível comprovar mais adiante. Esse ponto só aumenta o valor do manuscrito em comento.

Para Zapatero, o comportamento racional, em sentido amplo, é o de quem atua com base em razões – as quais são construídas com base nos desejos e crenças – e se contrapõe às condutas caprichosas, baseadas em impulsos ou às que são governadas por princípios surgidos na tradição ou na autoridade. Infere-se, então, que o comportamento racional é o baseado em “boas razões” e, portanto, quanto melhores sejam essas, mais racional será o comportamento¹⁶². E a qualificação de racionalidade se dá sempre com relação ao “idioma de atividade”, conceito tomado de Oakeshott¹⁶³ para referir-se ao conhecimento de como atuar com propriedade em uma circunstância determinada, o que exige prática e inteligência.

Para ressaltar a relação entre a racionalidade e a comunidade, reproduz a definição de La Spina¹⁶⁴ – para quem a racionalidade é uma propriedade de todos os comportamentos que se fundamentam em razões consideradas boas por sujeitos detentores de iguais experiências (na aprendizagem de uma prática), princípios de ação, é dizer, por sujeitos que por comodidade se consideram colocados em um mesmo ponto de vista.

Partindo das noções acima, Zapatero sintetiza seu próprio conceito de racionalidade: na prática, trata-se de uma espécie de coerência entre as decisões com o conjunto de máximas, princípios, regras, etc., que compartilha uma comunidade determinada e cujos membros consideram que deve ser a base para tomar determinadas decisões no marco da atividade de que se ocupa dita comunidade. O próprio autor qualifica sua definição como mais modesta, mas, em compensação, mais realista, operativa e aberta, enfatizando que não existe uma única racionalidade. E, especificamente no processo normativo, há uma pluralidade de racionalidades.

Nesse sentido, retomando a afirmação já feita antes por Atienza¹⁶⁵, pontua que tais racionalidades nem sempre são coincidentes e que a decisão final será mais uma combinação das diferentes racionalidades que se complementam. Entretanto, em lugar de adotar os cinco níveis de racionalidade de Atienza, Zapatero adota uma classificação diversa, inspirada em La

¹⁶² Idem, ibidem.

¹⁶³ Refere-se à obra *Rationalism in Politics and Other Essays* (London: Methuen & Co Ltd, 1962).

¹⁶⁴ Refere-se à obra *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria* (Milano: Giuffrè, 1989).

¹⁶⁵ Refere-se especificamente ao artigo *Contribución para una teoría de la legislación* (**Doxa**, n. 6, 1989), embora tal afirmação também estivesse em *Sociología jurídica y ciencia de la legislación* (In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **El Derecho y sus realidades**: investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Barcelona: Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, 1989, pp. 41-70).

Spina¹⁶⁶, Weber¹⁶⁷ e Diesing¹⁶⁸, para explicar os tipos ideais de racionalidade presentes no processo legislativo:

- (1) racionalidade formal ou dos juristas: centrada no valor da certeza, especialmente quanto aos efeitos das normas no ordenamento jurídico;
- (2) racionalidade de objetivos ou dos especialistas (ou técnica): envolve os diversos saberes especializados que participam na produção normativa;
- (3) racionalidade material: mais ampla que a teleológica, pois inclui também a preocupação com a eficiência no alcance desses objetivos;
- (4) a racionalidade de valores: geralmente não vem expressa nos textos normativos (uma exceção seria o caso da legislação simbólica), são mais o cenário (*background*) deles. Excepcionalmente podem prevalecer tais argumentos de valores em face das outras racionalidades, citando Zapatero como exemplo a estipulação da pena de prisão para determinados delitos, embora sabidamente ineficaz (ou até mesmo contraproducente à luz da racionalidade de objetivos), em nome dos valores segurança e ordem pública; e
- (5) racionalidade política (interesse geral ou razão de Estado): é a racionalidade das estruturas das decisões (de como são tomadas). A política de um país ou de um grupo é o processo pelo qual o grupo decide sobre sua própria atividade ou sobre a que deve ser desempenhada pelos membros. Por intermédio dela, trata-se de fazer possível a permanência e a autonomia do poder político ou, usando os termos de Diesing¹⁶⁹, o centro do sistema frente às ameaças internas e externas. Posta nesses termos, a racionalidade política consiste em preservar a autoridade do sistema político (com seus valores, crenças, instituições, identidade, etc.) em face das ameaças. Trata-se de manter a estrutura decisional do grupo, o que exige um comportamento racional, mas à luz de um tipo de racionalidade que não se confunde com as racionalidades anteriores¹⁷⁰.

Parafrazeando Hart y Sacks¹⁷¹, Zapatero fixa o estado mental que igualmente se verá refletido em todos os seus escritos: a menos que se demonstre o contrário, as leis são obras de seres racionais que perseguem racionalmente objetivos racionais. Propõe, então, um enfoque

¹⁶⁶ Em *La decisión legislativa. Lineamenti di una teoria* (Milano: Giuffrè, 1989).

¹⁶⁷ Em *Economía y sociedad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1979).

¹⁶⁸ Em *Socioeconomic decisions* (**Ethics**, vol. 69, n.1, oct. 1958, pp. 1-18) e em *Reason In Society: Five Types Of Decisions And Their Social Conditions* (Westport: Greenwood Press, 1962).

¹⁶⁹ Idem, *ibidem*.

¹⁷⁰ **Teoría de la legislación**. Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 15.

¹⁷¹ Refere-se à obra *The Legal Process : Basic Problems in the Making and Application of Law* (Tentative edition. Cambridge, 1958).

da racionalidade do legislador de forma omnicompreensiva, em lugar de uma abordagem à luz de uma racionalidade limitada (como é o caso da *Public Choice*¹⁷²), que trate de dar conta de todos os comportamentos e atitudes que influem efetivamente, em maior ou menor grau conforme cada caso, no resultado final do processo normativo.

Nos capítulos seguintes da monografia (são catorze no total), Zapatero cuida de enriquecer a teoria da legislação na Espanha, apresentando as contribuições de diversos autores estrangeiros e reunindo os principais esboços do que posteriormente tomaria a forma de *El arte de legislar*, sua obra mais importante, como será visto na sequência.

O capítulo segundo (*La programación normativa: calendarios y agendas*), entretanto, não foi contemplado nos escritos posteriores. Aqui, o autor trata de expor as perspectivas que explicam a gênese das normas. Em síntese, são três: a teoria da demanda, a teoria da oferta e a autopoiese. Pela teoria da demanda, as normas são fruto de necessidades sentidas (problemas sociais), que se convertem em demandas, cuja satisfação pode se dar por intermédio da promulgação de uma norma. Tem-se, assim, um legislador receptivo que se limita a conferir a forma jurídica das soluções dos problemas sociais. Já segundo a teoria da oferta, os decisores públicos condicionariam as necessidades dos cidadãos, de modo que esses pediriam o que o governo desejaria dar-lhes. O legislador, então, aparece como intervencionista, pois cuida de moldar a realidade através de uma política pública. Para a terceira corrente, as normas surgem do constante e necessário ajuste e reajuste das normas já vigentes. Trata-se da chamada autopoiese, na denominação de Luhmann¹⁷³, ou direito reflexivo, como prefere Teubner¹⁷⁴.

¹⁷² Muito resumidamente, a teoria da escolha pública (*public choice*) é uma vertente da microeconomia com especial interesse nas decisões coletivas relacionadas às políticas públicas, às eleições, ao comportamento dos votantes, dos políticos, dos funcionários públicos, entre outras questões da ciência política que se conectam com o mercado. É uma espécie de análise econômica da política. Usa ferramentas da economia para explicar esses comportamentos coletivos (as decisões públicas do governo ou dos agentes políticos), sustentando basicamente que não são diferentes do comportamento dos atores econômicos, que haveria a busca por maximizar o orçamento público, por atender os próprios interesses (dos que tomam as decisões públicas), sendo o bem social um objetivo secundário. Com isso, essa escola de pensamento conclui que o Estado também falha nas tentativas de corrigir as falhas do mercado. Os desenvolvimentos dessa corrente culminou também em formulações sobre a teoria das decisões dos cidadãos, incluindo, por exemplo, a ignorância racional dos votantes: dada a pequena chance de que seu voto mude individualmente o rumo das eleições, sua decisão racional seria a de manter-se à margem da política e até mesmo abster-se de votar. No campo da legislação, que mais interessa à presente tese, a teoria da escolha pública basicamente mostra que os atores envolvidos estão preocupados em satisfazer os interesses dos responsáveis pelos seus cargos, os financiadores de campanhas, no caso dos políticos, e os padrinhos políticos, no caso de funcionários ocupantes de postos por indicação. Sem prejuízo dos aspectos polêmicos existentes (a principal crítica é a de que se trata de uma explicação de apenas parte da realidade), a contribuição dessa teoria teve reconhecimento e alguns expoentes dessa corrente ganharam o Prêmio Nobel da Economia: James M. Buchanan (1986), George Stigler (1982), y Gary Becker (1992).

¹⁷³ Refere-se à obra *Teoria politica nello Stato del Benessere* (Milano: Franco Angeli Editore, 1983).

¹⁷⁴ Embora o autor não tenha especificado a qual obra se refere, imagina-se que se trate da equivalente de *Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno* (In: BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La fuerza del derecho**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000).

Para Zapatero, isoladamente, nenhuma das vertentes explica a origem de todas as normas, mas sim correspondem a uma parte da realidade. Em sua opinião, a teoria da legislação deveria dar mais atenção a esse momento prévio à norma propriamente dita, à questão prévia de por quê o governo (ou o Parlamento) pôs em funcionamento a iniciativa legislativa, quais são as causas ou os fatores que o induzem a elaborar um texto normativo e como se desenvolve esse complexo processo que vai desde a identificação de um problema à tentativa de solucioná-lo mediante a publicação de uma norma. Insiste, mais uma vez, como já anunciado antes, na necessidade de compreender a decisão pública (administrativa) e regulamentar os procedimentos que os decisores públicos devem seguir quando se trata de produzir normas.

Para efeitos analíticos, sugere a seguinte divisão do processo de produção normativa: 1) formulação de uma política pública (acesso à agenda e decisão da política); 2) redação dos textos normativos; 3) implementação da norma (cobertura orçamentária, administrativa e regulamentação); 4) validação da norma (governamental e parlamentária); 5) administração da norma (pela própria Administração Pública e pelos tribunais); 6) avaliação da norma (avaliação e reforma). Na visão de Zapatero, a teoria da legislação deveria dar conta pelo menos dessas fases mencionadas.

No que diz respeito à programação normativa, cita como referência o modelo alemão, o mais desenvolvido de todos, que estabelece um programa de curto (ordens do dia), médio (a cada semestre) e longo prazo (ao início de cada legislatura), desenhando-se o documento que contém as ordenações mais imediatas e concretas. Menciona, ainda, o modelo da Inglaterra, cuja programação normativa é mais formalizada: na sexta semana após o início da sessão parlamentar (fins de outubro ou início de novembro), são solicitados aos distintos departamentos a lista de projetos que se pretendem enviar ao Parlamento na sessão seguinte, ou seja, com muito mais antecedência. Ressente Zapatero que nos demais países do continente europeu a programação normativa tenha menos importância, pois são outros os fatores que condicionam mais a forma e o modo de trabalhar dos governos: a estrutura política de cada sistema, as tradições e os usos constitucionais e parlamentares e a própria personalidade do líder do Executivo.

Afirma, ainda, que na Espanha não há qualquer programa normativo sob a forma de um conjunto de intenções formalmente declaradas com referência à atuação futura, ainda que de forma não vinculante. Para conhecer algo parecido com uma programação normativa, declara, é necessário consultar o diário de sessões das câmaras por ocasião do primeiro

comparecimento de cada ministro para ir montando como um quebra-cabeça o que seria o compromisso normativo do governo¹⁷⁵.

Ainda quanto à origem das normas, o autor nega a importância dos programas eleitorais. A partir de números colhidos da realidade espanhola, dá conta do escasso peso dos compromissos normativos eleitorais na produção normativa real¹⁷⁶. Apoiando-se na afirmação de Griffith e Ryle¹⁷⁷, conclui que são as pressões dos acontecimentos diários que frequentemente determinam a atuação política do governo, muito mais que as programações prévias. Ainda assim, isso não supõe afirmar a inutilidade desses programas.

Outra desmitificação diz respeito ao componente político-partidário¹⁷⁸. Embora distinga os projetos que provêm de órgãos políticos e os que provêm das instâncias administrativas, Zapatero assenta a tendência no sentido de que a produção das políticas públicas provêm das instâncias administrativas, o âmbito da tecnocracia. O papel dos partidos políticos na produção das políticas públicas é, então, matizado. Na linha de Subarits¹⁷⁹, registra que a função crucial dos partidos políticos é na fase de determinação das elites de governo e uma certa capacidade de controle da atividade dos distintos governos. Tal tendência também é confirmada pela continuidade da maior parte das políticas públicas mesmo após a alternância de partidos políticos no governo.

Para Zapatero, o instrumento conceitual que melhor explica o surgimento das normas é o de agenda, conceito tomado de Padioleau¹⁸⁰. Trata-se do conjunto de problemas que apelam ao debate público e demandam a intervenção das autoridades, abarcando não todos os problemas sociais, mas sim os que são objeto de uma controvérsia pública¹⁸¹. A agenda é mais ampla que um programa normativo, e se distingue dois tipos: a institucional e a conjuntural. Com base em Meny e Thoenig¹⁸², a agenda institucional reúne os problemas que dependem funcionalmente ou por consenso da autoridade pública considerada, como a apresentação anual da lei de orçamento.

Por seu turno, a agenda conjuntural equivale aos impulsos sociais, cabendo a separação entre a agenda pública e a agenda formal, conforme esclarecem Cobb, Ross e

¹⁷⁵ **Teoría de la legislación.** Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 31.

¹⁷⁶ Idem, ibidem, p. 28.

¹⁷⁷ Refere-se à obra *Parliament: Functions, Practice and Procedure* (Londres: Sweet & Maxwell, 1989).

¹⁷⁸ **Teoría de la legislación.** Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 33.

¹⁷⁹ Refere-se à obra *Un problema de estilo. La formación de políticas públicas en España* (Colección Cuadernos y Debates n. 38. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992).

¹⁸⁰ Refere-se à obra *L'Etat au concret* (Paris: Presses Universitaires de France, 1982).

¹⁸¹ **Teoría de la legislación.** Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 35.

¹⁸² Refere-se à obra *Las políticas públicas* (Barcelona: Ariel, 1992).

Ross¹⁸³. A agenda pública é constituída por todos os temas que são objeto de atenção pública, requerem algum tipo de atuação na opinião de uma considerável proporção de pessoas e são competência de algum organismo público. Já a agenda formal é a que recolhe todos os temas que os decisores públicos aceitaram tomar em consideração seriamente. Somente quando um problema entra na agenda formal de uma sociedade, começa realmente a gestação da política pública.

Ainda em conformidade com os três autores citados por Zapatero, são três os modelos de formação das agendas, conforme o nível de atuação de grupos externos ao governo: 1) de iniciativa externa, 2) de mobilização e 3) de iniciativa interna. No primeiro, os grupos suscitam o problema. No segundo, o governo é envolvido pelos grupos com o objetivo de garantir o êxito da iniciativa. Já no modelo de iniciativa interna o tema surge dentro da esfera governamental e seu êxito depende da habilidade para conseguir o mais sigilosamente possível um lugar na agenda pública. Nos três casos, os problemas transitam pelas seguintes fases: iniciação, especificação, expansão e entrada na agenda formal, embora em cada um dos modelos com uma estratégia diferente.

Finalizando essa parte, ainda correlaciona cada um desses modelos explicativos com o tipo de sociedade em questão. O modelo de iniciativa externa aparece mais em sociedades mais igualitárias. O modelo de mobilização é mais provável nas que são muito hierarquizadas e nas quais os poderes atribuídos ao líder enfatizam a distância entre ele e seus seguidores. O modelo de iniciativa interna, por fim, tem mais a ver com a complexidade do assunto ou o grau de sigilo requerido, pois a publicidade pode dificultar a discussão. Em todo caso, a verdade é que não existem estudos conclusivos sobre a predominância de um modelo sobre outro.

No capítulo terceiro (*La planificación normativa: problemas, objetivos y alternativas*), Zapatero dá continuidade ao enfoque da teoria da legislação à luz da formação de políticas públicas, concentrando-se no momento da decisão legislativa. Faz, então, uma longa exposição da racionalidade no processo de tomada de decisões, com foco na resolução de problemas, tal como se dá dentro das organizações administrativas. Explica os modelos de racionalidade (limitada¹⁸⁴, incremental¹⁸⁵, compreensiva¹⁸⁶ e baseado nas comparações

¹⁸³ Refere-se ao artigo *Agenda Building as a Comparative Political Process* (*The American Political Science Review*, v. 70, n. 1, mar. 1976, pp. 126-138).

¹⁸⁴ De acordo com esse modelo de racionalidade limitada, a maior parte das decisões se referem ao descobrimento e seleção de alternativas satisfatórias (excepcionalmente a seleção vai para alternativas ótimas). A decisão racional possível é a que opera com um número pequeno de alternativas, adota um critério razoável e opta por uma solução satisfatória. Essa técnica reduz a quantidade de informação necessária para a tomada de decisão e implica o exame das alternativas e consequências durante o processo decisório em sequência. Esse

limitadas sucessivas¹⁸⁷), bem como as formas de tomar decisões em assuntos públicos (por computação, por juízo, por compromisso e por intuição). Trata de expor notadamente o pensamento de Simon¹⁸⁸, Lindbom¹⁸⁹ e Thompson¹⁹⁰. Toda essa parte, que tampouco foi incorporada nos escritos posteriores (especialmente em *El arte de legislar*), precede as considerações que Zapatero faz sobre esse momento da decisão legislativa na organização administrativa, essas sim extremamente importantes. Entretanto, considerando que em sua obra máxima, o autor cuidou de refinar esse ponto, deixa-se para trabalhá-lo com mais atenção quando dos comentários a esse seu último livro.

Resumidamente, basta dizer que a técnica fundamental que permite às organizações resolverem um problema complexo é dividir esse problema em seus correspondentes subproblemas ou partes independentes e atribuir a cada unidade específica a responsabilidade de gerir uma parte do problema. A razão subjacente é a seguinte: a definição da situação deve ser suficientemente simples para ser abarcada pela mente humana, de modo que os decisores de cada unidade administrativa tendam a avaliar suas ações dentro das respectivas competências e fixar sub-objetivos, o que filtra as informações e as avaliações necessárias para a tomada de decisão.

modelo, contudo, é criticado por conceber o processo de tomada de decisão como uma tarefa científica, um exercício intelectual.

¹⁸⁵ Nesse modelo a decisão racional é um resultado de um processo no qual o analista determina o objetivo a alcançar, examina um número restrito de alternativas, avalia-as de acordo com um critério determinado e opta por aquela que alcança o resultado de forma mais eficiente. Em síntese, a decisão é fruto de um exercício intelectual.

¹⁸⁶ Pelo modelo de racionalidade compreensiva, primeiramente são escolhidos os fins (valores e objetivos subjacentes), para então proceder-se ao exame das alternativas, restringindo e avaliando-as de acordo com o critério concreto adotado. A opção recairá sobre a que melhor alcança o resultado e supõe uma solução de forma definitiva. Idealmente, a determinação prévia do objetivo operaria como parâmetro para julgar a racionalidade da alternativa escolhida. No entanto, a crítica a esse modelo se centra em dois aspectos: primeiro, necessita uma grande quantidade de informação; e, segundo, sua pouca relação com a realidade, pois na maioria das vezes não existe um acordo sobre os valores e objetivos a serem perseguidos e muitas vezes a adoção de uma política se dá sem o prévio esclarecimento dos objetivos.

¹⁸⁷ Por esse modelo, o administrador encontra meios para reduzir a necessidade de informação, adotando as seguintes estratégias: a) limita a análise das alternativas às que oferecem diferenças pequenas em relação às políticas atualmente vigentes, tendo em vista a impossibilidade de adoção de mudanças radicais; b) ignora importantes consequências possíveis de cada política alternativa (e os respectivos valores). A possível crítica – no sentido de que o método de simplificação implicaria em uma limitação muito grande à racionalidade da decisão – é rechaçada sob o argumento de que a formulação de uma política é um processo de aproximações sucessivas em direção aos objetivos desejados. À medida em que vai sendo reconsiderada a política, também vão sendo reajustados os objetivos. A política, então, avança a pequenos passos, pouco a pouco, evitando erros graves. As soluções são, portanto, sempre provisórias e fruto da interação política.

¹⁸⁸ Refere-se à obra *Organizations* (New York, London: John Wiley and Sons, 1958).

¹⁸⁹ Refere-se às obras *El proceso de elaboración de políticas públicas* (Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991) e *The Science of "Muddling Through"* (**Public Administration Review**, v. 19, n. 2, 1959, pp. 79-88).

¹⁹⁰ Refere-se à obra *Organizations in action. Social science bases of administrative theory* (New York: McGraw-Hill Book Company, 1967).

No capítulo sétimo (*La reglamentación por directivas*), Zapatero trata da técnica mais utilizada pelos governos na regulamentação em geral, a regulamentação por antonomásia, coercitiva ou por diretrizes, também conhecida como *command-and-control regulation*. A preferência por esse instrumento se dá por diversas razões, como, por exemplo: 1) maior tangibilidade e visibilidade; 2) menores custos; e 3) suas desvantagens ficam camufladas. Ao mesmo tempo, trata-se da ferramenta que apresenta os perfis menos precisos. Consiste em estabelecer o comportamento como modelo a seguir (ou a evitar) e assegurar o seu cumprimento mediante sanções. Se por um lado os críticos alegam que os poderes públicos abusam dessa técnica, por outro, sua eficácia, efetividade e eficiência nem sempre estão à altura das expectativas. De toda forma, o fato é que tal técnica representa o respeito e a realização de algumas virtudes e valores essenciais dos sistemas democráticos, como a igualdade, o império da lei e a segurança.

Aproveitando a lição de Ogus¹⁹¹, diferencia as técnicas de regulamentação por diretrizes conforme a intensidade da intervenção na livre atividade: a) um grau mínimo de intervenção é a informação; b) um grau máximo é representado pela técnica da aprovação prévia; c) em uma zona intermediária entre tais extremos está a regulamentação por *standards*, por intermédio das normas de objetivos (*target*), de rendimento (*performance* ou *output*) e de concepção (*specification* ou *input*).

A informação como técnica de regulamentação consiste em impor aos destinatários a obrigação de tornar públicos certos fatos ou dados, sem maiores controles sobre a atividade propriamente dita (como, por exemplo, a obrigação dos fabricantes de cigarro de informar nas embalagens os riscos do produto). No outro extremo, a aprovação prévia proíbe a realização de determinadas atividades sem a obtenção da anterior anuência do poder público, por intermédio de autorizações e licenças (como, ilustrativamente, a solicitada para os farmacêuticos para a fabricação de remédios). Já as normas de objetivos, sem restringir a liberdade da atividade, impõem a obrigação de alcançar um determinado objetivo, sob pena de responsabilidade, inclusive criminal (o exemplo dado por Ogus é o dos brinquedos, que devem ser desenhados para não causar riscos ou danos à saúde das crianças). As normas de rendimento, por seu turno, estabelecem determinado padrão de qualidade (as características do produto final), mas deixa o produtor livre quanto aos procedimentos e técnicas aplicados para consegui-lo (mais uma vez o exemplo de Ogus está relacionado com a fabricação de produtos, aqui, representa a quantidade máxima de antimônio¹⁹² nas cargas de tinta das

¹⁹¹ Refere-se à obra *Regulation: Legal Form and Economic Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1994).

¹⁹² Elemento químico de número atômico 51, massa atômica 121,75 e símbolo *Sb* na tabela periódica.

canetas). Por fim, as normas de concepção determinam a observância de determinados procedimentos no processo de produção (ou que se empreguem ou evitem determinadas substâncias ou materiais), como o uso de pneus de borracha na fabricação dos carros, conforme Ogus.

Zapatero esclarece que a técnica da informação não pode ser confundida com as técnicas de publicidade (*marketing*) para a promoção de determinados valores, como saúde, educação, meio ambiente, etc. E faz outras digressões importantes, com exemplos espanhóis, apontando vantagens e inconvenientes de cada umas dessas técnicas. Afirma que, onde seja possível, devem-se preferir as normas de rendimento às normas de concepção. E, quanto à aprovação prévia, que representa o grau máximo de intervencionismo, comenta os principais fundamentos dessa técnica de regulação: a) a necessidade de suprir os *déficits* de informação; e b) a existência de externalidades ou riscos envolvidos na atividade. Aproveita, ainda, para explicar a diferença entre autorização e concessão (nesta última não existe um direito prévio, pode haver limitação quanto ao número de beneficiários e discricionariedade na outorga).

No capítulo oitavo (*La reglamentación por incentivos*), Zapatero aborda os mecanismos (por ele considerados) complementares à regulamentação por diretivas (*command and control*): a informação e a publicidade (propaganda institucional), a tributação (via impostos, taxas, preços públicos, contribuições, etc.) e as subvenções (ajudas econômicas, empréstimos e avais). Zapatero apresenta as vantagens e inconvenientes desses instrumentos, considerados por ele como complementares (mas não alternativos, atenção para esse detalhe) para a intervenção por parte do Poder Público, as quais podem ser eficazes para a indução de comportamentos em determinadas circunstâncias, adicionalmente à regulamentação por diretivas (*command and control*) – dificilmente em substituição a essas últimas, na sua opinião¹⁹³. O interesse nesse sistema de regulamentação, no entanto, deve ser avaliado caso a caso, conforme o impacto, os custos, os benefícios e as respectivas repartições desses aspectos entre as obrigações assumidas pela Administração Pública e entre os cidadãos.

É interessante frisar que, ao abordar esses mecanismos “alternativos”, Zapatero enriquece a teoria da legislação, trazendo para o seu seio aspectos que, longe de ser

¹⁹³ Nas suas próprias palavras: “*Sería una ingenuidad considerar que los recursos indirectos a que nos hemos referido pueden ser un substitutivo de la reglamentación por directivas. Como es fácil de constatar los instrumentos económicos son complementarios de la reglamentación command and control; raramente sustitutivos. No se conocen muchos ejemplos de instrumentos económicos que hayan reemplazado completamente a las reglamentaciones directas existentes. Tales instrumentos económicos constituyen o medidas de acompañamientos de reglamentaciones ya existentes o medidas que preparan la introducción de nuevos reglamentos.*” (p. 166).

heterodoxos ou contrapostos à regulamentação por diretivas, oferecem uma compreensão global da decisão legislativa. Além disso, cada vez mais passam a ser considerados em concreto. Por tal razão, esses aspectos de fato devem ser estudados dentro da teoria da legislação, paralelamente à normatização propriamente dita, inclusive como reconhecimento de que esta última pode precisar de reforços no alcance dos objetivos, princípios e valores do Estado.

O capítulo nono (*Los sistemas de redacción de normas*) versa sobre o tema já abordado por ocasião dos comentários feitos sobre a técnica legislativa do GRETEL: as peculiaridades dos modelos anglosaxão, continental e norte-americano de redação de leis. Assim, considerando que o tema já foi trabalhado, abstém-se de repeti-lo.

O capítulo décimo (*La redacción de las normas*) minudencia o processo de redação de textos normativos, utilizando a clássica divisão de Thornton¹⁹⁴, em cinco fases diferenciadas: determinação de objetivos, análise, planejamento do texto, redação e revisão do rascunho. A primeira etapa envolve a compreensão dos objetivos, que tem especial importância, já que permitirá ao redator expressar com fidelidade a vontade do responsável político quando começar a redação do texto – posteriormente, são esses objetivos que permitirão a avaliação. A fixação dos objetivos vem envolvida na análise do contexto dos fatos e problemas aos quais se vai dar a resposta legislativa. Expressados os objetivos, devem ser esclarecidos os meios para o seu alcance, o que igualmente exige que o redator tenha acesso a todas as implicações e dificuldades legais, sociais ou administrativas que implicam o texto solicitado. A segunda fase, a análise da proposta, consiste essencialmente na exploração do ordenamento que será afetado com a inserção da proposta normativa. Feito isso, a terceira fase é o desenvolvimento de um plano de organização provisório com as principais ideias que deverá conter o futuro texto, uma espécie de esquema inicial ou estrutura material prévia que ajudará na redação mais adiante. A quarta fase refere-se ao rascunho do projeto propriamente dito. Nesse momento, é necessário saber utilizar a linguagem (língua, a gramática) e manejar bem os conselhos da boa técnica legislativa para evitar a vagueza, a obscuridade e a ambiguidade. A partir daí, Zapatero avança sobre o fenômeno da delegação normativa, tanto as situações em que há limitação natural da linguagem, quanto as vezes em que há uma decisão deliberada em assim proceder, é dizer, quando a técnica legislativa cede à necessidade política de ampliar consensos ou aparentá-los (simulando que existem).

O capítulo onze (*Parametros operacionales*) trata do que Zapatero chama de “novas responsabilidades” do redator das normas, notadamente a “memória” e o questionário de

¹⁹⁴ **Legislative drafting**. London: Butterworths, 1979.

avaliação dos projetos normativos que dela deve constar (no sistema espanhol). No que diz respeito ao primeiro documento, o autor sugere que deveria conter essencialmente os seguintes elementos: gastos com pessoal, estabelecimento, funcionamento, com subvenções e demais despesas correntes, de investimento, derivados de transferências de capital e operações financeiras e gastos fiscais; juntamente com a forma de financiamento respectiva desses gastos, mediante eventuais recursos ou receitas geradas pela disposição normativa, créditos orçamentários, novas dotações ou fontes de financiamento extra-orçamentárias. Ainda quanto aos custos, na linha de Morrall¹⁹⁵, repreende que ninguém conhece realmente o custo global da norma, também critica que os custos sociais (ditos indiretos, pagos pelos cidadãos, consumidores) raramente são calculados¹⁹⁶.

De acordo com Zapatero, ainda deve constar da “memória” o estudo do efeito global da regulamentação (o impacto normativo), compreendendo, no mínimo: os benefícios esperados, os impactos sobre o emprego e sobre outros interesses gerais. No ponto, reconhece as dificuldades em realizar essa avaliação, já que, além dos efeitos previstos, intencionais, benéficos, diretos, imediatos e concretos, todas as normas podem ter efeitos imprevistos, não desejados, perversos, indiretos, diferidos e simbólicos cuja avaliação é impossível ou muito difícil¹⁹⁷.

Analisando as distintas listas de critérios que os governos de vários países vêm aplicando (questionários de avaliação), o autor agrupa as perguntas, conforme os seguintes problemas: a) o papel do Estado no processo normativo; b) os custos e benefícios das normas; c) os impactos da regulação; d) o respeito aos princípios de constitucionalidade e legalidade (controles formais); e) conexão do rascunho da norma às prioridades políticas dos poderes públicos; f) compatibilidade da proposta com as normas e compromissos internacionais¹⁹⁸.

O capítulo doze (*La aprobación de las normas por el gobierno*) cuida da etapa posterior à redação da proposta normativa, a qual deve ser devidamente endossada pelo responsável político respectivo. Trata-se de um momento essencialmente político, sem grandes formalismos, e sobre o qual costuma haver pouca bibliografia. O próprio Zapatero

¹⁹⁵ Refere-se à publicação *La maîtrise des coûts de la réglementation: Le recours à la budgétisation des réglementations* (Paris: OCDE, 1992).

¹⁹⁶ **Teoría de la legislación.** Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 247.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*, p. 246.

¹⁹⁸ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE oferece as seguintes perguntas: 1) Está definido corretamente o problema? 2) Está justificada a intervenção do governo? 3) Constitui a regulamentação a melhor forma de ação governamental? 4) Tem a regulamentação um fundamento jurídico? 5) Qual ou quais são os níveis administrativos apropriados para essa ação? 6) São suficientes os benefícios para compensar os custos? 7) É transparente a repartição dos efeitos na sociedade? 8) É a norma clara, coerente, compreensível e acessível aos usuários? 9) Tiveram oportunidade de expressar seus pontos de vista todas as pessoas afetadas? 10) Como se assegurará o respeito à norma?

refere-se a essa fase como uma “caixa-preta” cujo conteúdo é em boa parte desconhecido¹⁹⁹. Descrevendo o modelo espanhol, o autor registra a importante atuação da *Comisión de Secretarios de Estado y de Subsecretarios*, responsável pelo trabalho de coordenação da produção normativa. É para esse órgão que os diversos Departamentos enviam suas propostas, as quais, uma vez incluídas na ordem do dia da *Comisión*, serão estudadas e preparadas para deliberação por parte do *Consejo de Ministros*.

No capítulo treze (*La justificación de las normas: funciones y motivos*), Zapatero mergulha mais uma vez na teoria do interesse público, que justifica a regulação para corrigir as “falhas do mercado”²⁰⁰. Para o autor, a economia do bem-estar de Pigou²⁰¹ é o fundamento mais sólido do Estado social de Direito²⁰², de modo que a “eficiência social” (observe-se, não a justiça) exigiria a intervenção do Estado as seguintes situações que exemplifica: a) necessidade de construir certos monopólios (ferrovias, ilustra); b) bens públicos (defesa nacional); c) externalidades negativas (poluição); d) falhas de informação; e) problemas de coordenação (trânsito); f) condições excepcionais do mercado.

A partir dos anos 60, explica o autor, a perspectiva do interesse público de enfoque pigouviano foi sendo contrastada por teorias dedicadas a descrever o funcionamento real dos governos: em lugar de corrigir as falhas de mercado, os governos reais não só não são efetivos, como são especialmente ineficientes. Segundo conta, a resposta pigouviana foi no sentido de que o fracasso da regulamentação se deve a que os políticos: a) são venais ou b) são incompetentes. Entretanto, a teoria da captura dos legisladores foi avançando a partir dos anos 70 do século passado, assentando que a regulação tem sua origem e explicação em interesses privados (não no interesse público).

¹⁹⁹ **Teoría de la legislación.** Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 264.

²⁰⁰ Em economia, refere-se à falha de mercado para designar um contexto de alocação de recursos (ou distribuição dos resultados econômicos) de forma não eficiente ou indesejável do ponto de vista social em um “mercado livre” (da intervenção estatal). Na linguagem técnica, são as situações em que o custo (marginal) não é igual ao benefício (marginal). Tradicionalmente, são apontadas as seguintes causas das falhas de mercado: 1) informação incompleta dos agentes econômicos (ou assimetria de informação), 2) custos de transação elevados (o que justificaria a existência dos bens públicos), 3) externalidades negativas (impactos das atividades econômicas para além de seu contexto, como a poluição) e 4) mercados de concorrência imperfeita ou desigual (monopólios, oligopólios, monopsônios e oligopsônios, por exemplo). A existência dessas falhas de mercado justificariam a intervenção estatal. As principais formas de corrigir as falhas do mercado, portanto, são as políticas públicas, notadamente a legislação (regulamentação), a tributação e as subvenções, também sendo usados o controle de preços (tabelamento, fixação de preço mínimo e/ou máximo), ainda que sem muito êxito, como comprova a experiência.

²⁰¹ Refere-se à obra *The Economics of Welfare* (London: Macmillan and Co., 1932).

²⁰² **Teoría de la legislación.** Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 277.

Na visão de Zapatero, corroborando a de Posner²⁰³, no entanto, nem a teoria do interesse público, nem a do interesse de grupos (hipótese da captura do legislador) davam conta do real processo de decisão dentro dos governos. Um novo modelo – a teoria da escolha pública (*public choice* ou simplesmente análise econômica do direito aplicada à legislação) – pretendia, além dessas explicações, igualmente gerar previsões e prescrever o que as instituições deveriam fazer. Resumindo bastante o pensamento dos principais expoentes dessa corrente²⁰⁴, a regulação seria explicada quase unicamente em termos de oferta e demanda de normas por parte das indústrias, em troca de votos e recursos para as eleições, sob duas premissas metodológicas: o individualismo (ou comportamento egoísta das pessoas) e o racionalismo (ou lógica maximizadora de suas próprias utilidades). Trata-se de aplicação da lógica do mercado à política.

Essa teoria, no entanto, na crítica de Zapatero, está centrada exclusivamente na realidade dos Estados Unidos da América, coloca seu foco em apenas uma das plurais razões que impulsionam os legisladores (a reeleição) e ignora o importante papel cumprido pelos burocratas²⁰⁵ – ponto este que será retomado por Zapatero mais adiante na construção de sua teoria da legislação –, mostrando-se, portanto, uma teoria incompleta. Porém, não irrelevante, pois o autor reconhece os avanços da *public choice* como uma parte importante da teoria da legislação²⁰⁶. Sem prejuízo, não deixa de registrar sua crítica a esse enfoque, na linha de Kelman²⁰⁷, para quem os teóricos da *public choice* colocam em uma balança o “benéfico” mercado frente ao “Estado democrático corrupto”, sem considerar o grau em que essas distorções são na verdade um aspecto da “cultura capitalista aquisitiva” exaltada por eles mesmos.

Tal como visto por Zapatero, o processo legislativo é muito mais que uma simples decisão do *Consejo de Ministros* ou uma votação realizada nas *Cámaras* e a maior parte do que a criação de normas implica não está explicado pela teoria da escolha pública.

²⁰³ Refere-se ao artigo *Theories of economic regulation* (**The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 5, n. 2, 1974, pp. 335-358).

²⁰⁴ São eles: George Stigler (*The theory of economic regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science*, v. 2, n. 1, 1971, pp. 3-21), Sam Peltzman (*Toward a More General Theory of Regulation. The Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, 1976, pp. 211-240) e Richard A. Posner (*The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press, 1993).

²⁰⁵ A única exceção, ressalva Zapatero, refere-se ao trabalho de Niskanen (*Bureaucracy and Representative Government*. Chicago, New York: Aldine-Atherton Inc., 1971), para quem os motivos do comportamento dos burocratas não é o serviço público, mas sim a maximização de suas retribuições, a estabilidade do emprego, as condições laborais, o poder, o reconhecimento público.

²⁰⁶ **Teoría de la legislación**. Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, p. 296.

²⁰⁷ Refere-se ao artigo *On Democracy-Bashing: A Skeptical Look at the Theoretical and "Empirical" Practice of the Public Choice Movement* (**Virginia Law Review**, v. 74, n. 2, mar. 1988, pp. 199-273).

Finalizando a monografia, o capítulo quatorze (*Sobre la teoría de la legislación*) trata de, ante todo o panorama apresentado ao longo da obra, arrematar os comentários sobre a necessidade de se insistir nos estudos de teoria da legislação para garantir o futuro do Direito como instrumento de controle social, um dos mecanismos de mudança social que o Estado de Direito pode apresentar maior legitimidade e um maior crédito democrático.

Tece, ainda, comentários sobre a necessidade de levar o Parlamento a sério, adotar uma concepção instrumental do Direito e sobre como uma teoria da legislação – que corresponda à teoria política do Estado de Direito – pode melhorar o processo de interpretação das normas, além do respectivo processo de criação.

Todos os pontos trabalhados nesse capítulo da monografia serão objeto de afinamento por Zapatero em *El arte de legislar*, oportunidade em que desenvolve e aprimora diversas ideias sobre tais pontos (sobretudo na introdução e no capítulo doze). Assim, opta-se aqui por não se deter muito a respeito dessa parte.

No artigo *Producción de normas*²⁰⁸, também de 1996, Zapatero dá continuidade à proclamação dos contornos que devem assumir os estudos sobre a legislação, mas dessa vez a partir de um minucioso diagnóstico (inclusive numérico) da realidade do tema – que permanece atual, sem nem parecer que já se passaram mais de vinte anos desde a sua publicação –, com fartos dados que demonstram suas afirmações e um tom bem mais crítico e preocupado diante do que lhe parece um grave contexto: a crescente “anemia legislativa” dos Parlamentos. É como denomina a crescente delegação das capacidades normativas a outras instâncias, fazendo com que os Parlamentos percam seu protagonismo normativo. Essa realidade é traduzida nos seguintes fenômenos:

1) A existência de instâncias supraestatais, regionais ou comunitárias com competências normativas exclusivas ou compartilhadas que se sobrepõem aos Parlamentos nacionais – afirma que no caso espanhol 54% das normas então introduzidas no ordenamento vinham da União Europeia (ou seja, são mera transposição das diretivas comunitárias)²⁰⁹;

2) A descentralização política que transfere competências normativas, no caso da Espanha, dos órgãos centrais às Comunidades Autônomas – para ilustrar o impacto, conta que são esses poderes locais que gerem aproximadamente 25% do gasto público²¹⁰;

²⁰⁸ In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz (Eds). **Filosofía política II. Teoría del Estado**. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 10. Madrid: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996, pp. 161-186.

²⁰⁹ Producción de normas. In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz (Eds). **Filosofía política II. Teoría del Estado**. Enciclopedia Iberoamericana de filosofía, vol. 10. Madrid: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996, p. 167.

²¹⁰ Idem, ibidem, p. 162.

3) O que chama “internacionalização normativa” para referir-se a duas tendências dos Parlamentos contemporâneos: a) a “importação” de normas de outros países, especialmente de seu entorno comercial – Zapatero dá conta de que 40% do sistema de normas espanhol se produz fora das fronteiras espanholas²¹¹ –, o que, nas suas palavras, torna os Parlamentos contemporâneos mais “usuários” que “formuladores” de leis; e b) a “cooperação normativa”, a “adoção legislativa” advinda de instituições internacionais, mencionando o exemplo do GATT (*General Agreement on Tariff and Trade*). Tal internacionalização da produção normativa seria explicada pelas próprias exigências de competitividade dos mercados no contexto da globalização (embora Zapatero não use essa palavra). No caso da Espanha, Zapatero reputa eloquente por si só o seguinte número: durante a década de 1982 a 1992, 458 leis foram aprovadas, ao passo que 901 tratados internacionais foram convertidos em direito interno²¹²;

4) O protagonismo normativo do Poder Executivo na atividade normativa, o que também ocorre em dois planos: na preponderância da iniciativa legislativa e nos amplos poderes decorrentes da delegação normativa para a edição de regulamentos. Quanto à iniciativa legislativa, Zapatero reproduz alguns números de estudo da *Unión Interparlamentaria* sobre 69 Parlamentos do mundo, apontando que: entre 90 e 100% dos projetos aprovados em 33 dos Parlamentos analisados têm iniciativa do governo; em 42 Parlamentos, a aprovação de projetos apresentados pelo Executivo oscilou entre 90 e 100%; e a média de leis aprovadas pelos Parlamentos cuja iniciativa foi de grupos parlamentares não passou dos 5%²¹³. No que diz respeito aos poderes normativos do Executivo, a crítica de Zapatero é dirigida à técnica legislativa pela qual o Parlamento limita-se a traçar as grandes linhas do projeto normativo, deixando sua concreção (e, às vezes, inclusive, aspectos muito importantes) à Administração. Aqui, a origem do problema seria a dificuldade de os Parlamentos tomarem determinadas decisões normativas e a forma de redigir as leis (o que merecerá mais explicações adiante);

5) O cada vez maior interesse pela função de controle do Executivo, em lugar do trabalho legislativo, o que Zapatero comprova pela distribuição do tempo parlamentar: na III Legislatura, 79,6% foi dedicado aos trâmites de controle, ao passo que apenas 20,4% desse tempo destinou-se a trâmites legislativos²¹⁴; e

²¹¹ Idem, ibidem, p. 164.

²¹² Idem, ibidem, p. 166.

²¹³ Idem, ibidem, pp. 171-172.

²¹⁴ Idem, ibidem, pp. 175-176.

6) A delegação “em cascata” a outras instâncias, pela qual o Legislativo delega ao Executivo e este, por seu turno, delega a terceiras entidades públicas ou privadas, especialmente ante o excessivo tecnicismo requerido ou com o propósito de “despolitizar” determinadas decisões das pretensões parlamentares. Nesse sentido são os poderes dos Bancos Centrais e das Comissões de Valores, por exemplo. Na mesma lógica, insere-se a “autorregulação”, pela qual são os próprios destinatários quem produzem as normas, sob pretensões éticas, e a delegação a outros organismos privados, abordando a experiência do Canadá.

De acordo com Zapatero, algumas dessas novas formas de produção do Direito suscitam graves problemas de legitimidade, em especial o déficit democrático. Nada obstante, sua crítica mais contundente vai para as técnicas legislativas: tanto a de redação com base em “cláusulas gerais”, típica da cultura jurídica continental – a qual Zapatero associa à liderança do Poder Executivo no processo legislativo –, quanto para o casuísmo anglo-saxão, que redundam em um “desapoderamento” do Parlamento.

O estilo casuísta consiste no minucioso detalhamento do projeto, o que, se por um lado, dá maior certeza e segurança sobre o conteúdo da regra, por outro, dificulta a compreensão e o próprio debate político do projeto.

Por seu turno, a redação sob a forma de cláusulas gerais implica, na prática, na renúncia da regulação plena da matéria pelo Parlamento, que delega ao Executivo e ao Judiciário a tarefa de completar o trabalho normativo. No uso dessa técnica, por vezes a lei aprovada pelo Parlamento não passa de um esboço da regulação definitiva, sendo necessária, nas palavras de Zapatero, uma forte imaginação para adivinhar qual será o conteúdo final que regulará a matéria após o desenvolvimento regulamentar que oportunamente faça o Executivo²¹⁵.

A adoção desse estilo seria decorrência da necessidade de realizar o programa do Estado social, da própria “textura aberta” da linguagem normativa, da dinâmica parlamentar, mas sobretudo da falta de condições de o Parlamento adotar, no nível de detalhamento necessário, as várias regulamentações para fazer justiça concreta em uma sociedade industrial altamente técnica, com conflitos sociais e processos econômicos complexos.

Entretanto, o que Zapatero afirma é que o legislador deveria ser consciente de que cada vez que usa essas técnicas renuncia à responsabilidade de regular e controlar os aspectos de uma determinada relação e deveria entender os riscos envolvidos, já que é difícil prever como o Executivo e os Tribunais farão o trabalho do legislador.

²¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 177.

Todo esse panorama de novas, inevitáveis e poderosas fontes normativas, “acima, abaixo e ao lado” não só dos Parlamentos, mas da própria noção de Estado, é o pano de fundo que usa Zapatero para defender a necessidade de que filosofia política e jurídica encontrem respostas para pelo menos quatro pontos²¹⁶:

1) A questão da autorregulação ou a delegação de capacidades normativas a órgãos semi-públicos ou privados, que suscita, entre outros, o problema da legitimidade das fontes normativas porquanto chama a atenção para o surgimento de um Direito que não se encaixa nos parâmetros da racionalidade formal e substantiva própria do Estado social conhecido;

2) Os mecanismos tradicionais de criação do direito internacional e supranacional dificultam ou impedem a participação ativa não só dos cidadãos, mas também dos próprios Parlamentos na criação de normas cada vez mais frequentes;

3) O novo sistema de produção de normas aumenta as dificuldades de acesso e conhecimento, por parte dos cidadãos, das normas que emanam de fontes tão distantes e, em ocasiões, tão exóticas, para Zapatero. Argumenta que a presunção de conhecimento das normas pelos cidadãos tem que ser ao menos verossímil, mas atualmente isso é cada vez mais difícil;

4) O papel de uma instituição capital no processo de criação das normas: o Parlamento.

Zapatero fecha seu *Producción de normas* questionando se realmente é o caso de se conformar com essa que parece ser uma tendência geral: a “anemia legislativa dos Parlamentos”, que esses já não exerçam o poder legislativo senão à sombra, sob dependência de algum outro poder, destacando-se a preponderância das autoridades governamentais e administrativas em todos os estágios da elaboração das leis (na formulação, iniciativa, processo de emendas e também depois com a delegação regulamentar).

Conclui com a reflexão seguinte: o aparelho burocrático governamental não é sensível às aspirações dos cidadãos, não tem a mesma representatividade dos parlamentos e conduz a uma quebra cada vez mais evidente entre o ordenamento jurídico e os seus destinatários. Concorda com que a busca por um equilíbrio institucional na distribuição do poder legislativo deve basear-se sobre essa realidade, por uma parte, e por outra, na incapacidade dos Parlamentos para elaborar a legislação necessária. Opina que é urgente a necessidade de encontrar para o Parlamento a função que deve desempenhar no novo contexto de criação de normas e que se trata de perguntar como se deve legislar no século XXI.

²¹⁶ Idem, ibidem, p. 184.

Em *El club de los nomófilos*²¹⁷, Zapatero continua seu percurso descritivo, mas desta vez com viés histórico, sobre como se deu a evolução da preocupação de como melhorar as leis ao longo do tempo. Nesse trabalho, vê-se ainda mais as bases de algumas de suas preferências teóricas, a começar, por exemplo, pela expressão “arte” e não “ciência”, sob a explicação de que toda arte tem algo de especulação e de prática e não se pode avançar na prática sem a especulação, nem dominar a especulação sem a prática²¹⁸. Outro pressuposto do qual parte é o de que: embora a preocupação de como melhorar as leis seja antiga, o universo cultural das obras de Platão, Aristóteles, Cícero, (Gemisto) Pletão e Santo Tomás era outro – registra Zapatero –, pois faltavam os elementos essenciais e sem os quais não se poderia falar em uma arte de legislar: 1) o Estado legislador; 2) a crise de certeza (no direito) que se produziu no final do século XVII; e 3) a expansão do racionalismo na política²¹⁹.

Fazendo uma leitura à luz da teoria da legislação do que está contado pelos historiadores do Direito, Zapatero afirma que antes da modernidade não se pode falar em Estado legislador²²⁰. Na Alta Idade Média (séculos IX-XIII), o direito era consuetudinário, originava-se calada e anonimamente no seio da sociedade, e a função do “príncipe” era fundamentalmente jurisdicional, não legislativa. Somente a partir da Baixa Idade Média (séculos XIII-XVI) começou a surgir a diferença entre Direito e lei, ou, melhor dito, o Direito era um complexo de normas com sanção (leis) e normas sem sanção (equidade e costume). A lei apareceu como norma criada pela vontade do príncipe, frente ao outro direito que o misterioso e lento fluir da sociedade produzia. Esse incipiente poder legislativo do Estado, embora com vocação para monopolizar a produção normativa, convivia com outras fontes normativas que conduziram a uma crise na certeza do Direito. A primeira etapa da codificação surgiu como medida para introduzir um mínimo de certeza e segurança no sistema.

Zapatero pontua, no entanto, que a ideia de legislar exigia algo mais que o monopólio do poder normativo pelo soberano, sendo necessário racionalizar a vontade daquele (a lei não podia ser mero capricho do príncipe). Nessa toada, o programa da modernidade, consistente em fazer da razão instrumento idôneo para dominar a natureza, invadiu outros domínios, inclusive a política, e exigiu a busca de uma melhor concepção de

²¹⁷ **Cuadernos de Derecho Público**, n. 3, 1998, pp. 61-94.

²¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 62.

²¹⁹ Idem, *ibidem*.

²²⁰ Na entrevista concedida no dia 09 de janeiro de 2017, o próprio Zapatero comenta ter revisto essa opinião recentemente, após aprofundar seus estudos sobre a filosofia do direito na Grécia Antiga, para um artigo no qual vem trabalhando sobre a correlação entre legislação e democracia no pensamento de Demóstenes, Platão e Plutarco.

legislação (racionalismo construtivista). Desde então, e durante mais de trezentos anos, foram propostas à humanidade – em nome da razão – as mais atrevidas empresas de reforma ou mudança social, tentou-se submeter a produção de normas à razão, pretendeu-se que a lei fosse *voluntas ratione animata* (vontade inspirada pela razão)²²¹.

O projeto de racionalização e sistematização do sistema jurídico se orientou em duas direções: a) a codificação (para facilitar o conhecimento do direito vigente); e b) a arte da legislação (para proporcionar leis melhores). Ambos foram produtos do que ele chama “nomofilia ilustrada”²²². O primeiro passo nesse projeto, recorda Zapatero, consistia em corrigir ou matizar a concepção voluntarista do Direito, para isso tendo contribuído Montesquieu (1689-1755) com sua definição então inovadora de lei como “as relações necessárias entre coisas” (“lei relação”). Seguindo as explicações de Althusser²²³, Zapatero esclarece que o sentido desse conceito de Montesquieu somente pode ser captado a partir do outro também usado por ele, mas não sempre devidamente delimitado: o de “lei mandato”. Estas são as promulgadas pelo legislador e pressupõem, além destes, os destinatários, um conteúdo e uma sanção para garantir o seu cumprimento. Já as “leis relação” têm a ver com a ideia de que existem fatos sociais – uma ordem interna que governa as próprias leis positivas, naturais e inclusive as divinas, além das promulgadas pelos homens – que constituem limites, às vezes insuperáveis, ao próprio poder legislador. Esse é o “espírito das leis” por que se interessava Montesquieu: mais que as leis propriamente ditas, os seus condicionantes, o seu sentido.

Abraçando o novo modelo de ciência proposto por Newton (a partir da experiência, do exame, da observação dos fenômenos da natureza para descobrir as próprias leis), que operou uma nova concepção do papel da razão (a de buscar sentido), Montesquieu desvendou que as leis e instituições não vêm determinadas pelo azar, capricho ou fantasia dos legisladores, mas sim que guardam relação com a natureza e o princípio de seu governo, com as condições físicas do país, com o clima, solo, tamanho, tipos de vida e sistema de produção, o grau de liberdade que permite a Constituição, a religião de seus habitantes, sua riqueza, a densidade demográfica, seu comércio exterior, seus costumes, etc. Tudo isso forma o “espírito das leis”, o objeto de investigação a que Montesquieu dedicou tanta precisão e metodologia, que o fez ser considerado precursor da sociologia.

²²¹ Idem, *ibidem*, p. 66.

²²² Idem, *ibidem*.

²²³ Refere-se à obra *Montesquieu: la politique et l'histoire* (Paris: Presses Universitaires de France, 1959).

Entretanto, conta Zapatero, o propósito de Montesquieu não era o de construir uma ciência da legislação reduzida à sociologia legislativa, unicamente descrevendo a razão das causas concretas que determinam os comportamentos legislativos. A arte de legislar pressupunha uma margem de manobra do legislador e Montesquieu pretendia orientá-lo. A partir daí, Zapatero mergulha no *Livro XXIX – Da maneira de compor as leis de O espírito das leis*, obra que em sua opinião constitui um claro antecedente do moderno *legal drafting*²²⁴, converteu-se no cânon da “arte de legislar” da Ilustração e foi responsável pela generalização da ideia de que era, sim, possível uma “ciência” da legislação; que a vontade do soberano podia ser submetida à razão e que o príncipe podia legislar cientificamente²²⁵. Cuida de explicar que grande parte das críticas recebidas por Montesquieu advém de passagens ambíguas que, mal interpretadas, poderiam ser utilizadas para justificar o Antigo Regime. Sem prejuízo, existem críticas à lição de Montesquieu que Zapatero reputa procedentes, como, por exemplo, a de Mably²²⁶ quanto ao “fatalismo” das circunstâncias naturais sobre a legislação (o clima condicionaria os costumes e as instituições). Na verdade, as leis não podem ser nem resultado dos caprichos do soberano, nem influxo da ordem natural, mas sim fruto da razão, a única que pode dominar as paixões e o destino²²⁷. Concorda também com a crítica de Condorcet²²⁸ no sentido de que o principal erro de Montesquieu foi esquecer-se de que a “arte social” somente pode basear-se nos princípios invariáveis de justiça.

O tratamento das questões sobre a necessidade das leis, sua justiça, utilidade e fundamentação foram objeto de tratamento ao longo da Ilustração. Zapatero, então, vai explicando as preocupações teóricas dos filósofos ilustrados, notadamente os três já citados (Montesquieu, Condorcet e Mably), com o respectivo contexto histórico. Já à sua época, Condorcet afirmava que a primeira pergunta a que o legislador deveria dar resposta é se a questão deve ser decidida por uma lei. Ultrapassado o teste da necessidade de intervenção do poder legislativo, deve-se apresentar o teste da justiça, perguntando-se seguidamente se a solução é justa, pois, para o ilustrado, o primeiro dever do legislador é ser justo e racional. O terceiro teste ao qual deveriam se submeter as leis é o da utilidade. Em quarto lugar, a lei deveria ser submetida ao teste da razão, deveria estar racionalmente justificada.

²²⁴ El club de los Nomófilos. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 3, 1998, p. 73.

²²⁵ Idem, ibidem, p. 75.

²²⁶ Refere-se à obra *De la législation ou principes des lois* (In: Oeuvres complètes, t. 9. Paris: Bossange, 1797).

²²⁷ El club de los Nomófilos. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 3, 1998, p. 78.

²²⁸ Refere-se à publicação *Observaciones de Condorcet sobre el Libro XXIX del Espíritu de las leyes* (In: DESTUT DE TRACY. **Comentarios sobre el Espíritu de las Leyes**. Córdoba: Imprenta, Lib. y Lit. del Diario, 1877).

O autor prossegue na compilação das lições iluministas de uma forma muito mais interessante do que a exposta aqui, muito resumidamente, para registro de algumas das ideias que marcam sua concepção sobre a legislação. Por exemplo, já em Montesquieu, Schimidt D’Avenstein, Rousseau, Mably e Condorcet aparecia a convicção de que, em todo caso, o legislador tinha que apresentar o motivo das leis ao tempo de formá-las²²⁹. E quanto mais particular seja o objeto da lei, mais importante será que o legislador exponha seus motivos, os quais devem ser o menos vago possível. Arremata Zapatero: “(...) *Na democracia, não basta dar ordens: se a lei quer ser um eficaz e legítimo instrumento de direção social, o legislador tem que expor suas razões. Na democracia, legislar não é sinônimo de mandar*”²³⁰.

Além da exposição de motivos das leis, as quais também deveriam ser técnicas e formalmente racionais, outra agenda ilustrada – surgida com o avançar da Revolução Francesa – é a legitimidade das leis. A arte de legislar, então, passaria a incluir em suas preocupações a origem do poder legislativo, quem poderia e deveria legitimamente legislar, ou seja, como se deveria dar a formação da vontade legislativa à luz da soberania nacional (a vontade geral).

Zapatero segue sua exposição comentando o pensamento de Rousseau²³¹ sobre quais características deveria reunir um legislador perfeito: deveria ser alguém que conhecesse todas as paixões humanas (onisciente), que sua felicidade dependesse de suas leis (ausência de egoísmo) e que, ademais, tivesse compaixão pelo gênero humano e que não tivesse que buscar a glória do momento, em síntese, um legislador competente e imparcial chamado justamente a agregar racionalidade ao procedimento legislativo²³². A arte de legislar, nesse sentido, é tomada como a arte de governar as paixões e a racionalidade legislativa requer impedir que a lei seja sequestrada por interesses particulares. Tal busca por imparcialidade, narra Zapatero, faz ressurgir durante o Iluminismo o “mito do legislador estrangeiro”²³³, o qual seria isento de interesses particulares ou pessoais.

Outro passo importante dado durante o Iluminismo consistiu na articulação do conjunto de procedimentos a serem adotados no seio das Assembleias Legislativas, destinados a organizar a formação da vontade legislativa (iniciativa, convocatória, duração das sessões

²²⁹ El club de los Nomófilos. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 3, 1998, p. 83.

²³⁰ Idem, ibidem.

²³¹ Refere-se à obra *El contrato social* (Madrid: Aguilar, 1973).

²³² El club de los Nomófilos. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 3, 1998, p. 86.

²³³ Tal crença no sentido de que o estrangeiro seria um elemento desinteressado e não sujeito a pressões internas é antiga, chegou a tornar-se um costume, e, ao longo da história, já justificou o convite para que Diderot se encarregasse da redação de um texto de reforma legislativa, por parte da czarina Catarina II da Rússia, e a Rousseau foram encomendadas as Constituições da Córsega e da Polônia.

deliberativas, procedimentos de votação, número de representantes, etc.), e que hoje englobam o chamado Direito Parlamentar²³⁴.

Na descrição de Zapatero,

O programa codificador ilustrado, em parte, e sua insistência em utilizar a razão para redigir leis melhores, (*rectius*) não derivavam de uma comichão meramente estética, mas sim tinham fundamento moral e político. Tratava-se de liberar os cidadãos das correntes do despotismo dos monarcas (Rousseau) e dos juízes (Montesquieu). Para isso, concebeu-se a lei como expressão da vontade geral e se submeteu tanto o Executivo, quanto o Judiciário ao império da mesma. A codificação e a qualidade das leis eram expedientes que facilitam a tarefa.²³⁵

Nada obstante, a tarefa codificadora permanecia impotente diante de quatro defeitos intrínsecos (os quais, parecem persistentes), segundo a enumeração que o autor toma de Muratori²³⁶: a) as limitações naturais da linguagem (língua) que impedem uma total claridade; b) a dificuldade de que padece todo intérprete na hora de conhecer a vontade do legislador; c) a impossibilidade de os legisladores preverem todas as futuras contingências; e d) a própria personalidade e mentalidade dos juízes. Esses fatores geram os “casos difíceis”, quantos aos quais a lei não dá respostas inequívocas, e cuja solução correta – e, conseqüentemente, a segurança jurídica e a liberdade –, depende da prudência dos juízes, de acordo com Zapatero, que disfrute ou padeça a sociedade²³⁷. Com isso, o autor esclarece que os ilustrados tinham plena consciência – diferentemente da posterior tese da Escola da Exegese – de que o ordenamento jurídico poderia ter lacunas e que seria necessário recorrer à interpretação, a qual não tinha boa reputação, associada ao despotismo judicial.

Explica o autor:

Sua [*dos ilustrados*] obsessão pela qualidade das leis, pela linguagem cuidadosa e precisa dos textos legais, pela sua ordenação sistemática, sua apresentação esmerada, as técnicas de publicação, etc., tinha um cenário político de primeira magnitude: aqueles ilustrados temiam que a origem parlamentar das leis não fosse suficiente para garantir a liberdade dos cidadãos. Temiam que, por lacunas que podiam deixar umas leis obscuras e mal-redigidas, os juízes poderiam apropriar-se de funções legislativas que não os correspondiam.²³⁸

²³⁴ Idem, *ibidem*, p. 89.

²³⁵ No original: “*El programa codificador ilustrado, por una parte, y su insistencia en utilizar la razón para redactar mejores leyes no derivaban de un prurito meramente estético, sino que tenían un fundamento moral y político. Se trataba de liberar a los ciudadanos de las cadenas del despotismo de los monarcas (Rousseau) y del de los jueces (Montesquieu). Para ello se concibió la ley como expresión de la voluntad general y se sometió tanto al Ejecutivo como al Judicial al imperio de la misma. La codificación y la calidad de las leyes eran expedientes que facilitarían la tarea.*”. (Idem, *ibidem*, p. 90).

²³⁶ Refere-se à obra *Dei Difetti della Giurisprudenza* (Venezia: presso Giambattista Pasquali, 1743).

²³⁷ El club de los Nomófilos. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 3, 1998, p. 90.

²³⁸ “(...) *Su [de los ilustrados] obsesión por la calidad de las leyes, por el lenguaje cuidado y preciso de los textos legales, por su ordenación sistemática, su presentación esmerada, las técnicas de publicación, etc., tenía un trasfondo político de primera magnitud: aquellos ilustrados temían que el origen parlamentario de las leyes no fuera suficiente para garantizar la libertad de los ciudadanos. Temían que, por entre rendijas que podían dejar unas leyes oscuras y mal redactadas, los jueces pudieran apropiarse de funciones legislativas que no les correspondían.*”. (Idem, *ibidem*, p. 93).

Caminhando para a conclusão de *El club de los Nomófilos*, Zapatero afirma que, passados duzentos anos, os problemas enfrentados pelos ilustrados seguem sem resolução. Os ordenamentos atuais continuam lidando com as velhas questões da segurança jurídica e liberdade e o contexto de oceano de normas e os princípios teorizados por Dworkin²³⁹, na sua opinião, ressuscitam a *interpretatio* do Antigo Regime. Zapatero, então, se pergunta retoricamente se a não resolução dos problemas se deve à falta de gestão da herança dos ilustrados ou se estes buscaram a solução onde não poderiam encontrá-la.

Depois de revelar o contexto da produção normativa em *Producción de normas* e contar a história da vocação ilustrada pela legislação, em *El arte de legislar*²⁴⁰, Zapatero apresenta sua mais densa e madura análise sobre a “política normativa”. Sem exagero, é a obra que trouxe mais aportações à temática na Espanha nos últimos anos – com escala de importância semelhante a *La forma de las leyes*, de GRETEL, ao seu tempo –, e cuja repercussão ainda está por reverberar. É que, comparada a outros países como Reino Unido e Alemanha, por exemplo, pode-se dizer que na Espanha é de dimensão reduzida a tradição no estudo da teoria da legislação, a despeito do crescente interesse que o tema vem despertando nas últimas décadas.

Nesse contexto, a partir da vasta bibliografia anglo-americana que o alimentou, *El arte de legislar* cuidou de introduzir na doutrina espanhola novas perspectivas de análise da temática e algumas sugestões concretas de inovação, claramente colhidas da vivência prática de seu autor, que, como comentado, ocupou cargos elevados tanto no Poder Executivo, como no Poder Legislativo espanhóis. Sem dúvida, já é possível afirmar que se cuida de uma obra inovadora, uma das mais completas dentro dos fins a que se propõe, e que marcará a direção dos estudos sobre a temática por um bom tempo.

El arte de legislar foi dividido em doze capítulos extremamente claros, escritos em linguagem que permite a compreensão inclusive por não especialistas, e com o compromisso efetivo de melhorar a legislação (atividade e produto). Uma análise devidamente pormenorizada da obra certamente exigiria mais do que se fará na sequência. Nada obstante, cuida-se de fazer um mapeamento geral dos principais pontos.

Logo na introdução, o autor cuida de registrar uma razão bastante simples que justifica o interesse em estudar e melhorar a legislação: enquanto se viva em sociedades organizadas mediante leis, em um Estado regulador que organiza suas políticas através de

²³⁹ Refere-se à obra *Law's Empire* (London: Fontana Press, 1986).

²⁴⁰ Pamplona: Arazandi, 2009.

normas, às quais se siga atribuindo a função de direção social, o tema continuará sendo pertinente²⁴¹. Daí a necessidade de buscar onde e por quê se produz a quebra da racionalidade²⁴².

Zapatero começa *El arte de legislar* dando conta das mudanças por que passou o Estado: antes se pedia simplesmente para administrar a justiça, manter a ordem interna e garantir a segurança ante o exterior, tendo-se passado para um Estado assistencial que multiplica suas funções e compromissos.

Paralelamente a essas transformações que afetam a essência e a função do Estado, o autor aponta os processos de globalização como responsáveis pela “erosão do Estado” e da perda do protagonismo da lei como principal fonte material e formal do Direito. Segundo sua visão, esse é o cenário do atual ceticismo quanto às normas.

Com essa explicação, Zapatero abre seu primeiro capítulo (*La dignidade de las normas*) jogando uma importante luz sobre o tema: a descrença quanto às normas como instrumentos de direção e mudança social decorre da desconfiança quanto à capacidade do próprio Estado em cumprir suas promessas (por causa da sobrecarga de tarefas, especialmente). Em outras palavras, ambos – tanto o ceticismo em relação às normas, quanto o ceticismo ao Estado – vêm misturados, estão diretamente relacionados²⁴³. E mais: isso revela que o estudo das teorias da legislação vai associado aos modelos econômicos de intervenção do Estado ou às concepções sobre o papel deste na implementação de sociedades mais igualitárias.

Quanto a esse ponto, o autor não hesita em expressar sua opinião: as sociedades precisam cada vez mais do governo e do Parlamento e razões econômicas justificam a intervenção normativa: proteger o funcionamento eficiente do mercado, fazer frente às crises periódicas (como a de 2008), os problemas de distribuição (salários, rendas básicas, compensações), a necessidade de satisfazer desejos coletivos ou atender aos direitos das gerações futuras (proteção do planeta e sua diversidade)²⁴⁴.

Mas não só razões econômicas justificariam a intervenção normativa para o autor: os avanços tecnológicos e científicos conduzem a um mundo desconhecido e também com perigos inimagináveis, na medida em que grupos poderosos têm um poder sobre os alimentos e medicamentos, sobre a segurança no trabalho, podem controlar a intimidade, manipular os

²⁴¹ Idem, ibidem, p. 11.

²⁴² Zapatero afirma “(...) que puede ser muy saludable volver a dirigir nuestra la mirada al proceso legislativo buscando dónde y por qué se produce en ocasiones la quiebra de la racionalidad” (Idem, ibidem, p. 13).

²⁴³ Idem, ibidem, p. 26.

²⁴⁴ Idem, ibidem, p. 44.

interesses, tudo isso demandaria mais e melhores normas que protejam e melhorem as vidas dos cidadãos.

Tal contexto descrito por Zapatero (de, na melhor das hipóteses, suspeita de inutilidades das leis e regulamentos), igualmente é a atmosfera intelectual do surgimento, a partir da década de 1970, de ideias céticas e teorias da conspiração quanto ao processo de elaboração de normas: os governos aprovam as normas, não para alcançar o interesse público, mas sim para proteger interesses privados. Com isso traça as linhas de pensamento mais recentes sobre a legislação, com foco na teoria da eleição pública (*Public Choice*).

Retoma (no capítulo 2 – *Leyes bajo sospecha*) a abordagem iniciada no capítulo treze da monografia *La teoría de la legislación (La justificación de las normas: funciones y motivos)* sobre a evolução teórica dos fundamentos da intervenção do Estado por intermédio da legislação (regulação), começando pelas teorias do interesse público (para corrigir as falhas do mercado), passando pelas diversas correntes defensoras da “captura do legislador” (ou dos grupos de interesse, de acordo com as quais a legislação seria determinada pela atuação desses grupos na promoção dos próprios interesses), e, logo, pela teoria da escolha pública (*public choice*).

Nesse segundo momento, depois de listar as tradicionais falhas do mercado, ou seja, as razões econômicas que justificam a intervenção estatal, o autor apresenta muito brevemente o que seriam as razões não estritamente econômicas acrescentadas pela filosofia política: o ideal de justiça distributiva (nas versões liberal, estatista ou social-democrática), o paternalismo para a substituição de decisões privadas (como o uso obrigatório de capacete e cinto de segurança no trânsito), bem como a existência de valores comunitários que justificam a decisão legislativa²⁴⁵. Com isso, deixa ainda mais claro o seu pensamento (embora não o desenvolva de forma mais aprofundada) sobre a estreita conexão que existe entre a teoria da legislação e o papel do Estado, especialmente o modelo econômico de intervenção adotado para que este cumpra seus propósitos e a ideologia política subjacente.

Como visto antes, depois de explicar tais enfoques teóricos, Zapatero os critica por incompletos, especialmente o último deles. Centrados na realidade dos Estados Unidos da América, põem atenção apenas sobre o móvel da reeleição e ignoram o papel dos demais funcionários do processo legislativo. Na expressão de Zapatero, trata-se da pesquisa sobre os

²⁴⁵ Nas suas palavras: “(...) *Es, pues, evidente que la justificación de la intervención de los poderes públicos no se ha debido sólo a razones económicas sino que existen fundamentos no económicos. Unas y otras – razones de eficiencia y razones de justicia – o una mezcla de ambos tipos han constituido tradicionalmente el fundamento de la llamada teoría del interés público. Tales han sido, y en buena parte siguen siendo, los motivos para de la legislación.*” (Idem, *ibidem*, p. 50).

“motivos porque”, em lugar de os “motivos para”. Acrescenta, ainda, a crítica sobre a premissa metodológica subjacente quanto ao egoísmo dos indivíduos: ao apoiar-se nessa ideia – referindo-se especificamente à teoria da escolha pública –, deixa de explicar a capacidade de mobilização, as pessoas que se coligam para alcançar objetivos coletivos, bem como a atuação por ideologia, valores e compromissos que podem ser situados acima da busca por reeleição, é dizer, as outras motivações do comportamento legislativo²⁴⁶.

A partir da leitura do capítulo em comento, compreende-se o pano de fundo da teoria da legislação de Zapatero. São três as grandes premissas que norteiam sua análise: a primeira, de que as normas (não só as leis) nascem como intervenção do Estado para resolver problemas da sociedade, sobretudo os derivados do mau funcionamento do mercado – revelando a notória influência da perspectiva econômica. A segunda, consequência da primeira, consiste em que, em sendo assim, já não basta que as normas sejam uma mera expressão de poder, mas sim que devem ser configuradas como a mais digna ferramenta de intervenção social, de forma que haveria que retomar a ideia apresentada na Ilustração da lei como “vontade iluminada pela razão” (o ideal iluminista tão bem delineado em seu artigo *El club de los nomófilos*²⁴⁷). Aqui, não se trata de negar a política, mas sim de cuidar para conferir-lhe o máximo de racionalidade possível, a partir de métodos e técnicas para “resolver problemas”, pois para isso nascem as leis. Por fim, a terceira premissa é a consideração do processo legislativo como tomada de decisões (inclusive anteriores à aprovação da lei) e,

²⁴⁶ A brilhante passagem merece transcrição *ipsis litteris*: “(...) Los legisladores no son diferentes en esto al resto de los humanos: buscan votos, ciertamente, pero también ser respetados, ser leales con su partido y con sus representados; buscan prestigio y fama, cuidan de su buen nombre; quieren sentirse a gusto consigo mismos ajustando sus decisiones a su código moral, a lo que consideran que deben hacer en cada caso. Y frecuentemente toman una decisión en esta dirección aunque ello signifique o pueda significar un coste para ellos en votos. Como cualquier ser humano, en ocasiones son egoístas y en ocasiones altruistas. La opción en cada caso, aquí y ahora, dependerá del significado que uno u otro comportamiento tenga a la hora de dar sentido a su vida. Una teoría de la legislación que parta de esta concepción del agente, aparte de ser más ajustada a la realidad, se sitúa en las antípodas de las políticas de desregulación que constituyen el fundamento de la Public Choice, concibe las normas como el instrumento más digno de dirección social y permite ocuparse de cómo mejorar el proceso legislativo. Frente a las recomendaciones de la Public Choice – prioridad al mercado y máxima abstinencia del legislador – cabe otro punto de partida diferente como es el de considerar el proceso legislativo como un proceso de toma de decisiones públicas, susceptible por tanto de ser sometida y analizada con los instrumentos de la ciencia política, del análisis de las políticas públicas. Un punto de partida como el que se sugiere permite reflexionar sobre cuestiones particularmente relevantes para el proceso legislativo como la mejor forma de mejorar el procedimiento de toma de decisión, o sobre cómo utilizar el lenguaje legislativo de modo que las normas sean algo más claras; cómo articular la conexión entre legislador y aplicador del derecho; cuál debiera ser la mejor estructura de una norma; cómo garantizar la implementación de las leyes..., en suma, permitiría ocuparse de todo lo que el menosprecia el análisis económico aplicado al derecho. En suma, lo que se precisa es de una teoría que no se obsesione exclusivamente con estudiar los motivos porque sino que se preocupe mucho más con los motivos para los que se pone en funcionamiento el proceso legislativo. Y todo ello con la vista puesta tanto en lograr una mejor explicación del proceso como en su perfeccionamiento.” (pp. 73-74).

²⁴⁷ **Cuadernos de Derecho Público**, n. 3, 1998, pp. 61-94.

como já assinalado por ocasião do artigo *De la jurisprudencia a la legislación*²⁴⁸, é exatamente esse o tema legislativo que merece aperfeiçoamento.

Para fins didáticos, com o objetivo de situar melhor as reflexões de Zapatero, pode-se utilizar a divisão bem explicada por Ripollés das fases pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa, notadamente nas diversas etapas do momento pré-legislativo. Nesse contexto, o foco de suas preocupações de Zapatero vai justamente para os momentos finais da etapa pré-legislativa, a atuação da burocracia governamental – as tarefas levadas a cabo na Espanha por órgãos como a *Comisión de Secretarios de Estado*, de *Subsecretarios* ou o *Consejo de Ministros* –, sobretudo quando esta se encarrega do desenho normativo (da política pública), no exercício da iniciativa legislativa. Trata-se do cenário já conhecido de predominância do Poder Executivo nos assuntos legislativos.

Ao fixar essas bases, Zapatero, então, se concentra na própria decisão legislativa, a que atribui especial importância e cujo contexto respectivo (infraestrutura administrativa e pessoal, especialmente), é uma das principais expressões determinantes, como se verá adiante.

Na vertente de diversas referências anglo-americanas sobre o tema, propõe uma série de tarefas que devem ser levadas a cabo de forma prévia à redação do texto da proposta legislativa, resultando de grande importância nesse momento a participação dos especialistas e imersões empíricas. Em primeiro lugar, trata-se de definir o problema que deve ser solucionado, no momento adequado e especificando suas causas. Na sequência, devem ser identificados os objetivos, as consequências perseguidas na sociedade. Na continuação, buscam-se as possíveis soluções para o problema diagnosticado, em um primeiro momento, e, finalmente, uma avaliação das soluções para escolher a mais convincente, atendendo a diversos critérios. Com isso, fica claro que o seu projeto vai além de um mero *legal drafting*.

Zapatero cuida de explicar o tipo de teoria da legislação que pretende (no capítulo 3 – *El diseño de las leyes*). Para isso, toma Gouvin²⁴⁹, Hogwood e Gunn²⁵⁰ e Twining e Miers²⁵¹ e outros, para sustentar a perspectiva de que o fracasso do direito como mecanismo de solução de problemas se origina ordinariamente muito antes do início da redação da norma: produz-se quando não se determina com precisão qual é o problema que se pretende exatamente resolver. A definição do problema, então, é o conjunto de processos mediante os quais um problema, uma vez reconhecido como tal e incluído na agenda pública, é percebido pelas

²⁴⁸ *Doxa*. n. 15-16, 1994, pp. 769-789.

²⁴⁹ Refere-se à obra *Truth in savings and the failure of legislative methodology* (University of Cincinnati Law Review, v. 62, 1994, pp. 1281-1376).

²⁵⁰ Refere-se à obra *Policy analysis for the real world* (Oxford: Oxford University Press, 1984).

²⁵¹ Refere-se à obra *How to do things with rules*, hoje na quinta edição (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

diferentes partes; é posteriormente explorado, articulado e, se possível, quantificado; em alguns casos, ainda são definidas suas prováveis causas, componentes e consequências. Esse é um ponto também importante para o autor, que produz reflexões brilhantes sobre a questão.

Em sua opinião, a própria definição dos termos de um problema é, em política, um jogo de poder no qual não se busca unicamente um conhecimento desinteressado da realidade – como poderia acontecer na comunidade científica –, mas sim que se trata de alcançar um conhecimento rumo à ação, à tomada de decisões que afetam os indivíduos e a sociedade. Afirma peremptoriamente: a definição de um problema em política, se não está dirigida à ação, é pura retórica²⁵². Pela mesma razão, não existe uma definição objetiva e acabada, a definição é um processo sem fim. Exemplifica com problemas como o terrorismo, o desemprego, a política de imigração, crise energética, etc., os quais estão continuamente sendo redefinidos em nossas sociedades (e também a forma como são definidos), pois constantemente entram na cena pública novos atores com suas próprias perspectivas. E essa dinâmica vai gerando novas relações de poder, novas necessidades sociais e sucessivas definições “autorizadas”. Como exemplo desse tipo de mudança, cita o debate em torno da energia nuclear: estigmatizada por um tempo depois dos acidentes de Chernovil, depois retomaram-se as discussões acerca de sua sustentabilidade.

Reputando que a definição do problema deve ser da forma mais cuidadosa possível, recomenda as seguintes precauções²⁵³: 1) é conveniente que a definição do problema seja feita ou tenha a participação de especialistas e técnicos que aportem seus conhecimentos, devendo a definição conter os seguintes elementos: o elemento de denúncia (enunciação polêmica do problema), o elemento programático (o que fazer) e um elemento instrumental (os meios); 2) deve-se buscar a oportunidade, o momento ideal para definir determinado problema: quando o tema já caiu na opinião pública, o responsável público deve apresentar soluções concretas imediatamente e a urgência impede um exame sereno do problema; 3) a definição do problema passa por encontrar sua estrutura causal: sem a determinação dessas causas, a promulgação de uma norma não será diferente de “disparar na escuridão”, nas palavras de autor. E, de acordo com sua reflexão, quando um determinado problema entra na agenda e comove a opinião pública, existe o risco de que tal problema se simplifique e as decisões sejam igualmente simplistas.

Nesse ponto, Zapatero alerta para três tipos de riscos latentes nessa operação (de definição do problema). O primeiro deles é a tendência de eludir as responsabilidades ou

²⁵² **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 86.

²⁵³ Idem, *ibidem*, pp. 89 e ss.

justificar a decisão de não intervir, situando as causas dos problemas fora do alcance do responsável político, com o objetivo de afirmar que carece de habilitação ou competência a respeito²⁵⁴. Observa que uma grande parte do debate político é tomada por essa tentativa e somente se volta a livrar-se do problema. O segundo risco é a confusão das causas com as condições (circunstâncias ocasionais, não determinantes) ou crença de que em todos os casos a intervenção normativa pode corrigir o problema, quando, na verdade, existem questões que estão além das possibilidades humanas, como as condições físicas, naturais, etc. Já o terceiro risco é o que chama de “monocausismo”, pois a “simplificação da realidade” conduzirá a uma legislação ineficaz (que não alcança os objetivos que pretende). Como exemplos, cita os problemas como acidentes de trânsito, acidentes de trabalho e desemprego, que costumam se dar por diversas razões.

Para fazer frente a essas questões e diminuir o subjetivismo que costuma impregnar toda definição de um problema, Zapatero sugere a criação de agências de avaliação das políticas públicas que trabalhem em apoio aos governos e aos Parlamentos. Imagina essa estrutura organizada de uma maneira tal que quem avalie não decida, e que quem decida tenha que contar com a colaboração dos especialistas²⁵⁵.

Definido o problema, o passo subsequente é identificar os objetivos que se pretendem com a elaboração da norma. Sem isso, na visão de Zapatero, nem o redator poderá dar a forma adequada à norma, nem o gestor poderá implementá-la, nem o intérprete poderá aplicá-la, nem será factível determinar *a posteriori* seu grau de eficácia e efetividade. Além disso, sem tais objetivos, os debates parlamentares se perderiam em tecnicismos e não entrariam a fundo no problema que se quer resolver.

Essa tarefa também tem suas armadilhas, sobretudo pela ambiguidade do termo “objetivos”, ora usado com o significado de “interesses” (“motivos porque”), ora como “razões” que fundamentam uma decisão política, quando na verdade a expressão “objetivos das normas” deve ser tomada como o conjunto de consequências que se querem provocar no entorno social, o estado de coisas que se quer alcançar com a aprovação da norma (os “motivos para”)²⁵⁶.

A identificação dos objetivos, afirma categoricamente o autor, deve ser levada a sério nos sistemas democráticos que buscam a eficácia e a eficiência das políticas públicas e a

²⁵⁴ Nas suas palavras: “*Sólo la mirada atenta de un pueblo adulto, el debate político abierto y la transparencia del mismo pueden dificultar la tendencia del poder a escudarse en el fatalismo o la impotencia para justificar la inacción.*” (Idem, *ibidem*, p. 91).

²⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 93.

²⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 95.

responsabilidade dos gestores públicos. A importância é tanto para os redatores, quanto para os parlamentares e igualmente para os cidadãos, que têm o direito de conhecer aonde querem chegar seus representantes e de poder julgar a eficácia e a efetividade das suas decisões.

Nesse sentido, ilustra que devem ser respondidas as seguintes perguntas: onde estamos e aonde queremos chegar, o que impede de chegar, o que é preciso fazer para alcançar o objetivo, quais outras coisas devem ser feitas para o êxito da operação, como coordenar os múltiplos objetivos, o que seria considerado um êxito, como poderíamos quantificá-lo, de que condições depende o bom resultado e, finalmente, o que deveria ser feito em caso de fracasso²⁵⁷. Acredita Zapatero que, se o redator das normas tivesse informações desse gênero, a qualidade das leis melhoraria sensivelmente.

Acrescenta, ainda, comentários sobre quem e como devem ser fixados os objetivos, defendendo mais uma vez uma maior participação dos especialistas no processo legislativo. Embora na prática os objetivos sejam estabelecidos mediante um diálogo entre políticos e técnicos, sem possibilidade de determinar *a priori* o peso de cada um, Zapatero se alinha à experiência do *Office Parliamentary Council* britânico, no qual as instruções políticas são previamente ditadas pelo Gabinete.

Definidos os objetivos, o passo seguinte é a catalogação das diversas opções, dos distintos caminhos para alcançar tal(is) objetivo(s), evitando-se o fatalismo da “única opção”. Nesse ponto, pontua a importância de o redator buscar em fontes como a história e o direito comparado, isso porque os problemas se repetem e já foram tentadas diferentes soluções.

Na sequência, é preciso avaliar as opções e optar por uma delas. Os critérios para a avaliação são vários e cada critério conduz a uma opção diferente. Passa, então a discorrer sobre um dos critérios mais criticados, a eficiência, apontando suas vantagens e limitações, conforme os trabalhos de economistas e gestores dos Estados Unidos. Sua conclusão é a de que as análises de custo-benefício não são um critério moral (que orienta a respeito do objetivo que se deve querer alcançar), mas sim um procedimento de decisão (que mostra o caminho para alcançar o objetivo)²⁵⁸. Em outras palavras, arremata que a eficiência é um critério relevante, mas não decisivo, pois há situações em que os resultados das avaliações de custo-benefício devem ser deixados de lado, como, por exemplo, em prol da maximização do bem-estar, a atenção aos menos favorecidos ou o respeito a certos direitos.

Zapatero reconhece, entretanto, que esse roteiro proposto – definição do problema, análise de suas causas, investigação sobre suas possíveis soluções, avaliação das opções, para

²⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 97.

²⁵⁸ Idem, *ibidem*, pp. 111-112.

então escolher a melhor – não é o que costuma acontecer na prática. Os parlamentares não têm nem os conhecimentos, nem o tempo necessário para proceder a uma análise sossegada como essa. Além disso, recorda, a legítima confrontação política torna difícil a separação dos fatos e valores, sem o que é difícil definir e avaliar corretamente as distintas soluções. Para o autor, são essas as circunstâncias que historicamente fizeram com que a teoria da legislação se encontrasse reduzida ao, como diziam os ilustrados, “grito que a razão dirige ao Trono”²⁵⁹. Daí a importância de que as propostas em questão sejam veiculadas a partir da organização do processo de produção das normas que permitisse a aplicação dessa metodologia.

Na maioria das vezes, crítica, o debate já começa com um texto articulado, com parcos antecedentes e em geral sem análise de opções ou de custo-benefício (quando existentes, costumam ser redigidas *a posteriori* da decisão já tomada). Dessa forma, na sua opinião, o debate parlamentar se perde em tecnicismos e ninharias, sem que os parlamentares consigam compreender, salvo raras ocasiões, em que consiste a lei exatamente e o que se está decidindo.

É diante desse cenário que Zapatero faz uma afirmação bastante impactante:

O Parlamento pode piorar tecnicamente um bom projeto; mas dificilmente pode melhorar um mau. Daí que, se se quer melhorar a qualidade das leis, o maior esforço deve se concentrar na redação dos projetos antes de sua remissão às Câmaras; e inclusive antes de começar sua redação legal. É aqui onde tem plena aplicação a metodologia sugerida.²⁶⁰

A frase tem apenas a aparência de criticar os trabalhos dentro do Poder Legislativo. Na verdade, a ideia deve ser compreendida tanto à luz da preocupação do autor com a melhora da organização e os métodos da decisão legislativa, quanto a partir de sua experiência prática na burocracia espanhola. Na qualidade de *Secretario de Estado para las Relaciones con las Cortes y la Coordinación Legislativa* (entre 1982 e 1983) e, depois, no então existente cargo de *Ministro de Relaciones con las Cortes Generales* (entre 1986 e 1993), Zapatero tinha por atribuição preparar, desenvolver e acompanhar a agenda legislativa do governo. E essa é a razão de seus estudos e sua curiosidade teórica ter se concentrado nesse momento, seu móvel era melhorar as práticas ao seu alcance. Assim, não se pode depreender nessa opção qualquer juízo de valor negativo ou cético para com as possibilidades de aperfeiçoamento dos trabalhos dentro do próprio Poder Legislativo. Inclusive, o próprio

²⁵⁹ Idem, ibidem, p. 113.

²⁶⁰ No original: “*El Parlamento puede empeorar técnicamente un buen proyecto; pero dificilmente puede mejorar uno malo. De ahí que, si se quiere mejorar la calidad de nuestras leyes, el mayor esfuerzo se debe concentrar en la redacción de los proyectos antes de su remisión a las Cámaras; e incluso antes de comenzar su redacción legal. Es aquí donde tiene plena aplicación la metodología sugerida.*” (Idem, ibidem, p. 114).

autor está de acordo com a interpretação aqui dada de que a sua é uma “teoria da legislação a partir do Poder Executivo”²⁶¹.

Para assegurar que as leis passem pela análise proposta, Zapatero sugere, então, na linha de Gouvin²⁶², a criação de uma Oficina de Políticas Legislativas no âmbito governamental, sem prejuízo de organismos semelhantes também serem criados dentro dos Parlamentos²⁶³. Lembra que, obviamente, a última palavra deve ser do Poder Legislativo, mas a melhoria na organização e nos métodos torna mais factível que a decisão seja fruto da razão informada pela experiência.

Na sequência (capítulo 4 – *La política normativa*), o autor mergulha no momento da decisão legislativa. Em um aprofundamento a partir da abordagem anglo-americana sobre o tema, Zapatero critica determinadas concepções sobre a legislação – notadamente o teste da necessidade (ou *test of public interest*), introduzido por Margaret Thatcher para decidir a intervenção normativa no Reino Unido, de forma análoga à Lista Azul alemã, embora com menos perguntas que esta última, limitando-se a saber: o que aconteceria se não fosse tomada nenhuma medida, quais riscos ocorreriam e qual seria a respectiva importância²⁶⁴ –, associando-as a uma concepção do papel do Estado e a uma ideologia política que tratava de justificar o *laissez-faire* no século XXI.

Em contraposição, propõe que a resposta ao teste da necessidade da legislação seja procurada nos fins que o quadro institucional, especialmente a Constituição, atribui aos poderes públicos. Por isso, a resposta não necessariamente consistiria em responder o que aconteceria se não fosse tomada nenhuma medida, mas sim se há obrigação em tomá-la. E a resposta deve ser buscada pelo desenhador das políticas públicas nos valores, nos princípios e

²⁶¹ Na conversa ocorrida no dia 10 de janeiro de 2017, expressamente perguntado sobre se estaria de acordo com essa etiqueta, Zapatero respondeu que sim e que essa escolha decorreu da circunstância de que suas atividades profissionais envolviam esse aspecto da legislação. Dessa maneira, o capítulo sobre a teoria da legislação dentro do Parlamento não foi desenvolvida por essa simples contingência, por simplesmente não ter sido este seu interesse. Não houve, portanto, alguma razão metodológica ou científica que tenha sido apontada para essa delimitação de seu trabalho.

²⁶² Refere-se aos artigos *Truth in Savings and the Failure of Legislative Methodology* (University of Cincinnati Law Review, v. 62, 1994, pp. 1281-1376) e *A Square Peg In A Vicious Circle: Stephen Breyer's Optimistic Prescription For e Regulatory Mess* (Harvard Journal on Legislation, v. 32, 1995, pp. 473-492).

²⁶³ Na Espanha, a *Agencia de Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de los Servicios* foi criada pelo *Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre*.

²⁶⁴ A ideia era recomendar aos funcionários da Administração britânica que pensassem duas vezes antes de operar uma intervenção legislativa, porque a intervenção legislativa poderia não melhorar as coisas; porque a situação poderia resolver-se por si só; ou porque talvez o problema tenha sido mal-interpretado e a sociedade possa resolver a situação sem a necessidade de mudar as normas, etc. (**El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 119).

nas missões que a Constituição impõe aos poderes públicos. Para Zapatero, dificilmente a resposta será não fazer nada²⁶⁵.

O autor, então, faz incursões no pensamento da Escola de Chicago, que coloca o mercado como ponto de referência para a política normativa, levando esta última para uma mínima intervenção, com a fé de que a eficiência será alcançada pelos outros meios de constrição do comportamento dos cidadãos: as normas sociais, os preços e a natureza (ou mundo em que se desenvolve). Após longas páginas, conclui que a eficiência não pode ser um fim, mas somente um meio para alcançar outros valores da sociedade.

Nesse sentido, para o autor, a política normativa implicaria precisar os fins perseguidos, os recursos de que se dispõe e as ferramentas a utilizar.

Com base em Daintith²⁶⁶, elenca os seguintes instrumentos de regulação econômica: regulação unilateral, política fiscal, restrições negociadas (controle de atividade através de acordos contratuais), eliminação ou flexibilização de regulações, eliminação ou flexibilização da política fiscal, benefícios públicos (subsídios e outras ajudas financeiras, provisão de serviços públicos e outras formas de ajuda em espécie), gestão do setor público e, finalmente, informação. Discorre sobre cada um desses instrumentos, concebidos como “as porcas e parafusos da caixa de ferramentas” legislativo-regulatórias à disposição da política normativa.

Passa, então, a formular uma dimensão normativa para otimizar a utilização desses instrumentos, a partir de Hood²⁶⁷. A estruturação desses pilares da correta política normativa é definitivamente uma das mais importantes contribuições de *El arte de legislar*. A premissa básica aqui é a de que a regulação não depende necessariamente de alterações legislativas, é dizer, existem outros instrumentos regulatórios. A partir disso, o autor propõe o roteiro da decisão sobre a intervenção estatal.

Em primeiro lugar, a boa política normativa deve selecionar o instrumento ou combinação de instrumentos a serem utilizados, após o exame dos meios alternativos mais importantes. Para Zapatero, esse levantamento do leque de possíveis soluções regulatórias à disposição do responsável político é requisito de racionalidade da decisão legislativa²⁶⁸.

Em segundo lugar, é preciso ter em conta que, quanto mais amplo seja a lista de instrumentos, maior será a capacidade e eficácia dos responsáveis públicos.

²⁶⁵ Idem, ibidem, p. 133.

²⁶⁶ Refere-se ao artigo *Legal measures and their analysis* (In: BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher (Eds.). **A reader on regulation**. Oxford: Oxford Readings in Social-Legal Studies, 1998, pp. 349-372).

²⁶⁷ Refere-se à obra *The Tools of Government (Public Policy and Politics)* (Londres: Palgrave Macmillan, 1983).

²⁶⁸ **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 141.

Em terceiro lugar, deve-se ajustar o máximo possível o instrumento que se usa com a função que se persegue. De acordo com Zapatero, embora não existam instrumentos *ad hoc* que sirvam efetivamente em todas as situações, os governos precisam entender as circunstâncias e critérios que propiciam o recurso a cada um dos instrumentos de intervenção.

Em quarto lugar, os efeitos desejados têm que ser alcançados com o mínimo gasto possível dos recursos de que dispõem os poderes públicos.

Em quinto lugar, deve-se dar preferência aos instrumentos que resultem menos coativos. Citando García de Enterría²⁶⁹, considera indiscutível que, em caso de dúvida a respeito da técnica de intervenção concretamente utilizável, haverá de optar-se pela que suponha a menor restrição da liberdade. Propugna, assim, o princípio *in dubio pro libertate*: a liberdade é a regra, a limitação, a exceção.

Por fim, Zapatero propõe um meio termo entre a auto-regulação e a técnica sancionadora: é preciso que os regulados tenham clara consciência de que, se falham os instrumentos mais brandos, existe disposição de subir na pirâmide reguladora²⁷⁰ e utilizar os instrumentos de intervenção mais duros (a “*política del palo y la zanahoria*”²⁷¹).

Zapatero segue seu percurso (capítulo 5 – *Un Derecho blando*) retomando a ideia do direito como instrumento de direção social – pois está carregado de finalidades econômicas e sociais que vão além da primeira função do Estado de mera regulação formal e geral de relações sociais – e logo emenda na discussão sobre os fenômenos da “privatização da normatização”²⁷², da autorregulação²⁷³, da auto-regulação forçada²⁷⁴, da regulação indireta,²⁷⁵ que já haviam sido introduzidos em *Teoría de la legislación*²⁷⁶ e em *Producción de normas*²⁷⁷.

²⁶⁹ *Curso de Derecho Administrativo* (vol. II. Madrid: Civitas, 1991, p. 116)

²⁷⁰ A pirâmide reguladora refere-se aos instrumentos de que o poder público dispõe para condicionar o comportamento dos cidadãos. Zapatero aqui tem em mente a seguinte pirâmide (da base para o topo): autorregulação, autorregulação reforçada, regulação com sanções discricionárias, regulação com sanções obrigatórias (não discricionárias).

²⁷¹ A expressão equivalente à lógica da cenoura e do porrete, pouco conhecida em português, alude à imagem de um burro que puxa uma carroça com dois estímulos: o pau (porrete), para castigá-lo e fazê-lo andar; e a cenoura, que é amarrada e pendurada à sua frente, para incentivá-lo e fazê-lo não desanimar. Assim, o asno seguiria sempre em busca da cenoura, e por consequência andando e tracionando a carga, mesmo sem saber que jamais poderá alcançá-la. Um primeiro sentido da expressão denota uma certa carga pejorativa, associado à descrição de políticas que extraem o máximo dos cidadãos, oferecendo em troca uma promessa de recompensa e uma ameaça de censura. O uso dado por Zapatero, no entanto, parece adotar um significado um pouco diferente, simplesmente fazendo menção à estratégia de premiar a conduta correta e castigar a contrária. O pau e a cenoura aqui são apenas a metáfora do castigo e da recompensa, que seriam os principais elementos capazes de modificar a conduta humana. Na língua inglesa, a expressão é bastante usada (*carrot and stick*).

²⁷² *Idem*, *ibidem*, p. 152.

²⁷³ *Idem*, *ibidem*, p. 159.

²⁷⁴ *Idem*, *ibidem*, p. 165.

²⁷⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 173.

²⁷⁶ *Teoría de la legislación*. Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996, pp. 101 e ss.

Em todos esses momentos, faz-se bastante presente o tom de crítica do autor para com essas alternativas em direção ao que ele chama de *soft law* ou direito de baixa intensidade.

Na sua opinião, o recurso a esses expedientes, especialmente a autorregulação, é uma forma de avançar no projeto de um Estado mínimo. Com isso, o autor deixa entrever um pouco o pano de fundo ideológico de sua teoria da legislação. Esse ponto é importante e será retomado no final desta seção, quando da análise mais geral sobre o pensamento do autor.

Um capítulo especial de *El arte de legislar* é o dedicado aos numerosos mecanismos de direção social (capítulo 6 – *El arte de regular*). De menor a maior, são enumerados os seguintes: 1) a informação e a persuasão; 2) a regulação mediante incentivos (subvenções, impostos, etc.); 3) a regulação mediante diretrizes; 4) as normas que obrigam a informar; 5) as normas de objetivos, de resultados e de especificação; e 6) as autorizações e licenças. Zapatero analisa cada um desses instrumentos, com exemplos de aplicação e cuidando de apresentar suas vantagens e desvantagens conforme as peculiaridades, insistindo que o importante é saber combiná-los.

No capítulo 7 – *Modelos de redacción*, Zapatero compara os sistemas de iniciativa da redação normativa: o modelo governamental (na variedade anglo-saxã e na variedade continental, na linha já estudada quanto à centralização da redação normativa) e o que chama modelo presidencial – no qual a redação dos projetos de lei não ocorre no âmbito do governo, mas sim das próprias câmaras legislativas –, para referir-se especialmente ao modelo dos Estados Unidos. Radicalmente diferente tanto do sistema concentrado britânico, quanto do sistema desconcentrado europeu, em Washington, as propostas legislativas são redigidas pelos *Offices of the Legislative Counsel of the House and Senate*, ao passo que as propostas de regulamentação são elaboradas por agências descentralizadas supervisionadas pelo *Office of Information and Regulatory Affaire – OIRA*, como já comentado.

Na sequência, o autor analisa o modelo de redação na Espanha, tecendo as seguintes críticas: 1) não se diferencia entre uma fase de planejamento e uma fase de redação; 2) não há um sistema centralizado de redação dos projetos de lei; e 3) são escassos os mecanismos de revisão centralizada dos projetos. Esse é um tema que será retomado em capítulo mais adiante nesta tese, mas é importante registrar que, na comparação entre os diversos sistemas, Zapatero reflete sobre as vantagens e inconvenientes de cada um dos sistemas, esmiuçando a bibliografia já produzida sobre o tema.

²⁷⁷ In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz (Eds). **Filosofía política II. Teoría del Estado**. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 10. Madrid: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996, pp. 161-186.

A figura do redator e o tema da redação normativa recebem um lugar destacado em *El arte de legislar* (capítulo 8 – *Los trabajos del redactor*). Na linha de Bennion²⁷⁸, Zapatero explicita que ao redator são dirigidas demandas muito diferentes: efetividade, legitimidade procedimental, oportunidade, certeza, compreensibilidade, aceitabilidade, brevidade, “debatibilidade” e compatibilidade legal, demandas que às vezes podem ser contraditórias e não são fáceis de atender. Registra que, enquanto os juízes e magistrados privilegiam nos textos legais as virtudes da clareza e a perfeição técnica, os governos dão maior valor e importância à capacidade de um texto ser aprovado pelas câmaras legislativas²⁷⁹. E somente se o redator de normas é consciente do lugar que ocupa no processo normativo poderá buscar o equilíbrio entre demandas tão diferentes e em ocasiões opostas. Com isso reclama a institucionalização da figura do redator e, na sequência, dedica-se à explanação de cada uma das fases do trabalho de redação do texto, a partir da clássica divisão proposta por Thornton²⁸⁰: 1) determinação dos objetivos; 2) análise; 3) planejamento do texto; 4) redação; e 5) revisão do rascunho²⁸¹.

De modo bastante inovador, pela primeira vez na literatura espanhola, Zapatero propõe diretrizes deontológicas voltadas justamente para esse técnico encarregado da redação das normas (capítulo 9 – *Deontología del redactor*), tendo em mente a fase governamental da redação de normas. De fato, a redação de textos legais é uma tarefa com evidentes e fortes componentes políticos, devendo-se garantir ao mesmo tempo as condições para que o técnico exerça seu trabalho, e um mínimo de responsabilidade de contrapartida. Além disso, dado o tamanho do impacto que a atividade tem na cidadania, faz todo sentido propor um código de ética profissional dessa natureza.

Tomando como parâmetro o trabalho de Purdy²⁸², Zapatero sugere os seguintes deveres: 1) competência profissional (um redator deve proporcionar ao legislador um competente assessoramento e uma técnica de redação, bem como possuir adequado conhecimento do ramo do direito com que trabalha, incluindo a jurisprudência respectiva); 2)

²⁷⁸ Refere-se ao artigo *Statute Law Obscurity and the Drafting Parameters* (**British Journal of Law and Society**, v. 5, n. 2, 1978, pp. 235-245) e ao livro *Statute Law* (Londres: Oyez Publishing, 1980).

²⁷⁹ A propósito, Zapatero cita a frase atribuída ao *First Parliamentary Counsel Lord Thring* no sentido de que, assim como as lâminas estão feitas para barbear, os projetos de normas se redigem para serem aprovados. (**El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 242).

²⁸⁰ Refere-se à obra *Legislative drafting* (Londres: Butterworths, 1987).

²⁸¹ A lista de recomendações, se bem analisada, remete mais um vez ao momento prévio da decisão: fixação inicial dos objetivos, eleição da ferramenta normativa adequada, análise do entorno normativo no qual se vai inserir a futura norma, o esboço inicial e a estrutura do texto, sua redação e os problemas que carrega, as delegações e a revisão crítica.

²⁸² Refere-se à obra *Professional Responsibility for Legislative Drafters: Suggested Guidelines and Discussion of Ethics and Role Problems* (11 Seton Hall Legislative Journal, n. 11, 1987-1988, pp. 67-98.).

prestação da melhor assistência e conselho (a função do redator é cooperar lealmente com seus superiores, não impulsionar nem determinar a política legislativa; o redator não é, e nem pode ser, um “legislador às sombras”; daí por que não pode manipular nem substituir a responsabilidade política da decisão); 3) lealdade com o sistema constitucional (esse é o primeiro e principal dever de todo redator, especialmente nas situações em que recebe instruções claramente inconstitucionais, ilegais, lesivas ao interesse público ou injustamente prejudiciais para determinados interesses coletivos); 4) dever de confidencialidade (pressupondo em boa parte uma relação de confiança recíproca entre o responsável político e o redator); e 5) a disciplina quanto às incompatibilidades, conflitos de interesses e sobretudo as conversas e negociações com terceiros ou grupos que tenham interesse especial no desenvolvimento da norma (entre as diretrizes estaria a determinação de conhecimento prévio e autorização do superior para qualquer contato do redator com terceiros, firme na ideia de eliminar as chamadas “portas giratórias”²⁸³)²⁸⁴.

Ainda estreitamente conectado ao planejamento normativo, o autor tece considerações relativas à implementação da norma (capítulo 10 – *La implementación*), cuja análise se centra em quais fatores contribuem para o êxito de uma decisão política, mais precisamente nas medidas necessárias para que as leis alcancem seus objetivos. Na linha de Bardach²⁸⁵, Zapatero afirma que a implementação é a continuação da política por outros meios: interesses silenciosos na fase de elaboração e aprovação da norma podem estar esperando a vez para ganhar na implementação o que perderam na fase do desenho. Daí surgem os seguintes requisitos:

1) O estabelecimento claro dos objetivos que se propõe alcançar (por vezes as normas trazem vários objetivos, os quais podem ser ambíguos ou incompatíveis entre si, como produto do consenso para a aprovação da norma);

²⁸³ A prática (também conhecida como *revolving door*) diz respeito especialmente às incorporações de técnicos que pertenciam à Administração pública e resolvem seguir com suas carreiras profissionais no setor privado. Na Espanha, exige-se dos membros do governo e altos cargos da Administração (secretários de Estado, diretores gerais e alguns outros postos) o respeito a uma “quarentena” de dois anos, após os quais terão permissão para atuar em atividades mercantis relacionadas diretamente às competências do cargo desempenhado. A denominação “porta giratória” também se refere ao caminho inverso, do mercado para a Administração pública, embora menos frequente e sem observância da quarentena.

²⁸⁴ Registre-se que as preocupações de Zapatero se dirigem apenas para o redator, não para o assessor que trabalha já dentro do Poder Legislativo, o qual apresenta circunstâncias e contingências bastante diferentes. Oportunamente, esse ponto será abordado.

²⁸⁵ Refere-se à obra *Implementation game: what happens after a bill becomes a law* (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1977).

2) A disposição de recursos materiais e pessoais necessários à implementação (aqui, apoiando-se em Sabatier e Mazmanian²⁸⁶, destaca ainda as seguintes providências: a) atribuir o desenvolvimento e execução da norma aos departamentos cuja orientação política seja consistente com os objetivos que se perseguem e que darão ao programa a prioridade requerida; b) encarregar a implementação prática da norma a um departamento com poder e prestígio; c) selecionar na medida do possível os funcionários comprometidos com tal programa; e d) traçar as estratégias precisas de incentivos, positivos e negativos, para fazer frente à eventual resistência ou desinteresse da burocracia);

3) Os procedimentos a seguir na implementação (especialmente quando envolva competência comuns com outras esferas do Estado);

4) A coordenação dos atores que participarão da execução; e

5) O envolvimento dos cidadãos destinatários da norma cuja conduta é disciplinada (forte na ideia de que o respeito à lei requer confiança em seu valor e adesão dos cidadãos, citando os critérios propostos por Evan²⁸⁷).

Zapatero também dá importância ao que chama “memória da norma”: o documento redigido após o texto legislativo já ter sido fechado, com a justificação *a posteriori* do trabalho realizado, onde devem aparecer os pressupostos considerados a propósito da tomada de decisão normativa, trata-se do registro desses fundamentos²⁸⁸. O ideal ilustrado das leis como produto da vontade iluminada pela razão exige que o exercício do poder motive suas decisões, o que, para o autor, apoiando-se em Seidman²⁸⁹, implica levar a sério as “memórias”, pois uma ação ou decisão se converte em racional se pode ser explicada e defendida com argumentos aceitáveis ante uma audiência pública²⁹⁰.

A partir daí, Zapatero passa a discorrer sobre um ponto extremamente importante: quais são os argumentos aceitáveis em um debate público (legislativo). Sem demora, responde categoricamente: os únicos argumentos aceitáveis no debate público são os que se referem ao interesse público. Mesmo quando se trate de decisões políticas sob a pressão de determinados

²⁸⁶ Refere-se ao artigo *The implementation of public policy: a framework of analysis* (Policy Studies Journal, v. 8, n. 4, jan. 1980, pp. 538–560).

²⁸⁷ Refere-se ao artigo *Law as an instrument of social change* (In: EVAN, William (Ed.). **The Sociology of Law**. New York: Free Press, 1980, pp. 554-562). De acordo com Evan, as condições de que depende o cumprimento da norma são as seguintes: a) a autoridade e o prestígio de quem dita a norma; b) a clareza da norma e juridicidade; c) o estabelecimento de um regime transitório e de adequação à nova norma; d) o grau de compromisso dos agentes encarregados de fazê-la cumprir; e) o estabelecimento de um regime de incentivos positivos ou negativos; e f) o apoio e proteção daqueles indivíduos cujos interesses resultem prejudicados por quem viole a norma.

²⁸⁸ **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 311.

²⁸⁹ Refere-se ao artigo *Justifying legislation: a pragmatic, institutionalist approach to the memorandum of law, legislative theory and practical reason* (Harvard Journal of Legislation, v. 29, n. 1, jan. 1992, pp. 1-77).

²⁹⁰ **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 313.

grupos que perseguem seus próprios interesses, essas devem ser “vestidas” ou “adornadas” com considerações de exclusivo interesse geral²⁹¹. Se bem analisada, a passagem fornece uma ambiguidade, senão veja-se.

Por um lado – e embora Zapatero não a mencione, vê-se aqui uma conexão pertinente com a teoria da argumentação legislativa de Atienza²⁹² –, o autor fornece um claro critério de correção (o interesse público) que permite distinguir entre os argumentos bons e os maus em uma justificação legislativa. Por outro lado, ao estabelecer uma espécie de “obrigação” do redator em justificar a legislação do ponto de vista do interesse público em quaisquer casos (mesmo quando eventualmente ausente), o autor poderia parecer sugerir um uso meramente retórico, falacioso ou esvaziado do argumento interesse público.

Acredita-se, no entanto, que a dubiedade não passa de um deslize linguístico – e talvez sequer o próprio autor tenha se dado conta de que ingressava em um dos temas mais ambiciosos da teoria da legislação, à luz do enfoque legislativo e argumentativo –, de modo que o seu conselho poderia ser mais no sentido de que o redator – na qualidade de agente sumamente importante no projeto de conferir racionalidade às decisões normativas, e no estrito cumprimento de seus deveres deontológicos – aprenda a detectar a presença do interesse público nas diversas situações, sabendo discernir nas formas de proceder em cada caso.

Com efeito, para Zapatero, a “memória” deveria conter os seguintes elementos: 1) explicar em que consiste o problema que trata de resolver; 2) explicitar quais são os objetivos que se perseguem com a norma, de forma que, uma vez expostos, seja possível o debate sobre a congruência entre objetivos e soluções, bem como a avaliação *a posteriori* se foram alcançados, e em que medida, os objetivos buscados inicialmente; 3) analisar e avaliar todas as opções consideradas para alcançar tais objetivos; e 4) fundamentar por quê a opção que se apresenta é a melhor das consideradas. Com isso, as “memórias” cumpririam o duplo dever de explicar e fundamentar.

²⁹¹ No original: “(...) los redactores se conviertan en uno de los agentes importantes de cualquier proyecto que pretenda filtrar el máximo de racionalidad en las decisiones normativas puesto que tienen que explicar la propuesta y justificarla. Una acción o una decisión se convierte en racional si puede ser explicada y defendida con argumentos aceptables para una audiencia pública. Y los únicos argumentos aceptables en el debate público son los que se refieren al interés público. Incluso cuando se trata de decisiones políticas que se pueden explicar perfectamente por la presión de determinados grupos que persiguen su propio interés, éstos [los redactores] tienen que vestirla o adornarla con consideraciones exclusivamente de interés general. Pues bien, la posición peculiar del redactor en el proceso legislativo le fuerza a justificar la legislación que propone desde el punto de vista del interés público, utilizando por tanto las herramientas de los hechos, los datos y la razón. (...)” (Idem, *ibidem*, pp. 313-314).

²⁹² Argumentación y legislación. In: In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, p. 106.

No capítulo 11 – *Gobierno y Parlamento*, o autor incorpora parte das análises por feitas por ocasião do já comentado artigo *Producción de normas*²⁹³ sobre a fragmentação dos poderes do Estado e os modelos de regulação supra-estatais, descrevendo esses fenômenos, e acrescentando agora as respectivas vantagens e inconveniências, bem como explica as vertentes do *soft law*, as redes regulatórias internacionais.

Por fim, no capítulo 12 – *Legisladores y jueces*, Zapatero volta a dirigir críticas contundentes à postura doutrinária dos filósofos que apresentam uma imagem satanizada da atividade legislativa e veem a política como um terreno impuro, o qual não pode ser submetido a regras e à razão. Critica os rumos que tomaram os estudos sobre a atuação dos juízes e afirma que uma teoria da interpretação desvinculada de uma teoria da legislação carece de fundamento sólido e suas propostas correm o risco de navegar no mundo da arbitrariedade. Defende, ainda, que uma teoria da interpretação que se pretenda seriamente normativa também tem que se fundamentar em uma teoria da democracia, ancorada em uma concepção clara e assumida sobre as funções que competem aos legisladores e aos juízes²⁹⁴.

O próprio Zapatero não chegou a desenvolver este ponto de uma forma especialmente elaborada. Mas, como tem sido possível notar, sua a visão do direito como

²⁹³ In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz (Eds). **Filosofía política II. Teoría del Estado**. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 10. Madrid: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996, pp. 161-186.

²⁹⁴ O brilho de suas palavras justifica a transcrição literal: “*Resulta sorprendente la escasa atención que, hasta épocas relativamente recientes, ha prestado la doctrina a los problemas que encierra el proceso legislativo. Nuestro silencio al respecto contrasta flagrantemente con nuestra locuacidad filosófica en torno a la actividad judicial. Y las pocas veces que los filósofos se ocupan de la actividad legislativa suele ser para presentar una imagen satanizada de la misma como el ámbito de la ignorancia, de la lucha descarnada por el poder, de la incompetencia o de los tratos oscuros frente a la imagen idealizada de unos jueces que con su prudencia, búsqueda desinteresada de la justicia y preparación sólo pretenden encontrar – no crear – el derecho. Éstos sólo buscan el derecho; aquéllos reinan en el terreno impuro de la política, actividad que – se piensa – no puede ser sometida a reglas y a razón. Por ello, tenemos buenas y sólidas teorías de la argumentación; y carecemos de una teoría de la legislación: ocupada en averiguar qué es lo que hacen o deben hacer los jueces, la filosofía se ha desentendido de lo que deben hacer los legisladores. Es lógico que comiencen a escucharse ya algunas críticas en torno a este desinterés. Uno de los resultados de este desinterés ha sido, entre otros, la autonomía y desconocimiento respectivo de ese tipo de investigaciones. Pero, desvinculada la teoría de la interpretación de la teoría de la legislación, aquélla carece de fundamento sólido y sus propuestas corren el peligro de navegar en el mundo del arbitramento o de las más o menos felices ocurrencias. Porque toda teoría de la interpretación, si pretende ser seriamente normativa, se tiene que fundamentar explícitamente en una teoría de la democracia; tiene que estar firmemente anclada en una concepción clara y asumida de las funciones que competen a los legisladores y a los jueces; o lo que es lo mismo, de las relaciones entre el Parlamento y los Tribunales. Para la concepción clásica de la democracia el fundamento de ésta se halla en la idea de la supremacía del poder legislativo, definido como primer poder del Estado, cuyo origen a su vez se asienta en la soberanía nacional que se expresa periódicamente a través de elecciones libres. La regla de las mayorías (con los derechos reservados a las minorías, como siempre recuerda Elías Díaz) y la idea de la responsabilidad última de todos los poderes antes los ciudadanos son principios consustanciales de aquella concepción clásica. Una concepción de ese tipo sitúa los jueces y tribunales en una posición subordinada respecto de la ley: la función del juez (órgano no elegido y políticamente no responsable) se constreñe a aplicar con lealtad la voluntad del legislador (elegido y responsable) expresada en el texto normativo. (...)*” (**El arte de legislar**. Pamplona: Aranzandi, 2009, pp. 349-351).

processo normativo é abrangente e concebe uma estreita conexão entre a teoria da legislação e uma teoria da interpretação, a qual necessariamente deve reverenciar a supremacia do Parlamento. Embora em nenhum momento o autor o diga de forma tão clara, diversas passagens pinçadas de *El arte de legislar* denotam sua crença de que a teoria da legislação deve ir unida a uma teoria política e econômica, é dizer, uma determinada concepção sobre o papel do Estado, o que reflete na forma como se deve legislar²⁹⁵. Curiosamente, esse é um ponto extremamente importante – pode fornecer a chave para o preenchimento dos níveis de racionalidade propostos por Atienza, especialmente os valores que devem nortear a racionalidade ética – e será retomado mais adiante.

Retornando às propostas de Zapatero para uma teoria da interpretação, após percorrer diversas concepções que reputa inadequadas, o autor abraça o literalismo na linha defendida por Francisco Laporta²⁹⁶ (autor que será estudado no apartado seguinte). Trata-se de considerar o texto aprovado pelo Parlamento como o marco fundamental do processo interpretativo. Parafraseando Laporta, Zapatero defende que o literalismo é a âncora mais firme para fazer realidade o império da lei²⁹⁷. Zapatero, entretanto, vai além, reconhecendo que essa âncora interpretativa capital (as palavras do legislador) nem sempre oferecem com nitidez a resposta que busca o aplicador do direito. Isso porque nem mesmo o redator mais experiente pode controlar a vagueza e a ambiguidade da linguagem normativa (das leis). Para essas situações, em vez de acudir à intenção do legislador – que em sua opinião não existe mais que como metáfora da antropomorfização da união das vontades dos parlamentares –, seu conselho é investigar o problema que os representantes queriam resolver, em que consistia e quais foram os meios que articularam para tanto²⁹⁸.

Fincado na premissa de que toda norma surge para fazer frente a um problema que se quer resolver ou a um estado de coisas a que se quer chegar influenciando o comportamento dos cidadãos, Zapatero defende que, na insuficiência do literalismo, quando o texto apresentar

²⁹⁵ Por exemplo, afirma: “(...) *La desregulación no ha sido más que una re-regulación, en ocasiones encobridora de todo un programa político de limitación de la democracia, de desmantelamiento del Estado de Bienestar y de sustitución de la mano visible – y por tanto políticamente responsable – del gobierno por la mano invisible de las leyes del mercado. (...)*” (p. 12); “*Nuestras sociedades necesitan cada vez más gobierno y más parlamento*” (p. 44); “*La economía del Bienestar a partir de Pigou ha funcionado como una de las teorías del interés público con mayor predicamento y ha constituido el fundamento sólido de muchas de las intervenciones normativas del Estado Social, llamadas a corregir los famosos fallos del gobierno*” (p. 48); “*Si no se está dispuesto a abandonar precipitadamente – y sin otra alternativa clara – principios consustanciales con nuestro modelo de Estado de derecho, será precisa una teoría de la interpretación anclada en una teoría política compatible con nuestra democracia parlamentaria. Dicha tarea podría acometerse sacando el máximo provecho – a la vez que mejorándolo – del conocimiento y estudio del proceso normativo*” (pp. 359-360).

²⁹⁶ Refere-se à obra *Imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid: Trotta, 2007).

²⁹⁷ **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 363.

²⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 366.

alguma obscuridade, deve-se cuidar de responder à seguinte pergunta: qual problema o Parlamento tratou de resolver com essa norma? E, com isso, interpretar da forma que melhor resolva tal problema que deu origem à lei. Não se trata simplesmente de recorrer às razões subjacentes (chame-se a atenção para este ponto), mas conectar a norma à política pública por ela veiculada, de modo que a interpretação também exigiria o conhecimento do planejamento normativo. Esse é o cânon principal para os tribunais que querem respeitar a supremacia legislativa do Parlamento, sem a qual não se pode falar em Estado de Direito²⁹⁹.

Mesmo essa orientação, também assume Zapatero, pode não ser suficiente para resolver todos os casos, pois as normas podem ter vários objetivos e esses serem contraditórios, as leis podem estar obsoletas e existem ainda os casos difíceis (lacuna ou antinomia normativas ou os que simplesmente desafiam o sentido comum de justiça). Para esses casos, o autor recomenda que, em lugar de dar asas aos juízes, melhor seria que esses se apegassem o máximo possível ao ordenamento jurídico em seu conjunto – e, deixando de lado o “método Hércules”³⁰⁰ –, encontrassem a solução para os casos difíceis à sombra da lei, no direito implícito, na analogia, na jurisprudência e na finalidade das normas³⁰¹. Nas suas palavras, o juiz desempenhar bem seu papel não consiste nem em ser a “boca muda da lei”, nem em optar pela interpretação que pessoalmente lhe pareça mais justa, mas sim em dar às leis, ponto inescusável de partida, o sentido que resulte da melhor interpretação do processo legislativo em seu conjunto³⁰².

No que diz respeito à interação entre os legisladores e os juízes, o autor adota as recomendações de Abrahamson e Hughes³⁰³, para quem os juízes necessitam conhecer melhor o Parlamento e o que pensam os parlamentares, bem como atrair a atenção desses últimos sobre os problemas não resolvidos nos textos legais. Os legisladores, por seu turno, necessitam conhecer as convenções e os cânones que os juízes aplicam na hora de interpretar e aplicar as leis. E ambos devem ter um interesse comum: melhorar as leis e a administração

²⁹⁹ Idem, *ibidem*, p. 367.

³⁰⁰ A metáfora de Zapatero aqui vai para a figura do “juiz Hércules” de Ronald Dworkin. Não custa recordar que na mitologia grega, Hércules é filho de Alcmena, uma mortal, e Zeus, o maior deus grego (o deus dos deuses), o qual era casado com Hera, outra deusa grega. Considerado o maior herói da mitologia grega, Hércules é descrito como imortal, detentor de força sobre-humana e bravura indomável. Ronald Dworkin usa a fábula para idealizar um juiz mítico possuidor de virtudes, como paciência, sabedoria e outras habilidades sobre-humanas, sendo consciente de seus deveres, extremamente cumpridor de suas responsabilidades e comprometido com a moralidade política, a justiça e a equidade. Mais detalhes sobre esse personagem de Dworkin podem ser encontrados em *O Império do Direito* (São Paulo: Martins Fontes, 2007) e *Levando os direitos a sério* (São Paulo: Martins Fontes, 2007).

³⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 368.

³⁰² Idem, *ibidem*, p. 369.

³⁰³ Refere-se ao artigo *Shall we dance? Steps for legislators and judges in statutory interpretation* (Minnesota Law Review, v. 75, n. 4, 1991, pp. 1045-1081).

da justiça, para o que juízes e legisladores devem estar unidos por uma relação de lealdade com a democracia parlamentar³⁰⁴.

Como se pode ver, a teoria da legislação proposta por Zapatero tem qualidades e vantagens sobre quaisquer outras e por diversas razões. Primeiramente, incorporou à doutrina espanhola os diversos avanços da literatura anglo-americana sobre a elaboração normativa, articulando-os com os seus conhecimentos adquiridos a partir da experiência prática da realidade legislativa espanhola³⁰⁵.

Em segundo lugar, efetivamente considerou os aspectos institucionais, o desenho das instituições, para fazer suas análises e recomendações, chegando a sugerir a criação de um órgão específico (*Oficina de Políticas Legislativas*) que se encarregaria de conceber a lei com a metodologia que propõe e sob a perspectiva que, segundo considera, é a adequada: as leis servem para solucionar problemas.

Em terceiro lugar, traz planos de trabalho concretos, viáveis, para os diversos momentos do planejamento normativo na etapa governamental da elaboração pré-legislativa, bem como para quando a proposta normativa já foi aprovada e saiu do Poder Legislativo (a fase da implementação).

Em quarto lugar, trouxe para dentro de sua teoria da legislação os elementos envolvidos na escolha da melhor estratégia regulatória – que não necessariamente será (somente) a lei, como visto, pois há alternativas “não legislativas”, as quais também podem ser combinadas entre si. Com isso, incorporou toda uma doutrina mais comumente rotulada como aplicável apenas à Administração Pública, porquanto a decisão sobre a forma de alcance dos objetivos pelo Estado tem notório interesse jurídico (além do interesse político subjacente), o que enriquece sua concepção do processo normativo³⁰⁶.

³⁰⁴ **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 372.

³⁰⁵ Embora o próprio autor diga (na conversa do dia 10 de janeiro de 2017) que não há nada “original” em seu trabalho, já que tudo teria sido fruto de suas leituras que fez, o fato é que o corte temático reunindo honestamente as referências utilizadas, agrupando as melhores ideias em torno do tema, já converte sua obra em sumamente valiosa.

³⁰⁶ Esse aspecto pode ser bem visualizado na monografia *Teoría de la legislación*, que contém um capítulo inteiramente dedicado à regulamentação por incentivos (o oitavo, pp. 153-169), notadamente os seguintes: a informação e a publicidade (propaganda institucional), a tributação (via impostos, taxas, preços públicos, contribuições, etc.) e subvenções (ajudas econômicas, empréstimos e avais). Zapatero apresenta as vantagens e inconvenientes desses mecanismos, considerados por ele como complementares (não alternativos, atenção) para a intervenção por parte do Poder Público, as quais podem ser eficazes para a indução de comportamentos em determinadas circunstâncias, adicionalmente à regulamentação por diretivas (*command and control*) – dificilmente em substituição a essas últimas, na sua opinião. O interesse nesse sistema, no entanto, deve ser avaliado caso a caso, conforme o impacto, os custos, os benefícios e as respectivas repartições desses aspectos entre as obrigações assumidas pela Administração Pública e entre os cidadãos. Essas digressões, no entanto, não constam do livro *El arte de legislar*, que dedica apenas algumas poucas páginas ao tema (pp. 185-192).

Em quinto lugar, ao colocar seu foco de atenção no papel do redator de normas (*draftsman*), o autor inova em vários aspectos: relativiza a crença arraigada de que a criação do direito é assunto exclusivo dos políticos (os parlamentares), ressalta a importante função desempenhada por esse assessor técnico, para cujo trabalho invoca melhores condições, responsabilidades e, especialmente, deveres éticos a esse ator que efetivamente dá forma às decisões políticas.

Como uma espécie de consequência disso, e já em sexto lugar, adota uma teoria otimista quanto à possibilidade de racionalização da atividade legislativa: Zapatero, ao depositar suas esperanças na figura do redator, que se converteria no verdadeiro “guardião” da racionalidade da decisão legislativa, parece dar o mapa do caminho para a retomada do projeto ilustrado de ver a lei como vontade iluminada pela razão. Zapatero pensa que não só é necessário, mas também possível articular técnicas, procedimentos e a própria organização do processo normativo, de modo que, se corretamente utilizados pelos redatores das normas, permitiriam avançar no alcance do objetivo.

Além disso, um aspecto que deve ser destacado do pensamento de Zapatero é a consideração da política como apenas mais um elemento entre os que fazem parte da pluralidade de racionalidades do processo legislativo. A racionalidade política caminhará ao lado das demais racionalidades – econômica, a racionalidade formal (jurídica), a racionalidade técnica (dos especialistas), a racionalidade material (ou teleológica), a racionalidade de valores, etc. –, e todas devem ser consideradas em conjunto. Isso, que poderia parecer apenas um detalhe, na verdade faz toda a diferença: as teorias da legislação não podem ter seu estudo separado da política, a qual por seu turno tampouco é independente da economia. Sobre esse ponto se insistirá mais vezes nesta tese.

Embora o próprio autor não o tenha dito com essas palavras, a impressão que fica é que separar essas disciplinas conduz a teorias insatisfatórias ou incompletas. E, para Zapatero, mesmo o “primado da política” em determinados momentos não representaria um elemento de irracionalidade da atividade legislativa³⁰⁷, o que definitivamente é uma postura incomum no âmbito jurídico. Sua proposta normativa de legislação inclui a prática política. Em sua visão, a política pode, sim, ser submetida à razão e isso se daria tanto pelo atitude de o

³⁰⁷ Como afirma Pablo Salvador Coderch, “*las mejores soluciones técnicas no pueden frecuentemente conseguirse por limitaciones o urgencias políticas*” (Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa. In: **Curso de técnica legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1. Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 15).

legislador deixar-se aconselhar pelos técnicos e especialistas³⁰⁸, quanto por intermédio do debate político aberto, público e transparente precisamente sobre os aspectos políticos da decisão, quem ganha e quem perde com ela, revelando o grupo dos beneficiários, etc.³⁰⁹

Percebe-se, assim, que, embora não tenha desenvolvido propriamente uma teoria da legislação que abarcasse também a dinâmica já dentro do Parlamento – o que talvez pudesse ser apontado como uma deficiência de sua teoria –, Zapatero tem ideias formadas com relação a esse tema: em sua opinião, por exemplo, o debate parlamentar não pode se centrar em tecnicismos; tem que ser político³¹⁰. O ponto é que Zapatero simplesmente não se dedicou a desenvolvê-las por escrito até o momento. Esse mesmo detalhe – não detalhamento das formulações – poderia engendrar outra crítica: o autor não cuidou de aprofundar as relações entre a teoria da legislação e as teorias políticas e econômicas subjacentes.

Como já comentado, em vários momentos, a visão do autor vai impregnada por sua concepção ideológica quanto a esses dois ramos, mas mais uma vez Zapatero simplesmente não ofereceu uma fundamentação mais densa da sua opinião sobre o papel do Estado, do mercado e dos cidadãos na solução dos problemas sociais³¹¹. Possivelmente, isso se deu porque esse tema guarda uma relação mais indireta, por assim dizer, com as preocupações que o impulsionaram, consistentes na melhoria da prática legislativa na Espanha.

De toda maneira, o fato é que nada disso tira o brilho de sua teoria, a qual, sim, parece alcançar o propósito de “iluminar a vontade com a ajuda da razão”³¹².

Assim, segue-se a exposição da quinta grande referência espanhola.

³⁰⁸ Na introdução de *El arte de legislar*, Zapatero faz uma série de perguntas retóricas numa passagem que poderia conduzir a uma interpretação de que esse seria o único caminho para “racionalizar” a política. Eis o trecho: “*El problema no estriba, pues, en precisar si las ciencias tienen algo importante que ofrecer al legislador sino en averiguar si éste está dispuesto a recibirlo. La racionalidad política tiene sus propias leyes, su particular lógica. ¿Hasta qué punto está dispuesto un legislador a “dejarse aconsejar”? ¿Se disponen de las estructuras administrativas y políticas que facilitan esa cooperación? Algo puede estar comenzando a cambiar en el ambiente de nuestros sistemas políticos, permitiendo así mantener abierta la esperanza de una más estrecha asociación de los distintos especialistas al proceso de decisión normativa*” (p. 23). Entretanto, conforme a conversa do dia 10 de janeiro de 2017, Zapatero explicou que na verdade todos os seus conselhos e recomendações – tudo o que constitui sua teoria da legislação, especialmente a defesa que faz em prol de uma maior atuação dos técnicos, fornecendo dados que auxiliem a tomada da decisão legislativa – atendem ao propósito de racionalizar a política, pois clareiam o debate com o fornecimento de mais informações.

³⁰⁹ Essa segunda forma de racionalizar a política – o debate público e transparente –, que talvez seja a maneira mais importante de fazê-lo, foi mencionada por Zapatero apenas na entrevista do dia 10 de janeiro de 2017. A ideia de fortalecimento do debate político não consta de seus escritos, tampouco o autor teorizou sobre os caminhos para alcançar esse ideal.

³¹⁰ Ainda na entrevista mencionada, como consequência desse seu entendimento de que o debate no Legislativo tem que ser político, e não sobre tecnicismos, o autor defende que deveriam ser limitadas as hipóteses de emendas que rotula como “bobas, técnicas, de mero estilo, etc.”, e o debate deveria se concentrar no plenário, para garantir publicidade e transparência.

³¹¹ E quanto a esse aspecto, curiosamente, os escritos da monografia *Teoría de la legislación* oferecem mais luzes que *El arte de legislar*. Na primeira obra, o autor dedica mais passagens a tais pontos, as quais foram suprimidas na obra mais recente.

³¹² **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, p. 83.

1.6. O império da lei de Francisco Laporta

Dando sequência ao levantamento teórico que se vem fazendo sobre os autores espanhóis mais relevantes que de alguma maneira trabalham o tema da legislação, não se podia deixar de mencionar Francisco Javier Laporta San Miguel, sobretudo pela defesa que faz da concepção do império da lei como ideal ético-político a ser seguido no marco de um Estado de Direito.

Nesta seção, de modo diferente em relação ao feito com os demais autores (cujas teorias respectivas receberam uma explicação mais linear e completa, mesmo com referência a apenas uma parte das respectivas produções teóricas, dentro das correspondentes linhas desenvolvidas com conteúdo mais amplo), agora será apresentado apenas um pequeno fragmento – praticamente um único conceito, mas de grande complexidade e implicações –, do pensamento de Francisco Laporta: o de império da lei.

Dado o marco temático da tese, o presente apartado se centra exclusivamente na reflexão sobre a importância, o valor da lei, a lógica das regras no contexto de sua concepção de império da lei³¹³. A bem da verdade, o especial interesse está no que se deriva desses aspectos do império da lei proposto por Laporta – uma espécie de outro lado da moeda desse conceito –, como será melhor explicado adiante.

Em sua aclamada obra *El imperio de la ley: una visión actual*³¹⁴, Laporta propõe um ideal ético-político a ser seguido no marco de um Estado de Direito: que a lei seja o critério

³¹³ Assim como Manuel Atienza, Francisco Laporta também dedicou-se a outros assuntos, ainda que não tenha alcançado concluir uma teoria geral da justiça, como pretendia com o capítulo sobre o império da lei. O próprio Laporta reconhece que tem muitos escritos sem um fio condutor e que não chegou a construir uma teoria do direito completa (ATIENZA, Manuel. Entrevista a Francisco Laporta. *Doxa*, n. 38, pp. 557-577, p. 561). De todas as maneiras, são destacados seus escritos: sobre direitos humanos (Sobre el concepto de derechos humanos. *DOXA*, n. 4, 1987, pp. 23-46; Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos. In: CARPINTIER, Javier Muguerza; PECES-BARBA, Gregorio (Coords.). *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Debate, 1989, pp. 203-208); as relações entre o direito e a moral (*Entre el Derecho y la moral*. Cidade do México: Fontamara, 1993; Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista. *Doxa*, n. 8, 1990, pp. 131-148); nacionalismo (Comunitarismo y nacionalismo. *DOXA*, n. 17-18, 1995, pp. 53-68; La quimera del nacionalismo. *Claves de razón práctica*, n. 14, 1991, pp. 36-44); ensino jurídico e geral (El maestro de la educación interior. *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, n. 97-98, 2015, págs. 105-110; La ANECA y la crisis de la Universidad Española. *Temas para el debate*, n. 229, 2013, pp. 42-49; El proceso de Bolonia y nuestras Facultades de Derecho. *Revista de estudios jurídicos*, n. 10, 2010, pp. 279-290). Destaca-se, ainda, que Laporta também refletiu sobre a crise da lei (El deterioro de las leyes. *Claves de razón práctica*, n. 142, 2004, págs. 24-31; La reinención de la ley. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 8, 2003, pp. 247-263; Teoría y realidad de la legislación: una introducción general. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 29-88; Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Doxa*, n. 22, 1999, pp. 321-330).

³¹⁴ Madrid: Trotta, 2007.

mais relevante para decidir os casos jurídicos – em contraposição às teorias das fontes que apregoam ser as leis um simples critério, apenas um a mais, juntamente com outros – porque somente assim se poderia falar em um ordenamento jurídico justo. A ideia em si pode não ser nova, mas sim é inovadora a abordagem do autor pelas correlações que extrai desse ideal.

Embora o conceito de império da lei seja especialmente controvertido, Laporta cuida de enquadrar a sua concepção como uma espécie de terceiro grau do império da lei. Uma primeira noção do império da lei é a mera existência de normas jurídicas eficazes ou de um direito vigente. Trata-se de um conceito fraco (pouco denso), pelo qual o império da lei equivale à presença de normas estáveis que organizam as relações humanas, estabelecem certos direitos. É o chamado *rule by law*. Um segundo estágio, grau ou densidade do império da lei exige que os poderes públicos, e não somente os cidadãos, estejam submetidos ao direito (princípio da legalidade). O próprio Laporta denomina esse segundo estágio de *Rule of Law* (ou *Rechtsstaat*), que envolve o controle jurídico do poder (*accountability*). Já o terceiro sentido proposto por Laporta, ainda mais denso do ponto de vista ético, pressupõe os dois anteriores e exige, ademais, determinados conteúdos para tais regras, resumidamente os seguintes: 1) que sejam públicas, 2) gerais, 3) abstratas, 4) razoavelmente estáveis, 4) de acesso fácil ao público, 5) prospectivas (não retroativas) e 6) suscetíveis de serem invocadas perante os tribunais³¹⁵. Mais adiante cada uma dessas exigências será vista com mais detalhes. Laporta chama esse império da lei “mais denso” como justiça formal.

Nesses termos, Laporta apresenta o império da lei como ideia moral regulativa, cujo fundamento seria o conceito de autonomia pessoal. Esta última, além de valor intrínseco, é condição do comportamento moral. Para os fins desta tese, não existe muito sentido em minudenciar essa relação: a autonomia pessoal como pressuposto do império da lei – sobretudo porque a isso o próprio autor dedica quase metade de seu livro³¹⁶.

Após conceituar o que entende por autonomia pessoal, o autor vai construindo, passo a passo, com cuidadosa justificação (com incursões empíricas e em outros ramos das ciências sociais) o que é necessário para que exista tal autonomia. O império da lei aparece, assim, sob a forma de um conjunto de exigências que devem ser cumpridas “na maior medida

³¹⁵ Um resumo dessa apresentação feita pelo próprio autor pode ser encontrada em: Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz. *Doxa*, n. 15-16, 1994, pp. 133-145.

³¹⁶ Além disso, já existe um grande debate doutrinário a respeito das implicações do conceito de autonomia pessoal proposto por Laporta. Para um resumo dessas observações, veja-se: INAUDI, Rodolfo. El concepto de autonomía personal en Francisco J. Laporta. *Analisi e diritto*, 2011, pp. 181-187. A resposta se encontra em: LAPORTA, Francisco J. El império de la ley: un diálogo en Génova. *Analisi e diritto*, 2012, pp. 87-121.

possível”³¹⁷. De modo bastante resumido, pode-se dizer que são necessárias certa regularidade e previsibilidade nas relações sociais, as quais são melhor asseguradas por leis justas, resultado da vontade geral, ou seja, não quaisquer tipos de leis, e existem características que devem apresentar. Esse é um ponto importante e, como já dito, será retomado mais adiante.

Com efeito, a autonomia pessoal cumpre tanto a missão de postulado justificativo, quanto de critério de orientação para delimitar o alcance e o significado do próprio império da lei. Com essa construção, o propósito de Laporta parece ser essencialmente o de chamar a atenção para a necessidade de estabelecer uma concepção normativa de natureza moral para justificar as instituições mais importantes dos sistemas constitucionais (as quais costumam ter sua validade explicada predominantemente a partir de argumentos jurídicos, por razões institucionais). Em uma única frase: a existência de normas sociais (e do império da lei com as características que apresenta o autor) é condição necessária para o desenvolvimento da autonomia individual.

Tal concepção do império da lei, declarou Laporta, constitui um capítulo, um ingrediente, de uma teoria completa da justiça (ainda não desenvolvida). Para Laporta, não existe justiça substantiva, nem material, sem a prévia justiça formal que emana do império da lei, ou seja, as exigências implícitas neste ideal são uma condição necessária para a persecução de todo ideal de justiça³¹⁸.

Naturalmente, a opção por tal império da lei tem implicações no respectivo ordenamento jurídico. Para começar, exige um normativismo mínimo, de modo que um núcleo central e mais importante (o direito positivo) esteja composto por regras (que podem ser de conduta ou de competência), e não por princípios, *standards*, valores ou diretivas de outro tipo. Para Laporta, deveria ser assim por questões éticas, já que um contexto social assaltado inesperadamente por decisões individuais e imprevisíveis, por mais justas que se pretendam, minimiza ou extingue as possibilidades que deve ter a autonomia pessoal para projetar os planos de vida dos cidadãos³¹⁹. Por intermédio de regras, obtém-se previsibilidade – considerada por Laporta condição necessária da autonomia pessoal, embora ele mesmo

³¹⁷ Essa característica de *standard* “na medida do possível” do império da lei de Laporta foi objetivo de crítica em KRISTAN, Andrej. El laportiano imperio de la ley. *Analisi e diritto*, 2011, pp. 189-197. A resposta se encontra em: LAPORTA, Francisco J. El império de la ley: un diálogo en Génova. *Analisi e diritto*, 2012, pp. 87-121.

³¹⁸ **El império de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, p. 84.

³¹⁹ Idem, *ibidem*.

reconheça não ser condição suficiente, já que algumas regras poderiam atentar contra essa autonomia³²⁰.

Portanto, são duas as características especiais que conferem as vantagens das normas jurídicas como regras: proporcionam um conteúdo estável (precisão) e *ex ante* à solução de um problema (antecedência).

Laporta ainda avança em outras características estruturais (formais ou internas) que as normas (regras, leis) devem ter para a realização do império da lei. De forma sintética e didática³²¹, como já adiantado, requer-se das leis: 1) generalidade quanto ao conteúdo; 2) generalidade quanto aos destinatários; 3) não-retroatividade; 4) estabilidade; 5) publicidade; e 6) clareza. Em *El imperio de la ley*, Laporta disserta sobre as características expostas com uma estrutura um pouco diferente da ora apresentada³²², a ideia aqui foi condensá-las e ressaltá-las.

A generalidade de que devem ser dotadas as regras é tanto sobre o conteúdo, quanto a respeito dos destinatários: o conteúdo da prescrição (o que está proibido ou é obrigatório) deve ser o mais preciso possível, mas com uma formulação genérica, e dirigida a uma classe ou tipo de destinatários (e não a um destinatário determinado, individualizado), excluindo-se que tais destinatários sejam passíveis de identificação por nomes próprios ou descrições definidas³²³.

Dentro do que chama coordenadas temporais, Laporta estabelece duas exigências: que as leis sejam não retroativas e sejam dotadas de um mínimo de estabilidade (que sejam razoavelmente duradouras no tempo, que não estejam em permanente mutação).

³²⁰ Idem, ibidem, p. 146. Diversos comentários dirigidos à obra de Laporta insistem também na insuficiência do caráter formal das regras para gerar previsibilidade. Para mais detalhes, confira-se por exemplo a conferência de Isabel Lifante intitulada *La relevancia de la previsibilidad jurídica. Algunas consideraciones a partir de Francisco Laporta y Liborio Hierro*, apresentada por ocasião do Seminário em homenagem à obra de Francisco Laporta e Liborio Hierro realizado no dia 25 de novembro de 2016 na Universidade Autônoma de Madri, cujo texto está disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/hiksjq0h2va91qq/AACkRbo5dB7iZsWiZPeFuOka?dl=0>>. Acesso em: 16 nov. 2016. Os trabalhos posteriormente foram publicados na revista **Doxa**, n. 40, 2017.

³²¹ Laporta estabelece as exigências como se fossem restritas às regras de conduta, pois comenta das regras de competência em separado. Nada obstante, acredita-se que os atributos em exame em alguma medida também são válidos para essas regras.

³²² **El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, pp. 85 e ss.

³²³ Laporta distingue a generalidade quanto aos destinatários da universalidade. Para ele, esta última tem a ver com a lógica do enunciado normativo, ao passo que a generalidade quanto ao âmbito pessoal refere-se aos sujeitos a quem a norma é dirigida. Explica que costuma existir uma confusão entre os dois conceitos, dado que as normas gerais normalmente estão formuladas como normas universais, entretanto isso não é logicamente necessário e, além disso, existe a possibilidade de uma norma particular revestir-se de uma formulação geral. (Idem, ibidem, p. 89).

Na sequência, o autor enumera as outras duas características que têm a ver com a publicidade: que o conteúdo das normas seja acessível a qualquer cidadão e que seja compreensível, ou seja, que as normas tenham clareza³²⁴.

Com efeito, o ideal de império da lei em Laporta traz algumas implicações teóricas, entre as quais se insere uma teoria da interpretação. Por ter sido trabalhada pelo próprio autor de forma *en passant* – e especialmente por não ser esse o foco de atenção que interessa à presente tese – basta dizer que a exigência do seu ideal regulativo (qual seja, o de que o poder esteja submetido a regras prévias, públicas e inteligíveis) converte determinadas visões (ou técnicas) do processo interpretativo em completamente incompatíveis com o seu império da lei.

Laporta não desenvolve, entretanto, uma teoria da interpretação própria. Na verdade, de forma rápida e simples faz uma aposta no formalismo (ou literalismo) interpretativo como a mais coerente com os valores que defende como ideal ético-político. Cuida de retirar a carga pejorativa geralmente associada a esse “rótulo”³²⁵. Menciona que o seu pensamento coincide com a linha desenvolvida por Vermeule³²⁶, cujo trabalho exorta o formalismo especialmente por razões consequencialistas (o método também reduziria o “custo das decisões individualizadas” e diminuiria o risco ou a quantidade de possíveis “erros judiciais”). Nada obstante, deve-se registrar que Laporta não abraça o consequencialismo, pois em sua visão essa teoria ética poderia levar a sérias violações do princípio da autonomia pessoal.

Resumidamente, seguindo linhas conhecidas, Laporta considera a interpretação uma atividade argumentativa, não meramente tradutora, pelo que os enunciados que interpretam outros enunciados devem ser justificados, não arbitrários, nem constitutivos³²⁷. Laporta rechaça que o recurso à “intenção do legislador” seja um expediente adequado ao ideal de império da lei, já que será sempre de um procedimento arbitrário baseado em suposições ontológicas impossíveis – a intenção do legislador empiricamente não existe ou não é determinável –, geralmente utilizado para acobertar “o que é uma decisão do próprio intérprete”. Não passa de uma “hipótese” sobre a possível intenção do legislador em sua opinião³²⁸.

³²⁴ O autor registra que esse ideal não pode ser confundido com a simplicidade ou acessibilidade da linguagem jurídica. Explica que esta última é altamente técnica, nunca foi acessível ao leigo e que seguramente não é desejável que se renuncie a sua dimensão técnica para consegui-lo. (Idem, *ibidem*, p. 93).

³²⁵ **El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, p. 191.

³²⁶ Refere-se à obra *Judging under uncertainty. An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, Londres: Harvard University Press, 2006.

³²⁷ **El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, pp. 188-189.

³²⁸ Idem, *ibidem*, p. 175.

Ao reconhecer a derrotabilidade das regras, apresentando a questão como um dos fatores mais problemáticos de indeterminação do Direito, Laporta propõe – na linha defendida por Schauer³²⁹ – que a solução deve ser descobrir o “propósito da norma”, o qual não se confunde com a “intenção do legislador”. A justificativa subjacente a uma regra (que pode ser mais ou menos explícita conforme cada caso) é o chamado “direito implícito”³³⁰, a partir do qual se extrai o *defeater*, é dizer, é apresentada uma espécie de “exceção à regra à luz da própria regra”. Em outras palavras, a “nova norma” (pós-*defeater*), circunscrita ao caso concreto, deve ser obtida com base na regra anterior (pré-*defeater*) e deve ser com ela coerente, como uma espécie de mera reformulação dessa regra às propriedades do caso, mas dentro dos parâmetros que norteiam o império da lei. Com isso, restaria afastada uma criação arbitrária do Direito³³¹.

A “teoria da interpretação de Laporta” igualmente recebeu críticas³³². Uma das mais vigorosas diz justamente com tal aceitação da indeterminação e da derrotabilidade das normas. É que, para saná-las, o recurso a princípios e valores, notadamente pela ponderação,

³²⁹ Refere-se à obra *Playing by the rules. A philosophical examination of Rule-Based Decision-Making in the Law and in Life*. Oxford: Clarendon, 1991 (traduzida ao espanhol como **Las reglas en juego**. Madrid: Marcial Pons, 2004).

³³⁰ **El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, pp. 213-214.

³³¹ Os *defeaters* (ou derrotadores) são condições implícitas que excetua a aplicação das normas (regras gerais), mas permitem que se acuda, de modo controlado, às razões subjacentes às próprias regras, com o objetivo de que a mesma razão justificadora da regra geral seja aplicada à exceção. Sobre esse ponto, José Juan Moreso faz uma importante reflexão no sentido de que os conceitos morais que o Direito incorpora funcionam como *defeaters*, permitindo aos cidadãos certos comportamentos (cita a legítima defesa como exemplo) ou proibindo determinadas regulações pelas autoridades (como o estabelecimento de penas cruéis, sugere). Em sua opinião, embora a certeza seja sacrificada em alguma medida, a autonomia moral é mais respeitada. Os *defeaters* sempre conterão conceitos morais de caráter avaliativo. A conclusão a que chega Moreso é a de que a incorporação da moralidade ao direito na modernidade é um fato e, a partir desse ponto de vista, o *constitucionalismo* simplesmente teria incrementado o grau de incorporação da moral ao direito. Para Moreso, é verdade que só se pode regular o comportamento futuro das pessoas mediante regras gerais quanto ao conteúdo (abstratas), mas, justamente por essa razão, haveria infinitos modos de cumprir as regras, alguns dos quais inaptos para serem cobertos pela razão que justifica dito cumprimento (refere-se aqui às razões institucionais). Um resumo da visão de Moreso sobre o ponto encontra-se em: El positivismo jurídico y la aplicación del derecho. **Doxa**, n. 27, 2004, pp. 45-62. Outros escritos seus sobre o tema são: Antígona como "defeater": sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli. **Doxa**, n. 34, 2011, pp. 183-199; e Cristina redondo sobre razones y normas. **Discusiones**, n. 5, 2005, pp. 67-85 (ou, em italiano, Cristina redondo su ragioni e norme. **Ragion pratica**, n. 25, 2005, pp. 491-506). Essa questão também foi discutida por ocasião do Seminário em homenagem à obra de Francisco Laporta e Liborio Hierro realizado no dia 25 de novembro de 2016 na Universidade Autónoma de Madrid. A conferência apresentada por Moreso (intitulada *Sobre la generalidad de las leyes: L. Hierro y F. Laporta*) insistiu nesse ponto de que as regras devem estar acompanhadas por *defeaters*, pois há dimensões das ações humanas que não podem ser capturadas por regras gerais, e assinalou que o Direito ainda carece de uma teoria dos *defeaters* morais mais forte, sendo necessário o seu desenvolvimento. Essa afirmação recebeu a concordância do próprio Laporta durante os debates. Os textos discutidos no evento estão disponíveis em: <<https://www.dropbox.com/sh/hiksjq0h2va91qq/AACkRbo5dB7iZsWiZPe-FuOka?dl=0>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

³³² Como se pode ver em: DEI VECCHI, Diego. Reglas derrotables en *El império de la ley*. **Analisi e diritto**, 2011, pp. 171-180; NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. La teoría de la interpretación en *El imperio de la ley*. **Analisi e diritto**, 2011, pp. 237-246; SARDO, Alessio. Autonomia e interpretazione, l'ideale di Francisco Laporta. **Analisi e diritto**, 2011, pp. 247-259. Uma resposta geral a essas críticas está em: LAPORTA, Francisco J.. El império de la ley: un diálogo en Génova. **Analisi e diritto**, 2012, pp. 87-121.

se afasta do desiderato de previsibilidade das decisões judiciais, o que revelaria uma espécie de ambiguidade³³³, contradição³³⁴, inconsistência ou – como prefere o próprio Laporta³³⁵ – impotência da sua teoria do império da lei³³⁶.

De fato, em escritos mais recentes³³⁷, o próprio autor, admitindo esse limite do seu ideal regulativo³³⁸, reconhece que os princípios podem ser peças válidas em um processo argumentativo, sempre e na medida em que tenham uma dimensão justificativa e que deles se possam inferir regras, talvez não totalmente previsíveis, mas sim adequadas ao caso concreto, pela reconstrução de uma teoria dos princípios juridicamente rigorosa e plausível. Conduto, esse é um tema sobre o qual o próprio Laporta não se deteve, tendo ainda menor relevância para os objetivos desta tese.

Com efeito, aqui interessa revelar que ao ideal de império da lei subjaz de modo inevitável a importância de estudar, fortalecer e/ou construir uma teoria da legislação (e da argumentação legislativa). Isso, especialmente no contexto de ascendente “crise da lei”, cuja noção também foi trabalhada por Laporta – seguindo a linha de outros autores que o fizeram

³³³ Assim aponta Atienza em: ATIENZA, Manuel. Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 61, 2008, pp. 307-326. Disponível em: <<http://ezproxybib.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/3189/3008>>. Acesso em: 22 nov. 2016. Também publicado em: **Isonomía**. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 31, oct. 2009, pp. 205-223. Disponível em: <http://www.isonomia.itam.mx/docs/isonomia31/Isono_318.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2016. Para Atienza, é especialmente problemática a defesa que Laporta faz em prol de uma prioridade da interpretação literal, pois, na concepção do primeiro autor, os direitos humanos são prioritários. Além disso, o próprio Laporta em seu artigo seminal *Sobre el concepto de derechos humanos* (**Doxa**, n. 4, 1987, pp. 23-46) os concebe também como morais. Daí, igualmente, a contradição levantada quanto à separação conceitual entre o direito e a moral. A leitura da entrevista que lhe fez Manuel Atienza em **Doxa** (n. 38, 2015, pp. 557-577) fornece ainda mais elementos que reforçam a procedência da crítica de Atienza.

³³⁴ No sentido de que haveria um “antiformalismo intrínseco” à teoria do império da lei de Laporta, tanto em razão das suas implicações, quanto do seu fundamento (vinculado à ideia de autonomia pessoal, um valor moral), conforme a conferência apresentada por Jesús Vega, intitulada *El formalismo antiformalista de Francisco Laporta. Notas a propósito de El imperio de la ley*, no Seminário em homenagem à obra de Francisco Laporta e Liborio Hierro realizado no dia 25 de novembro de 2016 na Universidade Autônoma de Madrid, cujo texto está disponível em: <<https://www.dropbox.com/sh/hiksjq0h2va91qq/AACkRbo5dB7iZsWiZPe-FuOka?dl=0>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

³³⁵ LAPORTA, Francisco J.. El império de la ley: un diálogo en Génova. **Analisi e diritto**, 2012, pp. 87-121.

³³⁶ São inúmeras as críticas e provocações nessa linha. Para um resumo da discussão, vejam-se as conferências *¿Concepción-libro de reglas o concepción-orquesta de normas?*, de Marisa Iglesias Vila; e *F. Laporta, L. Hierro y los principios jurídicos*, de Josep Aguiló Regla, ambas apresentadas no Seminário em homenagem à obra de Francisco Laporta e Liborio Hierro realizado no dia 25 de novembro de 2016 na Universidade Autônoma de Madrid, cujos textos estão disponíveis em: <<https://www.dropbox.com/sh/hiksjq0h2va91qq/AACkRbo5dB7iZsWiZPe-FuOka?dl=0>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

³³⁷ Por todos: LAPORTA, Francisco J.. El império de la ley: un diálogo en Génova. **Analisi e diritto**, 2012, pp. 87-121, p. 118.

³³⁸ O império da lei de Laporta não dá conta da previsibilidade das decisões judiciais. Naturalmente, uma teoria que se propõe a oferecer explicações tão amplas sobre o fenômeno jurídico corre o risco de ser mais convincente em alguns âmbitos e menos em outros. Esse detalhe, entretanto, não tira o brilho das virtudes de *El imperio de la ley: una visión actual*, que continuará sendo obra de grande relevo na filosofia do direito na Espanha.

com mais profundidade, como Liborio Hierro³³⁹ e Luis Prieto³⁴⁰, por exemplo. Essa percepção de “crise da lei” reforça o ideal regulativo de Laporta, pois é desse cenário que surge o império da lei como conjunto de razões ético-políticas para fazer frente à crise e reinventar a lei. Sendo assim, a chamada “crise da lei” merece algumas breves palavras.

Seguindo a mesma linha diagnosticada por vasta literatura especializada, formou-se um certo consenso de que a ideia de lei viria passando por um processo de deterioração, de perda de seu poder normativo. Isso se daria por um conjunto muito complexo de fatores de naturezas diversas, podendo-se estabelecer uma versão fraca e uma versão forte da crise da lei. Para Laporta³⁴¹, na versão fraca, faz-se referência a questões heterogêneas e díspares (e que em sua opinião não delinearíamos a gravidade do problema), como, por exemplo: a proliferação legislativa (ou “inflação” ou “motorização”); a “hipostenia” legislativa (progressiva perda da força ou eficácia das leis); o uso da legislação com fins puramente simbólicos; bem como a vertente neoconstitucionalista que atribui à jurisdição constitucional poder para pronunciar ou concretizar determinadas normas a partir da Constituição, contra ou sem intervenção legislativa.

Laporta chama de versão forte da crise da lei a situação mais generalizada em que se produz cotidianamente todo um conjunto de normas e decisões jurídicas que regulam sem limitação o que se podia pensar como próprio da lei³⁴². Nesses termos, quer referir-se às práticas normativas jurídicas que ignoram as características tradicionalmente atribuídas ao conceito de lei como disposição criada e emitida pelo poder soberano, situado no órgão representativo da comunidade, mediante a qual se ditam normas que organizam o uso da força na sociedade, têm destinatários gerais e regulam condutas típicas que afetam a liberdade e propriedade dos cidadãos, determinam os limites recíprocos de seus direitos e deveres e estabelecem as cargas e benefícios econômicos da sociedade, servindo com isso de controle jurídico da ação dos poderes públicos^{343, 344}.

³³⁹ El imperio de la ley y la crisis de la ley. *Doxa*, n. 19, 1996, pp. 287-308; Igualdad, generalidad, razonabilidad y crisis de la ley. *Doxa*, n. 26, 2003, pp. 449-476.

³⁴⁰ **Ley, principios, derechos**. Madrid: Dykinson, 1998. Nele, o capítulo *Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional*. O tema também é abordado *en passant* em: Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 5, pp. 201-228.

³⁴¹ La reinención de la ley. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 8, 2003, pp. 247-263, p. 253.

³⁴² Idem, *ibidem*, p. 254.

³⁴³ La reinención de la ley. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 8, 2003, pp. 247-263, p. 252.

³⁴⁴ A partir dessa definição, Laporta enumera oito propriedades inerentes, que de forma muito sintética seriam: (I) enunciado produzido deliberadamente (II) por um soberano, (III) que declara a vontade geral, (IV) define o poder político, (V) administra o uso da força na sociedade, (VI) com o atributo da generalidade, (VII) único

Deixando de lado as versões fraca e forte, didaticamente podem ser esquematizadas as causas da crise da lei da seguinte forma: 1) a força vinculante que as Constituições passaram a gerar nos ordenamentos jurídicos, de modo que, sob tal parâmetro constitucional, as leis são submetidas a uma constante interinidade, gerando também perdas de previsibilidade e certeza no direito (protagonismo das decisões judiciais no âmbito do controle de constitucionalidade); 2) o déficit democrático ou perda da legitimidade de origem; 3) perda da generalidade e abstração (Laporta exemplifica com as leis de caso único, leis *ad hoc*, leis fotografia, leis programa, *Masnahmegesetze*, leis provimento, etc.); 4) o surgimento de entidades políticas supranacionais que emitem disposições jurídicas vinculantes sem órgãos legislativos adequados; 5) a crescente presença do Poder Executivo na vida nacional (predominância nas iniciativas apresentadas e controle quase pleno do resultado das deliberações).

Para fazer frente ao contexto de crise da lei, o que Laporta defende é a “reinvenção da lei” para que, além do tradicional sentido formal de lei como “produto do que foi acordado pelos órgãos legislativos competentes dentro do procedimento previsto”, também cumpra materialmente o sentido material (a Constituição não basta e a jurisprudência não cumpre esse papel). Reitera o argumento de que a lei continua sendo o núcleo do ordenamento jurídico e a ela se deve uma deferência privilegiada, pelo que invoca: “menos neoconstitucionalismo, e mais neo-codificação”³⁴⁵.

No artigo *Teoría y realidad de la legislación: una introducción general*³⁴⁶, Laporta denuncia o mau costume de os juristas concentrarem a atenção nas normas jurídicas já promulgadas e o “giro em direção ao juiz” produzido pela doutrina sob o argumento de que já não existiria propriamente uma “ordem” legal, mas sim uma “desordem” de tal magnitude que converteria as leis em problema, em lugar de solução. Para autor, entretanto, mesmo considerando que assim seja, a resposta não poderia advir do “abandono do legislador” e da busca de uma “solução alheia a ele”, mas sim, ao contrário, de concentrar a atenção sobre ele (o legislador) e operar algumas modificações na sua atividade normativa para amenizar os defeitos observados.

Laporta se queixa, ainda, que a literatura sobre a atividade jurisdicional é imensa, sobre a justiça constitucional ainda maior, mas sobre o Poder Legislativo e sua atividade é

capaz de interferir na liberdade e na propriedade do cidadão, bem como (VIII) na distribuição dos benefícios e cargas econômicas (impostos e gastos do Estado).

³⁴⁵ La reinvencción de la ley. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n, 8, 2003, pp. 247-263, pp. 261-262.

³⁴⁶ In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*. Madrid: Civitas, 2003, pp. 29-88.

bastante escassa. Conclama que essa lacuna seja preenchida urgentemente e para isso se haveria de buscar respostas tratando de melhorar o próprio Poder Legislativo, não buscando sua substituição por outro poder³⁴⁷. E mais, considera ingênuo que a solução passe por “tentar frear o legislador” com critérios externos (disposições e pautas de teoria da legislação ou de “prudência legisladora”), deixando clara sua descrença para com tais iniciativas de política legislativa. Laporta prefere pensar na solução como um processo longo e complexo de persuasão, incorporação de meios técnicos, educação cidadã e, sobretudo, educação dos juristas³⁴⁸.

Este momento pede um parêntese para um breve comentário. O que caracteriza uma teoria da legislação é fundamentalmente seu objeto de preocupação voltado, não para a norma já promulgada, mas sim para a sua gênese, o processo de criação normativa, o que ocorre a partir do impulso normativo e vai especialmente até o momento em que essa decisão de legislar é efetivamente convertida em norma, a transformação do poder e da política em direito propriamente dito. E, de preferência, com a atenção sobre como dotar a norma *in fieri* do máximo de racionalidade possível.

Considerando essa ideia como premissa, pode-se afirmar que Laporta não chegou a desenvolver propriamente uma teoria da legislação. Inclusive, talvez se possa dizer que até apresenta um certo ceticismo quanto a um determinado tipo de teoria da legislação³⁴⁹. Sem prejuízo, Laporta reconheceu a grande luz projetada por Manuel Atienza sobre a racionalidade legislativa³⁵⁰. Em suas palavras, graças a Atienza se pode ver melhor que demandar racionalidade do legislador não é aplicar-lhe um conjunto de critérios externos que interfiram em sua atividade, mas sim contribuir para tornar mais sólidos os próprios fundamentos nos quais está baseada essa atividade; é dizer, lembrá-lo (o legislador) de que, se não é racional, está traindo a si mesmo³⁵¹.

Laporta igualmente se alinha a Atienza no questionamento da suposição arraigada de que o momento anterior à decisão legislativa pertence ao âmbito da política, não ao do direito. Afirma que o trabalho de Atienza representa um importante avanço na pesquisa sobre a natureza da argumentação “legisladora” (como diferente da argumentação judicial ou

³⁴⁷ Idem, *ibidem*, pp. 81-82.

³⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 83.

³⁴⁹ Idem, *ibidem*.

³⁵⁰ Refere-se ao livro *Contribución a una teoría de la legislación* (Madrid: Civistas, 1997).

³⁵¹ Teoría y realidad de la legislación: una introducción general. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho**. Madrid: Civitas, 2003, pp. 29-88, p. 83.

doutrinária) e na recuperação para o jurista do momento legislativo como capítulo da ciência do direito³⁵².

Claramente sem pretensão de aprofundar-se no tema, Laporta simplesmente aponta duas vertentes para o desenvolvimento da técnica legislativa: o estudo das ferramentas informáticas no processo de redação e elaboração das leis e a melhora na educação e atitudes dos profissionais e juristas encarregados da redação de projetos e das leis³⁵³. Defende que as Faculdades incorporem a reflexão sobre a elaboração e a redação de normas, tendo em vista que muitos dos problemas jurídicos surgem nesse momento prévio à aparição do texto normativo³⁵⁴.

Em outra oportunidade³⁵⁵, Laporta também se ressentiu da falta, na Espanha, de manuais ou livros de “estilo legal” que instruíam pormenorizadamente sobre como se devem ou não escrever as leis, dado que a prioridade epistemológica da linguagem sobre o Direito supõe, para começar, que uma correta redação das normas é a porta de entrada ao respectivo conteúdo. Consequentemente, a redação legal deve articular os enunciados em formulações linguísticas aptas para dar conhecimento às normas que expressam³⁵⁶. Laporta chega a afirmar que uma teoria da emissão ou criação legislativa das normas jurídicas seria uma das perspectivas da própria teoria da linguagem³⁵⁷. Sua preocupação vai no sentido de um método para evitar na maior medida possível os “mal entendidos legislativos”.

Toma, então, os conselhos de Grice³⁵⁸, adaptando-os para melhorar a técnica de legislar. Grice mantinha que a toda comunicação humana subjaz um sentido de cooperação comunicativa que deveria ser promovido por intermédio do seguinte princípio geral: “faça sua contribuição à conversa tal e como o exija, no estado em que tiver lugar, o propósito ou a direção do intercâmbio que você sustente”. Nesse sentido, para satisfazer esse princípio, Grice constrói um conjunto de máximas, as quais Laporta pretendeu adaptar sob a forma de princípios básicos de técnica legislativa.

³⁵² Idem, *ibidem*, p. 84.

³⁵³ Idem, *ibidem*, pp. 85-88.

³⁵⁴ Laporta acredita que essa seria a forma de gerar não só o conhecimento, mas também uma atitude de compromisso com a legislação, de forma que não se pudesse encontrar nas leis exemplos de negligência legislativa e que, sempre que um legislador precipitado pretendesse iniciar um processo que levasse a “improvisações legislativas”, encontrasse perto algum jurista que lhe dissesse que as coisas podem ser melhor feitas.

³⁵⁵ El lenguaje y la ley. *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 6, jul./dez. 2006, pp. 97-110.

³⁵⁶ Idem, *ibidem*, p. 100.

³⁵⁷ Idem, *ibidem*, p. 103.

³⁵⁸ Refere-se ao artigo *Lógica y conversación*. In: VILLANUEVA, Luis ML. Valdés (Ed.). *La búsqueda del significado*: lecturas de filosofía del lenguaje. Madrid: Tecnos, 1995.

As primeiras máximas de Grice sobre a quantidade de informação são transladadas por Laporta ao legislador sob o conselho: “faça com que todo preceito alcance às pessoas e ações que pretende e somente as pessoas e ações que pretende, e não mais”³⁵⁹. Isso, para livrar a comunicação das mensagens desnecessárias. A reflexão de Laporta vai no sentido de que o ideal seria impor, como uma espécie de ônus probatório, que a decisão de legislar venha acompanhada por considerações sobre a necessidade e relevância das circunstâncias de contexto e de situação do sistema jurídico, como um passo no caminho à racionalização da legislação³⁶⁰.

Na sequência, vêm as máximas de Grice sobre a qualidade, cuja adaptação por Laporta assumem as formas: “não promulgue preceitos que não satisfaçam o propósito legislativo” ou “não crie preceitos quando não hajam evidências adequadas de que satisfaçam o propósito legislativo”. A preocupação de Laporta aqui também se dirige a evitar leis que não vão ter o que ele chama de “eficácia social” porque não serão aplicadas por falta de suporte econômico ou articulação institucional. Segundo pensa, quando o legislador promulga uma lei para a qual não presta apoio econômico nem desenvolve o regulamento, está fazendo algo parecido a “enganar o cidadão”³⁶¹.

Na sequência, Grice traz uma máxima de relação: “vá direto ao ponto”. Laporta toma o conselho como um tema de precisão: o legislador deve dirigir os seus preceitos exatamente aos destinatários e casos previstos em seu propósito e não a outros. Trata-se de evitar as situações de “infra-inclusão” e “sobre-inclusão” que chama Schauer³⁶², por mais que a linguagem dificulte chegar a um texto perfeito. Acrescenta ainda neste tópico que as leis devem ter um objetivo coerente e homogêneo, e não se ocuparem de temas alheios a elas, aproveitando qualquer pretexto. Aqui Laporta quer evitar o que denomina “normas intrusas”, é dizer, sem pertinência temática³⁶³, que lhe soam, na melhor hipótese, improvisação e

³⁵⁹ El lenguaje y la ley. **Revista Española de la Función Consultiva**, n. 6, jul./dez. 2006, pp. 97-110, p. 104.

³⁶⁰ No original: “*Si lográsemos que se impusiera, como una suerte de carga de la prueba, el que la decisión de legislar fuera acompañada por serias consideraciones sobre su necesidad y relevancia en las circunstancias de contexto y de situación del sistema jurídico, habríamos dado un paso importante en la racionalización de la legislación.*” (Idem, ibidem, p. 105).

³⁶¹ Em suas palavras: “*No sé si ello será, en sentido estricto, mentir, pero cuando el legislador promulga una ley para la que no presta apoyo económico ni desarrolla reglamentariamente, está – me parece – haciendo algo parecido a engañar al ciudadano.*” (Idem, ibidem).

³⁶² Na obra *Playing by the rules. A philosophical examination of Rule-Based Decision-Making in the Law and in Life*. Oxford: Clarendon, 1991 (traduzida ao espanhol como **Las reglas en juego**. Madrid: Marcial Pons, 2004).

³⁶³ Na literatura brasileira, equivaleria aos modernamente chamados “jabutis” (inseridos por emendas parlamentares) ou, na denominação consagrada por Rui Barbosa (1849-1923), “leis rabilongas” (leis com rabos cumpridos), com referência à prática por ele combatida quanto às leis orçamentárias que continham disposições alheias à previsão de receita e fixação da despesa.

capricho ou, na pior hipótese, a serviço de interesses espúrios, grupos de pressão e “acordos inconfessáveis”³⁶⁴.

As máximas de modo são predominantemente sintáticas ou semânticas: “evite a obscuridade”, “evite a ambiguidade” (“evite a vagueza”, acrescenta Laporta), “seja breve”, “seja ordenado”, tudo o que poderia ser resumido no correto uso da linguagem para fugir de quaisquer possíveis problemas de interpretação, abstendo-se de, por exemplo: usar termos distintos com igual significado jurídico ou um único termo para significados jurídicos diferentes; recorrer à linguagem figurada; incorrer na ambiguidade processo-produto; lançar mão de termos vagos, cláusulas abertas, conceitos essencialmente controvertidos. Isso porque também nessas situações estará delegando ao aplicador a regulamentação do caso.

Assim, Laporta vê na linguagem uma ferramenta fundamental para a racionalização da atividade legislativa. Em sua opinião, haveria uma correlação entre as exigências do linguista e o que os juristas costumam chamar de “legislador racional”³⁶⁵. Em outras palavras, o êxito que este último possa ter depende em grande medida de sua capacidade em transmitir as ordens com correção e limpeza³⁶⁶.

Fechando essas intuições, em uma passagem um tanto quanto paradoxal, Laporta lembra que o legislador não é um “ser” (uma pessoa), uma sorte de ente antropomorfo com vontade, intenção e cálculo, nem a lei é uma prolação verbal no seio de uma conversa. Disso, infere que as propostas para melhorar o processo legislativo são diferentes, não valem para a interpretação da linguagem jurídica. Afirma que a lei não é um conjunto de enunciados deônticos proferidos em uma conversa viva, mas o produto linguístico de um procedimento anônimo do qual participam muitos atores, o que produziria no texto da lei uma singular peripécia: a de emancipar-se do ato de promulgação e voar abertamente a qualquer possível leitor. Dessa maneira, Laporta retrata o intérprete sempre ante um texto “mudo” com a missão

³⁶⁴ Assim se manifesta: “*Yo entiendo que puede haber algunos problemas que en determinadas circunstancias demandan una regulación urgente, pero para eso está la figura del decreto-ley o las cámaras legislativas mismas como lugar de acuerdos y consensos. No debería por ello cederse a una práctica que viola el “orden” del orden jurídico, establece dificultades crecientes para su conocimiento y suena, en el mejor de los casos, a improvisación y capricho, y en el peor, a intereses espurios, grupos de presión y acuerdos inconfesables.*” (El lenguaje y la ley. **Revista Española de la Función Consultiva**, n. 6, jul./dez. 2006, pp. 97-110, p. 106).

³⁶⁵ Idem, ibidem, p. 108.

³⁶⁶ Algo que vai bem na linha do que já havia escrito Jeremy Bentham no sentido de que a arte de legislar requer um estrito domínio da linguagem, pois, ao fim, as leis são palavras e tudo o mais precioso que se tem depende da eleição das palavras e advertiu: “*los que prodigan las palabras conocen poco el peligro de las equivocaciones, y en materia de legislación nunca puede ser excesivo el escrúpulo: las palabras de la ley deben pesarse como diamantes pues de ellas dependen nuestras libertades (...)*” (**Tratados de legislación civil y penal**. Madrid: Editora Nacional, 1981, p. 189).

de torná-lo efetivo, dando um significado segundo o contexto atual³⁶⁷. O trecho um pouco tortuoso e confuso – ou talvez simplesmente carecedor de maior reflexão para o afinamento das ideias –, ao final, volta a conclamar a que se preste mais atenção à linguagem, a qual, nas palavras de Laporta, seria algo como uma estrutura óssea que sustenta o direito³⁶⁸.

A despeito de não ter formulado propriamente uma teoria da legislação – como já explicado, porque Laporta não se dedicou a descrever ou enumerar critérios para melhorar a atividade legislativa –, o seu interesse para esta tese está na apologia que faz ao legislador, ou, mais precisamente, na defesa que faz do império da lei, com o argumento de que as leis (normas, regras) são o melhor modo de realizar a autonomia pessoal dos homens. Em outras palavras, para o autor, os indivíduos são mais livres sob o governo de leis acatadas, por mais contraditório que isso possa parecer. Laporta, então, vai na linha de justificar por que se devem ter as leis como principal fonte do Direito, a lógica das regras, por que é melhor seguir respeitando as regras (as leis) e quais são as características que essas devem ter para a realização do império da lei³⁶⁹.

Nesse sentido, mesmo com todas as críticas que lhe são dedicadas (e parte delas pelo próprio autor reconhecidas como limites inerentes do império da lei), sua contribuição é importante. Ao fornecer os pressupostos ético-filosóficos da deferência ao legislador, Laporta “pavimenta o terreno” das teorias da legislação. Isso porque somente a partir da articulação desses pressupostos explicados por Laporta (como visto há pouco: as razões de um sistema baseado nas leis (regras) e as características que essas devem ter), com as teorias da legislação propriamente ditas – que seriam, por assim dizer, sua face mais prática – é possível alcançar o ideal do *império da lei*. Com esses dois pilares juntos, sim, tem-se um valioso suporte para o Estado de direito e, mais, a fundamentação inquestionável da importância em prestar-se mais atenção a como são feitas as leis.

A ideia da lei como fonte principal do Direito unicamente poderia ser alcançada se são evitadas as situações em que se escapa do texto normativo, de modo que, se as condutas estão determinadas por leis “bem feitas”, em princípio, “não estaria justificada sua não aplicação”. Visto nesses termos, o esforço por melhorar a legislação também é um ideal regulativo que faz parte do império da lei.

³⁶⁷ El lenguaje y la ley. **Revista Española de la Función Consultiva**, n. 6, jul./dez. 2006, pp. 97-110, pp. 109-110.

³⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 110.

³⁶⁹ Embora o próprio Laporta afirme que as características que as regras devem ter para que seja alcançado o império da lei também podem ser vistas como diretrizes para um futuro legislador que pretendesse um ordenamento jurídico presidido pelo ideal em comento (**El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, p. 86), o fato é que Laporta não fornece propriamente as diretrizes, os comandos claros, para tanto. O autor claramente toma por “diretrizes” o que na verdade são valores que devem ser buscados na atividade legislativa.

Embora essa ideia não fique tão evidente nos escritos de Laporta, parece impossível negar que está implícita. Imagina-se que o próprio autor concordaria com esta afirmação, mesmo sem propostas mais concretas para um programa de trabalho rumo a uma teoria da legislação mais comprometida, de forma ampla, ou mesmo em termos menos ambiciosos, como uma técnica legislativa³⁷⁰.

Nos escritos de Laporta sobre a chamada “crise da lei”³⁷¹, por vezes se nota um tom de certo pessimismo quanto à atividade política – como quando taxa certas práticas legislativas de “improvisação e capricho”, na melhor das hipóteses, ou, na pior, de “interesses espúrios, grupos de pressão e acordos inconfessáveis”³⁷², por exemplo, bem como quando faz referência a um “mercado das leis” (expressão tomada de Zagrebelsky³⁷³). Em outras passagens, como visto, o ceticismo se mistura com idealismo e ingenuidade – sob a forma de reivindicações muito abstratas ou cumprimento de exigências éticas para a lei como fonte, sem, entretanto, dizer o meio de como alcançá-lo.

Esse detalhe – que à primeira vista pode soar como algo sem maior importância – de alguma maneira explica por que Laporta não desenvolveu uma teoria da legislação. Além de suas convicções pessoais, o fato também é que o tema da atividade legislativa desafia seus estudiosos a adotar uma postura que poucos dos que a ele se dedicam logram. Abordar a legislação requer um certo distanciamento (para descrever com precisão o que acontece sem preconceitos, mas sendo capaz de detectar o mau uso dos instrumentos, as más práticas), mas ao mesmo tempo um certo grau de otimismo (pois somente com esse espírito se pode ver alguns cenários como remediáveis e, assim, pensar e oferecer soluções).

Nesse sentido, inclusive, parece ir o conselho repetido diversas vezes por Elías Díaz: a partir da análise e descrição do que efetivamente acontece (da prática), refletir sobre os possíveis aperfeiçoamentos. Em matéria de legislação, isso exigiria, por exemplo, evitar a “demonização” da política, e também a presença de interesses divergentes, a atuação dos

³⁷⁰ De uma certa maneira, é como se o próprio Laporta tivesse incorrido no vício que critica, pois não se dedicou mais que superficialmente a desmascarar o que acontece antes de que as leis sejam publicadas. Essa questão parece confirmada por ele mesmo quando aponta os autores que lhe influenciaram academicamente: Bobbio (*Teoría de la norma jurídica*, de 1958), Kelsen (*Teoría pura del derecho*, a segunda edição publicada em 1960), Hart (*Concepto de derecho*, de 1961), von Wright (*Norma y acción*, de 1963), Raz (*El concepto de sistema jurídico*, de 1970), Alchourrón y Bulygin (*Normative systems*, de 1971), todos mais focados no positivismo, não na teoria da legislação. Para mais detalhes da trajetória do autor, confira-se: ATIENZA, Manuel. Entrevista a Francisco Laporta. *Doxa*, n. 38, pp. 557-577.

³⁷¹ Notadamente em: El deterioro de las leyes. **Claves de razón práctica**, n. 142, 2004, págs. 24-31; La reinención de la ley. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n. 8, 2003, pp. 247-263; Teoría y realidad de la legislación: una introducción general. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho**. Madrid: Civitas, 2003, pp. 29-88; Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. *Doxa*, n. 22, 1999, pp. 321-330.

³⁷² El lenguaje y la ley. **Revista Española de la Función Consultiva**, n. 6, jul./dez. 2006, pp. 97-110, p. 106.

³⁷³ Refere-se à obra *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.

grupos de pressão, que permeiam a atividade legislativa – porque fazem parte, são inerentes, e isso não vai ser mudado. A chave, então – acredita-se –, passaria pela conscientização do viés político, a compreensão de como funcionam seus mecanismos, para assim melhorar as formas de impedir que predominem os tão indesejados interesses espúrios.

A partir dessa reflexão, vê-se que a abordagem de Díez Ripollés e de Virgílio Zapatero³⁷⁴, por exemplo, parecem alcançar melhor esses propósitos: conseguem mapear a prática legislativa sem juízo de valor, cuidando de separar o que efetivamente pode ser modificado daquilo sobre o que é inútil esforçar-se para extinguir. De todas as maneiras, como comentado, nada disso retira a importância dos pressupostos teóricos lançado por Laporta, os quais também servem de alicerce à teoria da legislação, e essa foi a razão da apresentação do autor nesta tese.

1.7. As melhores e piores argumentações legislativas de Daniel Oliver-Lalana

Contemporaneamente, na Espanha, pode-se dizer que Ángel Daniel Oliver-Lalana é quem mais tem se dedicado a avançar para preencher os vazios que existem na teoria da legislação e a atrair mais atenção aos estudos sobre a argumentação legislativa (o autor prefere o termo “parlamentar”)³⁷⁵. Sem dúvida, é o especialista mais atualizado com a temática. Sua formação na Universidade de Bruxelas (na “legisprudência” de Luc J. Wintgens) foi sendo diversificada e aprofundada: o autor também teve contato com referências anglo-saxãs e é um dos poucos acadêmicos espanhóis que segue lendo a doutrina estrangeira e o que se vem produzindo sobre os temas legislativos. Seus escritos também são marcados pela grande originalidade na abordagem.

³⁷⁴ Um detalhe curioso é que Laporta e Zapatero – e o próprio Atienza, mas este por menos tempo – trabalharam juntos com Elías Díaz na *Universidad Autónoma de Madrid* (ATIENZA, Manuel. Entrevista a Francisco Laporta. *Doxa*, n. 38, 2015, pp. 557-577, p. 566), o que talvez possa explicar algumas das aproximações teóricas (sobretudo dos dois primeiros, especialmente quanto aos pressupostos da preocupação com a lei), certamente condicionados pelo momento histórico vivido na Espanha de então: a transição política e a elaboração de uma Constituição democrática.

³⁷⁵ Ángel Daniel Oliver-Lalana é professor da *Universidad de Zaragoza*, por onde também é bacharel e doutor em Direito. Realizou seu pós-doutorado no *Center for legislation, regulation and jurisprudence* da Universidade de Bruxelas. Sua formação também incluiu estâncias de estudos e pesquisa em diversas universidades, como Tübingen (*EU Computers & Law Programme*), Kiel (como bolsista do *Deutscher Akademischer Austauschdienst – DAAD*, organização alemã dedicada ao intercâmbio acadêmico), Alicante (*Postgrado en argumentación jurídica*), Buenos Aires (também como bolsista do DAAD), Génova (*Master in Constitutional Democracy & Global Rule of Law*) e Erlangen-Nürnberg (2014-2016). Também foi professor na *Universidad de La Rioja* (entre 2009-2013). Suas principais publicações são: *Legitimidad a través de la comunicación: un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho* (2011), *Derecho y cultura de protección de datos* (2012, con J.F. Muñoz), *The rationality and justification of legislation* (2013, coeditado com Luc Wintgens), e *Rational lawmaking under review. Jurisprudence according to the German Federal Constitutional Court* (2016, coeditado con Klaus Meßerschmidt).

Como será possível perceber na sequência, além de combater o ceticismo quanto ao potencial justificativo do debate parlamentar como fonte de interesse dos juristas, notadamente como material a partir do qual se pode avaliar criticamente a legitimidade das leis, o maior interesse de Oliver-Lalana está na construção de um modelo que permita avaliar a qualidade da argumentação legislativa. Deve-se notar que essa mera preocupação de Oliver-Lalana (com a qualidade do debate parlamentar) já o coloca um passo a frente dos demais autores que não enveredaram por esse terreno claramente mais pantanoso.

A questão é que enfrentar essa dificuldade inerente ao tema parece ser a única maneira de jogar uma luz sobre o que acontece quando já se tomou a decisão de intervir legislativamente, já se tem um rascunho do texto (o anteprojeto ou projeto de lei), e se parte para a discussão dentro do Parlamento: o debate parlamentar é por excelência o momento da confrontação pública das razões legislativas. E é nessa etapa que se detém Oliver-Lalana³⁷⁶.

De fato, buscar entender como se trava essa argumentação na discussão de um projeto de lei é a única maneira de, para usar as palavras de Virgilio Zapatero³⁷⁷, encontrar onde e por quê em algumas ocasiões se produz a quebra de racionalidade no processo legislativo. Embora não seja bem esse o foco do autor – que está mais pendente de viabilizar um controle judicial do processo de justificação parlamentar, firme na premissa de que uma teoria da argumentação legislativa serviria ao controle de constitucionalidade, pelo dever constitucional de argumentar e justificar adequadamente as decisões no processo legislativo –, claramente o caminho por ele seguido permitirá a formulação de sugestões para melhorar a argumentação entabulada no Poder Legislativo em seu conjunto.

³⁷⁶ Um breve resgate dos autores abordados até agora ajuda a entender melhor o ponto. Como visto, os componentes do GRETEL ativeram-se ao plano da técnica legislativa, com sugestões voltadas quase exclusivamente ao aperfeiçoamento do texto legal, ou seja, preocuparam-se com a redação legislativa. Manuel Atienza, por seu turno, introduziu a noção de racionalidade e formulou uma teoria normativa que a decompõe em cinco níveis que igualmente servem para avaliar a qualidade da legislação (produto). José Luis Díez Ripollés, por seu turno, desenvolvendo a teoria de Manuel Atienza no âmbito penal, preencheu o conteúdo da racionalidade ética, sob a forma de princípios que devem nortear a legislação (processo) em matéria penal. Na sequência, viu-se que Virgilio Zapatero dedicou suas atenções ao momento da decisão legislativa, anterior à própria redação do texto, também com o foco de garantir uma maior racionalidade na atividade legislativa, ao menos quanto aos projetos com iniciativa governamental. Em seguida, Francisco Laporta, ao esclarecer a noção e importância do “império da lei”, fornece a base teórica que justifica a insistência nos estudos de teoria da legislação. Sucintamente, embora não tenha se dedicado a formular conselhos aos legisladores, de como fazer leis melhores, fundamenta por que seguir nesse empenho. Os escritos de Gema Marcilla Córdoba, como será visto mais adiante, fornecem mais a visão panorâmica das questões envolvendo os temas relacionados à ideia de lei, crise da lei e racionalidade legislativa em geral, predomina o caráter informativo e descritivo. Ángeles Galiana Saura, embora em uma dimensão menos amadurecida, apresenta formulações semelhantes às de Virgilio Zapatero, tendentes ao chamado processo legislativo interno. Como se vê, nenhum dos autores anteriores dignou-se a estudar o debate parlamentar propriamente dito. Mesmo a última conferência de Manuel Atienza sobre esse tema acaba mais retomando seus escritos anteriores do que aprofundando sobre os debates parlamentares, além de também ser fruto das provocações ao seu redor para que siga escrevendo sobre a argumentação legislativa, ou seja, não advém de que o autor venha se dedicando profundamente ao tema.

³⁷⁷ **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, p. 13.

Assim, esse simples empenho de Oliver-Lalana em defender o interesse em torno aos argumentos dos legisladores e em construir um modelo mais amplo que permita avaliar a justificação parlamentar das leis é digno dos maiores elogios. Atente-se para a sutileza: não se trata de avaliar o produto, o texto final aprovado. A análise de Oliver-Lalana se volta para os argumentos e contraargumentos na discussão parlamentar, inclusive para a emenda ou modificação do texto em debate. Parece um detalhe, mas faz toda a diferença. Com isso, dá-se por justificado o interesse em estudar o autor em questão.

No artigo *Ponderación y racionalidad legislativa: la argumentación parlamentaria como argumentación jurídica*³⁷⁸ sustenta que a racionalidade legislativa não é um problema meramente político, mas também jurídico, na medida em que representa a justificação pública da lei e revela a interpretação constitucional dada pelo Poder Legislativo (interpretação legislativa).

Para avaliar a argumentação parlamentar, sugere a teoria da legislação racional, mostrando que a racionalidade legislativa é necessariamente pluriforme e não pode ser reduzida à racionalidade jurídico-formal. Defende que, por trás da mácula de irracionalidade legislativa, pode se ocultar uma constelação de racionalidades em que a racionalidade jurídico-sistemática pode não ser preponderante, sem que isso implique *per se* que a legislação seja irracional. Sugere que o recurso à teoria da ponderação determinaria, em última instância, a racionalidade da argumentação legislativa e, conseqüentemente, do seu produto, a lei.

Oliver-Lalana apresenta um lúcido diagnóstico sobre a visão predominante entre os juristas a respeito da racionalidade legislativa:

Na realidade, os juristas mantemos atitudes contraditórias frente à racionalidade legislativa. Ao tempo em que costumamos dar por certa quando aplicamos ou interpretamos as normas (postulado do legislador racional), nos mostramos profundamente convencidos de que a legislação é um assunto político. Não parece haver uma posição intermediária: ou presumimos a racionalidade por razões metodológicas, ou abandonamos a ideia de racionalidade jurídico-legislativa e nos resignamos ante a arbitrariedade das decisões políticas. O mau é que em nenhum dos dois casos se realiza uma avaliação efetiva da racionalidade legislativa.³⁷⁹

³⁷⁸ **Anuario**. Area socio-jurídica: Facultad de Derecho – Universidad de la República (Uruguay), n. 2, 2005, pp. 105-120.

³⁷⁹ No original: “*En realidad, los juristas mantenemos actitudes contradictorias frente a la racionalidad legislativa. Al tiempo que solemos darla por sentada cuando aplicamos o interpretamos las normas (postulado del legislador racional), nos mostramos profundamente convencidos de que la legislación es un asunto político. No parece haber una posición intermedia: o bien presumimos la racionalidad por razones metodológicas, o bien abandonamos la idea misma de racionalidad jurídico-legislativa y nos resignamos ante la arbitrariedad de las decisiones políticas. Lo malo es que ninguno de los dos casos se realiza una evaluación efectiva de la racionalidad legislativa.*” (**Anuario**. Area socio-jurídica: Facultad de Derecho – Universidad de la República (Uruguay), n. 2, 2005, pp. 105-120, p. 106).

Segundo o autor, uma explicação para tal contradição é a separação estrita entre a legislação e a jurisdição (ou adjudicação). Afirma Oliver-Lalana que, para os juristas, somente esta última se rege conforme as regras de decisão e argumentação racionais, enquanto a primeira ficaria subordinada ao oportunismo político. Como consequência teórica dessa concepção (a irracionalidade legislativa), aponta a ruptura entre racionalidade e legitimidade do direito.

Essa cisão, por seu turno, tem cinco inconvenientes apresentados por Oliver-Lalana e aqui resumidos:

1) as condições procedimentais da legislação nos sistemas democráticos compreendem uma dimensão justificatória, de modo que a argumentação parlamentar deveria refletir a justificção racional subjacente, razão por que esse requisito (a justificção legislativa) não deveria ser irrelevante;

2) a separação entre legislação e jurisdição sugere uma contradição entre democracia e racionalidade, como se a legitimação democrática autorizasse a edição de leis irracionais, quando na verdade os procedimentos deveriam ser utilizados para controlar ou minimizar a irracionalidade dos argumentos provenientes da esfera pública;

3) as decisões legislativas não são totalmente livres ou irrestritas, pois a Constituição e o ordenamento jurídico oferecem condições de coerência e racionalidade, do que decorre que o legislador está obrigado a dar razões capazes de justificar suas decisões;

4) não se pode carregar a irracionalidade na conta do legislador e pressupô-la no juiz; na verdade, o que falta é um quadro de critérios (análogo ao que já existe na teoria da argumentação judicial) para a justificção legislativa, sem o que a tendência é que se pense ser esta (a legislativa) guiada por meros critérios de oportunidade política; e

5) a negação da racionalidade legislativa poderia distorcer a avaliação da racionalidade das decisões judiciais, ou, se se prefere, a racionalidade e a legitimidade das leis constituem componente imprescindível da argumentação dos juízes e dogmáticos. Se as leis não têm que ser racionais, a conexão entre racionalidade e legitimidade se rompe.

Oliver-Lalana cuida, então, de explicar o caráter jurídico da argumentação legislativa, já que trata de justificar uma decisão jurídico-normativa, é dizer, a criação, estabelecimento ou modificação de uma norma (lei), incluindo a fixação de uma determinada interpretação ou aplicação de uma norma da Constituição. E discorre, também, sobre as peculiaridades da argumentação legislativa, as quais poderiam ser assim sintetizadas: a) a argumentação legislativa se dá em dois momentos: o primeiro, a argumentação que justifica a decisão legislativa para regular de uma determinada maneira; e um segundo, a argumentação

da criação da lei, acerca do texto que fixa a decisão (pelo autor chamado de fixação textual); b) os condicionantes institucionais da argumentação legislativa são mais marcados que os da argumentação judicial, destacando-se a disciplina de voto imposta aos parlamentares pelos grupos e partidos políticos e a vinculação do legislador à vontade dos cidadãos; c) a argumentação parlamentar desempenha uma função político-representativa; d) as premissas da argumentação parlamentar são de índole moral, ética, política e econômica, além de jurídica (ao passo que a argumentação judicial é exclusivamente jurídica), ou seja, entram em jogo racionalidades não jurídicas.

Nesse ponto, após explicar brevemente os modelos teóricos de outros autores, conclui que a teoria de Manuel Atienza é a mais desenvolvida e a que melhor serve ao propósito de combinar a teoria da argumentação jurídica com a teoria da legislação. Entretanto, Oliver-Lalana reconhece que permanece em aberta a questão sobre o “equilíbrio ótimo” entre os diferentes níveis de racionalidade propostos por Atienza, nos casos de colisão. Em suas próprias palavras, continua o problema de quando podemos considerar que uma combinação de critérios de racionalidade é racional³⁸⁰.

Na opinião de Oliver-Lalana, a chave está no conceito de ponderação, que tem papel fundamental na justificação da decisão político-legislativa (que define os meios e os fins), prioritariamente com argumentos de natureza constitucional e moral. De acordo com o autor, a ponderação entre diferentes racionalidades também está presente no plano da fixação textual, mas assume que ainda devem ser discutidas as adaptações necessárias para a ponderação que tem lugar no processo legislativo.

Em *Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes*³⁸¹, começa assentando o seguinte ponto de partida: toda decisão normativa deve ser justificada mediante argumentos racionais, já que de outra forma não se pode apresentar como legítima. É dizer, a legitimidade das leis está necessariamente vinculada à argumentação que as justifica.

Depois de retomar alguns pontos do artigo anterior – a visão predominante entre os juristas quanto à subestimação do legislador, à racionalidade legislativa e aos problemas teóricos decorrentes da consideração da irracionalidade (ou arbitrariedade) das decisões políticas –, Oliver-Lalana assenta o seu conceito de argumentação parlamentar ou legislativa (que representa a base de suas análises posteriores): os debates que antecedem à aprovação da

³⁸⁰ Ponderación y racionalidad legislativa: la argumentación parlamentaria como argumentación jurídica. **Anuario**. Area socio-jurídica: Facultad de Derecho – Universidad de la República (Uruguay), n. 2, 2005, pp. 105-120, p. 118.

³⁸¹ In: CARDINAUX, Nancy; CLÉRICO, Laura; D’AURIA, Aníbal (Coords.). **Las razones de la producción del derecho**: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2006, pp. 139-166.

lei e que têm lugar tanto nas comissões, como no plenário. Ciente de que essa amplitude conceitual pode ser considerada restrita ou mesmo superficial, Oliver-Lalana enfatiza que não há maneira de se acessar o que está por trás, é dizer, os processos decisório e negociador que se desenvolvem em conversas privadas, nos corredores ou nas reuniões internas dos partidos, e, além disso, que importante é a justificação pública que os parlamentares dão às suas decisões. Daí que a nota da publicidade é determinante.

O autor novamente insiste na juridicidade da argumentação legislativa e em que, por ocasião desta, realiza-se uma aplicação da Constituição (uma interpretação legislativa).

Em *Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario*³⁸², Oliver-Lalana, após a exposição de suas bases teóricas propostas como modelo para analisar argumentação legislativa sobre a eficácia (ou racionalidade pragmática, no jargão de Manuel Atienza), reconstrói e estrutura a deliberação legislativa que acrescentou um parágrafo ao art. 44 do Código Civil espanhol para autorizar o matrimônio homossexual³⁸³, centrada em torno dos argumentos usados para discutir a eficácia e efetividade da referida proposta legislativa. Seu propósito era o de verificar como as leis estão fundamentadas quanto à eficácia; como esta está inserida no discurso de justificação legislativa; se os parlamentares chegam a debater questões como o impacto das leis, os efeitos sociais, seus custos econômicos ou sua implementação; e se são agregados dados estatísticos e informação empírica e sociológica³⁸⁴. Sugere, inclusive, que a ausência de discussões sobre a eficácia poderia ser um indicador da baixa qualidade da fundamentação das leis³⁸⁵.

Oliver-Lalana distingue seis acepções diferentes com que se trata a eficácia: 1) cumprimento, 2) aplicação, 3) mobilização, 4) efetividade, 5) eficiência e 6) simbólica. Especificamente quanto a essa última variante de eficácia, o autor, com base no modelo de legislação comunicativa de Witteveen³⁸⁶, apresenta uma espécie de reconsideração da eficácia simbólica das leis. Basicamente, tal perspectiva considera que, algumas vezes, a legislação consiste na transmissão de mensagens normativas, ao passo que, outras, atividade

³⁸² **Doxa**, n. 31, 2008, pp. 533-566.

³⁸³ Eis o dispositivo em questão: “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.*”.

³⁸⁴ Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario. **Doxa**, n. 31, 2008, pp. 533-566, p. 544.

³⁸⁵ Idem, ibidem, p. 545.

³⁸⁶ Refere-se aos seguintes artigos: *Legislation and the Fixation of Belief* (In: KEVELSON, Roberta (Ed.). **The Eyes of Justice. Seventh Round Table on Law and Semiotics**. New York: Peter Lang, 1994, pp. 319-343); *Significant, Symbolic and Symphonic Laws* (In: VAN SCHOOTEN, Hanneke (Ed.). **Semiotics and Legislation**. Liverpool: Deborah Charles, 1999, pp. 27-70); *Turning to Communication in the Study of Legislation* (In: ZEEGERS, Nicolle; WITTEVEEN, Willem; VAN KLINK, Bart (Eds.). **Social and Symbolic Effects of Legislation under the Rule of Law**. New York: The Edwin Mellen Press, 2005, pp. 17-44); e, juntamente com Bart van Klink, *Why Is Soft Law Really Law? A Communicative Approach to Legislation* (**RegelMaat**, 14/3, 1999, pp. 126-140).

construtiva em que se negocia um significado compartilhado por determinado texto (ou símbolo).

Nesse sentido, em determinadas situações, é preferível que as normas sejam configuradas como processos inclusivos de argumentação, pois assim facilitaria o conhecimento e a aceitação por parte de seus destinatários. Segundo Witteveen, seria apropriado empregar tal tática simbólica e participativa das normas abertas em três situações: i) quando o legislador não possui conhecimento técnico suficiente para fixar regras precisas e claras; ii) quando a matéria objetivo da intervenção legislativa é demasiado complexa ou vacilante para ser regulada detalhadamente; iii) quando o tema legislado tem implicações ideológicas ou ético-morais fortes³⁸⁷. De acordo com o modelo da legislação comunicativa, nesse último caso, a lei ofereceria a oportunidade de mudar gradualmente as atitudes através de processos de diálogo.

Na sequência, Oliver-Lalana expõe sua proposta de análise, que resumidamente é o seguinte: a) averiguar se os parlamentares discutem sobre a eficácia da lei e por quais argumentos; b) definir o peso relativo dos argumentos de eficácia dentro do discurso de justificação das leis; c) detectar a relação entre a eficácia e a efetividade da lei com sua racionalidade linguística (estratégia regulativa); e d) avaliar a qualidade discursiva ou argumentativa do debate em torno da eficácia.

Entre os resultados alcançados, algumas constatações emergem de forma bastante interessante, como a revelação que, mesmo uma lei de corte ético-moral (que simplesmente autoriza o matrimônio homossexual) – é dizer, sem normas de mandato, o que sugeriria ausência de discussões sobre o respectivo cumprimento –, gera, sim, discussões e argumentos de eficácia em quase todas as suas variantes³⁸⁸.

Para abreviar a seção do autor aqui trabalhado, passe-se imediatamente aos próximos trabalhos.

Em *Rational lawmaking and legislative reasoning in Parliamentary debates*³⁸⁹, Oliver-Lalana volta a reunir os *insights* e premissas sobre as quais vem estruturando suas reflexões e energias na construção de um modelo capaz de analisar a qualidade da argumentação legislativa. Entre outras reflexões, constam as ideias de que fazer uma lei inclui argumentar; que “argumentação” e “legislação” (como atividade) caminham de mãos dadas; que o bom legislador é tanto o capaz criar normas racionais, quanto o de prover razões

³⁸⁷ Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario. *Doxa*, n. 31, 2008, pp. 533-566, p. 543.

³⁸⁸ Idem, *ibidem*, p. 550.

³⁸⁹ In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **The rationality and justification of legislation. Essays in Legisprudence**. Dordrecht: Springer, 2013, pp. 135-184.

públicas respectivas, devendo cumprir com ambas as demandas; que a qualidade da lei guarda relação com a qualidade da argumentação a ela subjacente: quanto melhor a argumentação, melhor será a lei dela resultante, etc. Dá, assim, diversas razões para a tese que defende no sentido de que não se pode separar a teoria da legislação de uma teoria normativa de como se deveria dar a argumentação racional quanto à justificação das leis no Parlamento³⁹⁰, ou, em suas próprias palavras mais fortes: a racionalidade na elaboração legislativa é impossível sem argumentos³⁹¹.

Nesse capítulo de livro, o autor novamente tece considerações sobre a noção de racionalidade de Manuel Atienza, a de Antonio La Spina e a que considera como guia em seu trabalho. Delimita a abrangência da argumentação legislativa que analisa aos debates travados nas sessões dos plenários e comissões, sobretudo pelas razões práticas expostas anteriormente (no artigo *Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario*). Enfim, demarca o enfoque legisprudencial que usa.

Já entrando na reconstrução argumentativa que faz dos debates sobre a lei espanhola que disciplina a conservação de informações por parte das operadoras de telecomunicação – *Ley 25/2007, de de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones* – Oliver-Lalana descreve o caráter, não só fragmentário, mas também incompleto (ou entimemático) dos argumentos, sendo frequentemente necessário identificar o que está implícito de modo a reconstruir inteiramente a argumentação³⁹². Reputa imperioso que se evite uma visão do debate legislativo como simples disputas entre dois lados, ou entre governo e oposição, pois rotineiramente a argumentação legislativa vai além desses cenários mais simples, sobretudo nos sistemas multipartidários e bicamerais.

A composição pluralista das casas legislativas pode resultar em mais de duas posições e produzir constelações de argumentos mais complexas (e transitórias)³⁹³. Para ilustrar, dá o exemplo do debate analisado – quanto ao tempo durante o qual deveriam manter as informações disponíveis para recuperação –, no qual se formaram três opções: a) doze meses, com possibilidades de extensão e redução conforme as circunstâncias; b) seis meses; e c) noventa dias. O autor vai reconstruindo os argumentos que são suporte a cada uma das posições.

³⁹⁰ Idem, ibidem, p. 139.

³⁹¹ Idem, ibidem, p. 144.

³⁹² Idem, ibidem, p. 149.

³⁹³ Idem, ibidem, p. 151.

Chama a atenção para um detalhe interessante: em uma argumentação legislativa, nem todos os debates são controvertidos e muitas vezes são encontrados argumentos incontestáveis. Os parlamentares podem estar de acordo com uma posição e, ainda assim, apresentarem razões, seja para a emenda (supressiva, modificativa ou aditiva), seja para tornar explícita a justificativa da escolha consensuada. No caso analisado, cita a questão de que tipos de crimes justificariam a cessão das informações: na proposta original, figurava a previsão de quaisquer delitos, ao passo de que todos os parlamentares defenderam a proposta restrita aos delitos graves. Mesmo diante do consenso e sem quaisquer confrontações, esse ponto foi considerado particularmente relevante e foi objeto de repetidas argumentações. Oliver-Lalana ressalta essa peculiaridade do debate parlamentar: não pode ser visto apenas como uma arena de confrontação, mas também como uma ferramenta educativa, na qual os parlamentares explicam e esclarecem as razões legislativas³⁹⁴.

Para analisar o debate escolhido, primeiramente, usando os cinco níveis de racionalidade de Atienza, o autor propõe-se a ordenar os argumentos utilizados concretamente. Registra que alguns deles podem pertencer a mais de um nível ou pode haver dificuldade na catalogação e dá exemplos referentes ao caso analisado³⁹⁵. Tal como no artigo anterior, revela a relação entre os diferentes níveis de racionalidade da justificação legislativa (continuidade, independência ou tensão).

Em seguida, avança na abordagem da qualidade da argumentação legislativa. Conta que o método mais antigo nesse sentido consiste em detectar falácias, tal como Bentham³⁹⁶ fez, sem necessidade de endossar qualquer teoria da argumentação específica, aproveitando unicamente os diversos catálogos de falácias (formais e informais) elaborados desde Aristóteles. Entretanto, faz algumas advertências quanto às falácias cometidas durante uma deliberação legislativa: em primeiro lugar, o contexto, a matéria e a orientação teórica do avaliador são relevantes – pois um argumento pode ser falacioso em determinado contexto (o julgamento nos tribunais, por exemplo), mas não necessariamente no debate legislativo³⁹⁷; em segundo lugar, a presença de falácias em uma argumentação legislativa somente pode ser um indicador de qualidade na medida em que permaneçam incontestadas ou sem correção; em terceiro lugar, o impacto das falácias na justificação racional das leis pode ser menos que o esperado – e exemplifica com as falácias *ad hominem* que vão acompanhadas de argumentos

³⁹⁴ Idem, *ibidem*, p. 154.

³⁹⁵ Idem, *ibidem*, pp. 160-166.

³⁹⁶ Refere-se à obra *The book of fallacies. The works of Jeremy Bentham*, v. 2 (Edinburgh: W. Tait, 1843).

³⁹⁷ Rational Lawmaking and legislative reasoning in Parliamentary debates. In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **The rationality and justification of legislation. Essays in Legisprudence**. Dordrecht: Springer, 2013, pp. 135-184, p. 171.

impecáveis a favor ou contra determinada proposta –; em quarto lugar, o teste das falácias não exaure a avaliação da qualidade, já que, segundo sua opinião, argumentos disparatados ou estúpidos (tolos), contradições lógicas ou crenças falsas não necessariamente seriam falácias, mas argumentos simplesmente ruins ou fracos³⁹⁸. De acordo com Oliver-Lalana, a abordagem das falácias pavimenta o caminho para as avaliações subsequentes.

Nesse sentido, reputa necessário o apoio dos modelos normativos de argumentação pré-existente, que estabeleçam os critérios qualitativos do que é uma boa argumentação e as regras do processo argumentativo (que deveriam nortear as interações argumentativas). Cita como exemplos: 1) os critérios de avaliação formal de Johnson³⁹⁹ quanto à estrutura e conexão dos argumentos exigidos em uma argumentação racional; 2) o modelo de discussão crítica e a teoria pragma-dialética da argumentação de van Eemeren e Grootendorst⁴⁰⁰, que fornecem regras de colaboração para alcançar um acordo razoável, por intermédio da argumentação, em contextos de diferentes opiniões; 3) o modelo do discurso prático racional elaborado por Robert Alexy⁴⁰¹ com base na ética habermasiana; 4) o de Cattani⁴⁰²; e 5) o de Bordes⁴⁰³. Contudo, resente Oliver-Lalana, tais modelos não são aplicados à argumentação legislativa diretamente, sendo necessário critérios de qualidade específicos.

A terceira vertente de possibilidade de avaliação da qualidade da argumentação é por intermédio dos esquemas argumentativos, assim entendidos as formas abstratas típicas que têm os argumentos, os quais servem para avaliar as questões críticas dos debates parlamentares (e também das opiniões dos especialistas sobre as consequências), sobretudo os esquemas relacionados à argumentação teleológica e prática (ou pragmática).

Para Oliver-Lalana, o esquema jurisprudencial ainda pode ser combinado com os modelos de avaliação da deliberação legislativa. Menciona o *Discourse Quality Index*⁴⁰⁴ voltado para as propriedades formais e pragmáticas dos debates legislativos a partir das características dos discursos dos parlamentares, e o modelo de inteligência da deliberação desenvolvido por Mucciaroni e Quirk⁴⁰⁵. Recomenda, ainda, a combinação das concepções formal (lógica), material e pragmática, fazendo referência a Atienza. A opinião de Oliver-

³⁹⁸ Idem, ibidem, p. 172.

³⁹⁹ Refere-se à obra *Manifest rationality: a pragmatic theory of argument* (Mahwah: Erlbaum, 2000).

⁴⁰⁰ Refere-se às obras *Speech acts in argumentative discussions* (Dordrecht, Berlin: Foris, de Gruyter, 1984) e *A pragma-dialectical procedure for a critical discussion* (**Argumentation**, v. 17, n. 4, 2003, pp. 365-386).

⁴⁰¹ Refere-se à obra *A theory of legal argumentation* (Oxford: Clarendon Press, 1989).

⁴⁰² Refere-se à obra *Los usos de la retórica* (Madrid: Alianza, 2003).

⁴⁰³ Refere-se à obra *Las trampas de Circe. Falacias lógicas y argumentación informal* (Madrid: Cátedra, 2011).

⁴⁰⁴ Desenvolvido pelo Bern Center for Deliberative Studies, composto de seis indicadores.

⁴⁰⁵ Refere-se às obras *Deliberative choices. Debating public policy in congress* (Chicago: University of Chicago Press, 2006) e *Rhetoric and reality: Going beyond discourse ethics in assessing legislative deliberation* (**Legisprudence**, v. 4, n. 1, 2010, pp. 35-52).

Lalana é a de que todas essas abordagens são complementares, na verdade, e não conduziriam a resultados muito diferentes em casos extremos (argumentações muito boas ou muito ruins)⁴⁰⁶.

Na última sessão de *Rational lawmaking and legislative reasoning in Parliamentary debates*, o autor introduz o debate a respeito do controle judicial sobre a argumentação legislativa ou sobre a “devida deliberação” ou o modelo de deliberação legislativa, mas não chega a desenvolvê-lo nessa oportunidade.

Em *Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa*⁴⁰⁷, considerando que uma lei equivale a um entramado de decisões normativas e, como tais, implicam uma pretensão de justificabilidade, Oliver-Lalana se propõe a demonstrar por que a argumentação legislativa teria que ser um capítulo de destaque de uma concepção argumentativa do direito no Estado Constitucional. Para isso, explora seu enfoque, a *Legisprudencia*, cujo objetivo é examinar se, e em que medida, o debate parlamentar pode proporcionar um indicador das razões que sustentam as decisões legislativas. Enfatiza que até o momento não existem métodos consolidados para abordar a deliberação legislativa a partir desse ângulo⁴⁰⁸.

Toma a noção de racionalidade legislativa de Manuel Atienza, já explicada anteriormente, perfilada em cinco níveis: linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética. Chama a atenção para que esse modelo serve para avaliar o produto já acabado da atividade legislativa, mas não serve como modelo descritivo do que efetivamente passa no debate parlamentar. Apesar dessa crítica pontual, usa a taxonomia de Atienza para organizar os argumentos, embora anote que não lhe resulta claro no esquema de Atienza o posto ocupado pelas razões constitucionais (os princípios, especialmente), o que implicaria uma convergência de argumentos jurídicos, teleológicos e valorativos ao mesmo tempo⁴⁰⁹.

Uma segunda premissa de que parte Oliver-Lalana é a amplitude da justificação das leis: somente o conteúdo dos debates parlamentares, nas comissões ou no plenário, transcritos nas atas ou diários das sessões, deixando de fora outros documentos, como preâmbulos, exposições de motivos ou outros trabalhos preparatórios⁴¹⁰. Esse ponto é importante e merece uma breve reflexão: a argumentação legislativa está tanto nos escritos (a própria lei, os preâmbulos e as exposições de motivos), quanto nos debates parlamentares (conferidos a

⁴⁰⁶ Rational Lawmaking and legislative reasoning in Parliamentary debates. In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **The rationality and justification of legislation. Essays in Legisprudence**. Dordrecht: Springer, 2013, pp. 135-184, pp. 175-176.

⁴⁰⁷ In: MORALES, Félix; GRÁNDEZ, Pedro (Eds.). **La argumentación jurídica en el Estado Constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2013, pp. 491-525.

⁴⁰⁸ Idem, ibidem, p. 492.

⁴⁰⁹ Idem, ibidem, p. 494.

⁴¹⁰ Idem, ibidem, p. 493.

partir das atas taquigráficas e diários de sessões). Cada um desses materiais tem características diferentes e nem sempre há correspondência entre um e outro. Nada obstante, ambos continuam sendo argumentação legislativa. A questão será retomada oportunamente na parte final desta tese.

A terceira premissa do autor é o conceito de argumento legislativo, por ele tomado como o conjunto de razões que apoiam uma posição em relação a uma questão ou problema. Para ele, existe argumento legislativo se um ator avança uma posição e no curso dos debates se aduz, seja pelo mesmo ator, seja por outro, ao menos uma razão de apoio para essa posição, em uma tentativa de defender, emendar, criticar ou rejeitar algum aspecto do projeto de lei.

Com isso, ensaia um estudo de caso, com a análise da deliberação parlamentar em relação a uma alteração na lei espanhola que regulamenta o aborto (*Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*) voltada para permitir o acesso de menores a partir dos dezesseis anos ao aborto sem autorização e, em certas condições, independentemente do conhecimento dos seus representantes legais (medida constante do *art. 13.4*⁴¹¹). Explica que a medida sofreu muitos ataques no Parlamento e deu lugar a três posturas iniciais: a) permitir à jovem a partir de dezesseis anos o acesso ao aborto como maior de idade; b) a manutenção do regime anterior que exigia a autorização parental; e c) o acesso, mas com a notificação da decisão da menor aos respectivos representantes legais⁴¹².

A partir disso, usando esquemas gráficos (com flechas e tabelas⁴¹³), Oliver-Lalana reconstrói a argumentação torno a essas posturas iniciais, articulando o entreamado de argumentos a favor e contra, tanto os baseados nos fins da lei, quanto nas suas consequências, transcrevendo nas notas de rodapé os trechos das falas parlamentares constantes das atas de sessões. Sua exposição, diga-se de passagem, é muito mais interessante do que o resumo aqui

⁴¹¹ O mencionado artigo foi suprimido *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo*. A revogação em questão teve como efeito a retirada da possibilidade de que as menores de idade, sem nem mesmo informar aos seus genitores, prestem seu consentimento ao aborto. Nada obstante, para melhor compreender a discussão analisada por Oliver-Lalana, registre-se que o artigo aprovado na *Ley Orgánica 2/2010* tinha a seguinte redação: “*En el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo.*”

⁴¹² Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa. In: MORALES, Félix; GRÁNDEZ, Pedro (Eds.). **La argumentación jurídica en el Estado Constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2013, pp. 491-525, p. 497.

⁴¹³ Idem, ibidem, p. 505.

feito possa aparentar. Dá especial atenção à discussão em torno do que chama objeção “do coador”^{414, 415}: de acordo com esse argumento, a introdução da possibilidade de que não se informe aos representantes da menor estimularia a irresponsabilidade e tornaria o aborto, aos olhos das menores, em mais um método anticonceptivo, e isso teria o efeito contrário ao desejado no plano teleológico: reduzir as gravidezes não desejadas entre jovens e proporcionar apoio familiar à menor. Por esse raciocínio, se a intenção é evitar o desamparo da menor, a notificação seria a melhor opção e a exceção abriria um espaço para que se frustrasse esse objetivo.

Oliver-Lalana reconhece que há uma grande dificuldade em analisar uma argumentação legislativa a partir de um modelo multinível de justificação: a deliberação legislativa pode ser tão complexa e seu debate incluir uma profusão argumentativa, que resulte impossível representar essa estrutura em um único esquema⁴¹⁶. Nada obstante, toda argumentação legislativa tem um traço constante: a persecução de um fim, de modo que em qualquer debate legislativo aparecerá um eixo de argumentação teleológica, razões instrumentais. Em segundo plano, por seu turno, aparece o plano axiológico: são necessários valores para justificar os fins e os meios para alcançá-los. Além disso, permeiam a deliberação legislativa questões empíricas (as consequências sociais) e técnicas científicas.

Nesse contexto, explica que a melhor forma de reconstruir o debate legislativo é a partir da definição de um problema (ou da árvore de problemas imbricados), o que consiste em uma descrição, naturalmente colorida com juízos de valor, de um estado de coisas atual ou futuro. Para Oliver-Lalana, os parlamentares constatarem uma situação ou tendência social que consideram deficitária em algum sentido e que requer a ação legislativa. Explica que são típicos da definição do problema argumentos de que a situação fática afeta valores ou bens ético-morais ou constitucionais, de que o marco jurídico em vigor não cobre a necessidade detectada; se existente, é inseguro ou incerto, não alcançou eficácia social ou não cumpriu seu objetivo. A partir disso, passa-se a impugnar a necessidade ou demanda social alegada (não se reconhece o problema) ou a base jurídica para a ação legislativa (se reconhece o problema,

⁴¹⁴ Além da referência ao utensílio (coador), a palavra *coladero* em espanhol também significa o lugar por onde é fácil entrar ou introduzir-se sem premissão. No jargão legislativo do país, usa-se como referência às regras que preveem exceções que deixam uma espécie de porta aberta com potencial para se converterem em regra geral. Esse uso não encontra equivalente em português.

⁴¹⁵ Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa. In: MORALES, Félix; GRÁNDEZ, Pedro (Eds.). **La argumentación jurídica en el Estado Constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2013, pp. 491-525, p. 514.

⁴¹⁶ Idem, *ibidem*, p 515.

mas não compete ao Parlamento abordá-lo) ou ainda se tentará rejeitar integralmente o projeto⁴¹⁷.

Oliver-Lalana descreve que, se a medida legislativa se destina a corrigir ou promover um estado de coisas, os legisladores devem identificar e justificar seus objetivos, e normalmente os valores usados para descrever o problema são os mesmo usados para justificar os objetivos da medida. De acordo com o autor, os valores que sustentam a finalidade não costumam gerar desacordo; o centro do debate reside mais na sua aplicação ao problema. No caso por ele analisado, estão os seguintes valores: o dever de proteger a menor (e a sua saúde), a autodeterminação individual (a capacidade de decidir), o direito à intimidade e o princípio da igualdade. Oliver-Lalana pontua que a referência a objetivos igualmente resultou pouco controvertida no caso analisado. Entretanto, foram muitas as acusações de fins ocultos (não declarados) por trás da medida legislativa.

O autor revela que a maioria das disputas brotam quando se discutem os meios com que alcançar os objetivos legislativos. São frequentes contra toda proposta, os ataques básicos: de um lado, “não alcançará o resultado pretendido” (ou o fará só de forma limitada e insatisfatória ou insuficiente); de outro, “comporta efeitos ou consequências sociais negativas ou indesejadas” (impacto que poderia ser minimizado com uma medida alternativa). Habitualmente, o foco da deliberação legislativa no Parlamento está nessas questões, segundo Oliver-Lalana.

Na comparação dos meios, avança o autor, a dimensão axiológica retoma o primeiro plano. Afirma que ocorre uma ponderação (enquanto raciocínio para justificar qual medida deve prevalecer), ainda que de forma inconsciente por parte dos legisladores. Inclusive, esse seria um problema da ponderação legislativa: é opaca⁴¹⁸. Em sua análise, é justamente o que ocorre com a questão do consentimento das menores: embora houvesse vários pontos a ponderar – por exemplo: redução dos abortos em menores, prevenção de abortos clandestinos, proteção à menor, a intimidade, a família –, a discussão se centrou de modo explícito apenas na colisão entre o direito à vida (a proteção do nascituro) e o direito à autodeterminação da mãe.

Encerrada essa parte, Oliver-Lalana passa a dedicar-se ao controle constitucional dos argumentos legislativos. Defende que os argumentos legislativos contidos no debate parlamentar devem sujeitar-se ao escrutínio judicial onde vigore a proibição geral de arbitrariedade do legislador. Esclarece que não se trata de um controle substantivo da lei, mas

⁴¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 518.

⁴¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 521.

sim da deliberação legislativa, quanto aos requisitos formais e procedimentais, para saber se o Parlamento justificou ou não a decisão, se a lei foi ou não debatida. Cita o exemplo do Tribunal Constitucional alemão, pioneiro na doutrina do controle do processo interno de legislação, garantindo a justificação da lei pelo próprio Parlamento, sobretudo as que afetam direitos fundamentais e bens constitucionais básicos. Trata-se de, à luz das atas parlamentares, aferir se houve base suficiente para as decisões legislativas.

Nessa mesma linha, menciona o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no sentido de que viola a Convenção Europeia uma restrição do direito a voto dos presos, constante lei britânica, por falta de debate parlamentar (caso *Hirst v. UK, Nr. 2, §79*). Para Oliver-Lalana, a revisão das razões legislativas pode ser uma maneira viável e democraticamente reconhecida de promover uma melhor deliberação parlamentar na produção das leis⁴¹⁹. Reconhece, entretanto, que ainda não há clareza quanto aos critérios e ferramentas metodológicas que podem ser empregadas nesse sentido.

A parte mais interessante desse esforço de Oliver-Lalana está na comprovação de algumas características básicas da argumentação legislativa: o caráter fragmentário, sintético e repetitivo dos argumentos, a predominância da perspectiva moral e política, o entrenchamento (embora também a evolução) das posturas, a incidência de lutas partidárias na justificação da lei, o uso de tópicos recorrentes na discussão política (como o das intenções ocultas ou o da falta de representatividade social), a invocação do consenso (ou dissenso) como critério legitimador (ou deslegitimador). Observa, ainda, o uso do raciocínio prático, como os argumentos consequencialistas, e também argumentos jurídicos, que chegam, inclusive, a interpretar valores constitucionais.

Mesmo o autor considerando um estudo limitado e incompleto, claramente joga grandes luzes sob seu enfoque legisprudencial, em cujo núcleo está o problema da justificação das leis.

Na conferência *¿Le importa a alguien que los legisladores razonen?*⁴²⁰, o título já sugere o conteúdo da discussão: partindo do pressuposto de que os legisladores têm capacidade de justificar suas decisões mediante razões ou argumentos e, além disso, podem e devem usá-la, Oliver-Lalana reflete sobre a importância (que deveria haver), para os juristas

⁴¹⁹ Idem, ibidem, pp. 522-523.

⁴²⁰ Conferência apresentada ao *XXII Seminário Luso-Hispano-Franco-Italiano de Teoria do Direito* (Universidade de Lisboa, junho 2016). Disponível em: <<https://seminariodeteoriadodireitoxii.wordpress.com/24-de-junho/>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

teóricos e dogmáticos, que os legisladores justifiquem suas decisões⁴²¹. Passa, então, a desenvolver um método para extrair do debate parlamentar conclusões de interesse teórico ou dogmático e para avaliar a qualidade desses debates.

Para contextualizar o interesse jurídico que desperta a deliberação legislativa, o autor pontua duas importantes discussões na teoria jurídica: a primeira, a tensão entre o democracia e “juristocracia”, e a segunda, já no terreno da dogmática, sobre o controle processual da legislação. Critica a postura de ambos partidários e detratores do controle judicial das leis, que, respectivamente, dão por certa a incapacidade dos legisladores de justificar corretamente as decisões que toma ou reivindicam em abstrato a dignidade da legislação e sua centralidade para o Estado de direito e o império da lei, embora não “sujem suas mãos” com as realidades legislativas. Nos dois casos, reclama que a face argumentativa do Parlamento não é abordada.

Na sua opinião, faz-se necessário um exame empírico dos processos reais de justificação e deliberação legislativa para a definição sobre se e em que medida os poderes decisórios de uma corte constitucional devem se estender em prejuízo das margens de configuração dos legisladores. Naturalmente, esse exame empírico exige instrumentos para analisar e avaliar os debates no parlamento.

Oliver-Lalana retrata que as teorias jurídicas padrão estão orientadas para o papel do juiz e que a interpretação constitucional é vista como algo privativo dos tribunais. Ocorre que, afirma, os legisladores também interpretam e frequentemente leis são resultado de decisões interpretativas sobre textos constitucionais (com a diferença de que não se referem a casos individuais). Lembra que existem modelos muito sofisticados de ponderação judicial, mas, em contraste, falta uma teoria que abarque as características diferenciadas da ponderação legislativa, de modo que permitisse reconstruir e avaliar a tarefa da interpretação constitucional no âmbito parlamentar.

Alerta que deixar de lado o processo de justificação legislativa pode trazer complicações, pois impede uma reconstrução apropriada da ponderação judicial e, concretamente, do tratamento que deve ser dado aos princípios formais ou institucionais, como a democracia e a separação dos poderes. Reflete ainda que, ante a falta dessas teorias,

⁴²¹ No espanhol, o verbo *razonar* significa: 1. Estabelecer relação entre ideias ou conceitos distintos para obter conclusões ou formar um juízo; e 2. Justificar uma resposta, opinião, fato, etc., mediante razões ou argumentos. No português, diferentemente, o verbo *raciocinar* não tem esse segundo significado no seu uso corrente. Não está associado à tarefa de “dar razões”, embora do dicionário constem os seguintes significados: 1. Fazer raciocínios; 2. Buscar a verdade com auxílio da razão; 3. Procurar compreender as relações entre coisas e fatos; 3. Calcular; 4. Alegar razões relativamente a uma questão; e 5. Encadear argumentos e fazer deduções. Assim, resta explicada a opção da tradução de *razonar* por “justificar” em português.

deveria existir mais cautela na hora de tomar partido sobre como distribuir a autoridade definitiva para fixar o significado da Constituição em uma sociedade democrática.

Conta, então, que nos últimos anos vem ganhando proeminência (sob nomes e alcances diversos) o controle constitucional do processo de justificação legislativa. Dá três exemplos. No primeiro – *Reno v. American Civil Liberties Union* 521 U.S. 844, de 1997 –, a Corte Suprema dos Estados Unidos considerou a falta de estudos e discussão no Legislativo um dado relevante para declarar que o *Communications Decency Act* (lei que buscava proibir a pornografia na internet, entre outras disposições) violava a liberdade de expressão.

No segundo – C-92/09, *Volker und Markus Schecke GbR and Hartmut Eifert v Land Hessen*, de 09/11/2010 –, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE recriminou a Comissão e o Conselho (órgãos da União Europeia) por não terem considerado alternativas que respeitassem o objetivo perseguido (acabar com a pornografia) e, ao mesmo tempo, fossem menos lesivas (a discussão versava sobre a proteção de dados pessoais).

No terceiro – *Evans v. The U.K.* –, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH (Grande Sala), manteve hígida a margem de apreciação do legislador, em concreto, o *Human Fertilisation and Embriology Act*, considerando que foi a culminação de um detalhado exame das implicações sociais, éticas e jurídicas no campo da fertilização e embriologia e fruto de muita reflexão, consultas e debates⁴²².

Nos três casos, os juízes avançaram e não se detiveram no nível procedimental, tampouco no substantivo, tendo entrando no plano justificatório propriamente dito, é dizer, revisaram criticamente o processo de justificação legislativa, como um escrutínio judicial sobre o “modo como se legisla”. O autor também ressalta outro precedente do TEDH – o caso *Hirst v. UK*, de 06/12/2005 –, no qual a falta de “debate parlamentar substancial” seria razão suficiente para declarar que a restrição geral ao voto dos presos (assunto a que se referia a lei aprovada “sem debate”) violava o Convênio.

⁴²² “60. *The 1990 Act was the culmination of an exceptionally detailed examination of the social, ethical and legal implications of developments in the field of human fertilisation and embryology. Its policy was to ensure continuing consent from the commencement of treatment to the point of implantation in the woman. While the pressing nature of the applicant’s medical condition had required that she and J. reach a decision about the fertilisation of her eggs without as much time for reflection and advice as might ordinarily be desired, it was undisputed that it was explained to them both that either was free to withdraw consent at any time before the resulting embryo was implanted in the applicant’s uterus. As in Pretty v. the United Kingdom (no. 2346/02, ECHR 2002-III) and Odièvre v. France ([GC], no. 42326/98, ECHR 2003-III), strong policy considerations underlay the decision of the legislature to favour a clear or “bright line” rule which would serve both to produce legal certainty and to maintain public confidence in the law in a sensitive field. Like the national courts, the Chamber did not find, therefore, that the absence of a power to override a genetic parent’s withdrawal of consent, even in the exceptional circumstances of the applicant’s case, was such as to upset the fair balance required by Article 8 or to exceed the wide margin of appreciation afforded to the State.” (Case of Evans v. The United Kingdom. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80046>>. Acesso em: 07 jun. 2017)*

Para resumir um pouco o que Oliver-Lalana trabalha muito melhor do que aqui se poderia retratar, o autor usa esses exemplos para chamar a atenção para a importância do debate legislativo, não só como fonte de justificação das leis (a partir dos casos mencionados), mas também vinculado a determinadas concepções de justiça constitucional (leia-se, de interpretação jurídica), embora esse segundo tema não seja aprofundado pelo autor.

Oliver-Lalana explica o pouco interesse existente quanto à argumentação legislativa na má-percepção compartilhada por todos, inclusive os juristas, a respeito dos legisladores e dos seus desempenhos, e da legislação, vista como fenômeno político submetido aos vaivéns do oportunismo e das lutas de poder. Isso acaba conduzindo à objeção de que não haveria espaço para a argumentação racional no Parlamento.

Sem desmerecer tal descrédito, insiste que na sua crença de que os legisladores têm, sim, capacidade argumentativa e introduz uma de suas mais interessantes metáforas para explicar o potencial justificatório da deliberação legislativa: a hipótese do concentrado, é dizer, que os debates parlamentares são apenas uma “porção” de um processo justificativo muito mais complexo, que tem lugar dentro e fora do Parlamento, e que discorre tanto por canais institucionalizados, quanto informais; e nesse sentido seriam algo como um “destilado” ou “concentrado” de uma empresa de justificação em escala social.

O autor se dedica, então, a explicar as bases de sua hipótese e, depois, formula um esboço de análise de uma argumentação legislativa concreta sobre a interrupção voluntária da gravidez discutido no Parlamento espanhol. Como o autor retoma esse caso em outros escritos, deixa-se para detalhá-lo mais adiante, justamente com as demais considerações do autor sobre quais seriam os critérios para avaliar a qualidade justificatória do debate legislativo, o que somente vai ser feito em outro escrito. Na conferência aqui comentada, o propósito de Oliver-Lalana era mais o de mostrar a relevância dos estudos da argumentação legislativa e da capacidade justificatória dos parlamentares, ambos elementos importantes para levar a sério a democracia constitucional. Nas suas próprias palavras:

Se no Parlamento não se argumenta sobre as leis, se as pessoas que elegemos – e pagamos – para isso não se dignam a dar razões públicas onde têm que dá-las, alguém poderia perguntar por que haveria de se respeitar o que votam. E algo não muito diferente deveria valer no controle de constitucionalidade: para um tribunal, ter diante de si uma legislação não justificada não deveria ser indiferente. Até agora, temos restringido às sentenças judiciais e decisões administrativas a obrigação (jurídica) de argumentar [*leia-se, dar razões*], mas talvez seja hora de que pensemos estendê-la e adaptá-la ao terreno da legislação parlamentar.⁴²³

⁴²³ No original: “*Si en el parlamento no se argumenta sobre las leyes, si las personas a quienes elegimos para —y pagamos por— ello no se molestan en dar razones públicas donde tienen que darlas, uno se pregunta por qué habría de respetarse lo que votan. Y algo no muy distinto debería valer en el control constitucional: para un tribunal, tener delante una legislación no justificada no debería de ser indiferente. Hasta ahora, hemos restringido a las sentencias judiciales y decisiones administrativas la obligación (jurídica) de razonar, pero*”

Em *Control judicial del proceso de justificación legislativa y teoría de los principios formales*⁴²⁴, Oliver-Lalana apresenta e tece considerações sobre as implicações do entendimento que veio se consolidando especialmente na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*, em alemão, com a sigla BVerfG) – mas também já se mostra uma tendência em outras cortes, como nos Estados Unidos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos – em prol de um controle da devida metódica de justificação legislativa ou controle do procedimento de justificação legislativa, como uma terceira variante das modalidades tradicionais de controle de constitucionalidade das leis (a formal, quanto ao cumprimento dos requisitos e trâmites formalmente previstos para a produção legislativa; e a material, quanto ao resultado da tramitação legislativa, para verificar sua compatibilidade com as disposições constitucionais).

Por oportuno, deve-se fazer uma breve explicação sobre o contexto desse interesse do autor. Ao que tudo indica, os legisladores parecem não ter incentivos para melhorar o processo legislativo e os debates, de modo que a maneira de “forçá-los” seria por intermédio desse controle judicial. Daí a preocupação em definir tais termos.

De cara, o autor reconhece que existem críticas a essa espécie de avaliação judicial da qualidade do processo e justificação das leis, como a falta de base jurídica e alegação de intromissão na autonomia parlamentar, o que seria inaceitável em termos de democracia e separação dos poderes, bem como quanto à metodologia para fazer a análise e avaliação da qualidade desse processo de justificação das leis e como tal avaliação se relaciona com o juízo material sobre a lei. Em seu artigo, Oliver-Lalana se abstém de tecer considerações sobre a fundamentação teórica de tal controle do processo de justificação das leis, e concentra-se nas outras questões, nas dificuldades metodológicas e na relação com o controle substantivo.

Primeiramente, menciona alguns precedentes ilustrativos nos quais se exigiu do legislador estudos e comparecimento às sessões, a consideração de alternativas que respeitassem o objetivo perseguido e, ao mesmo tempo, fossem menos lesivas e a realização de debate parlamentar substancial⁴²⁵. Esses entendimentos, explica Oliver-Lalana, trouxeram críticas ao processo de justificação legislativa incorporados a juízos substantivos sobre as

quizá sea hora de que nos planteemos extenderla y adaptarla al terreno de la legislación parlamentaria.” (¿Le importa a alguien que los legisladores razonen? Conferência apresentada ao *XXII Seminário Luso-Hispano-Franco-Italiano de Teoria do Direito* (Universidade de Lisboa, junho 2016), p. 18. Disponível em: <<https://seminariodeteoriadodireitoxii.wordpress.com/24-de-junho/>>. Acesso em: 17 jun. 2016)

⁴²⁴ In: PORTOCARRERO, Jorge (Ed.). **Ponderación y discrecionalidad**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 311-376.

⁴²⁵ Idem, *ibidem*, p. 314.

medidas (leis) impugnadas. Nada obstante, sugere a validade de um esquema na ordem inversa: um processo de justificatório cuidadoso poderia determinar uma sentença favorável à decisão do Parlamento. Um detalhe que chama a atenção desse seu raciocínio é o de que considera exagerado disso inferir a imposição aos órgãos legislativos de obrigações jurídicas de análises, ponderação ou deliberação⁴²⁶.

Depois, detém-se mais detalhadamente nas diversas sentenças do Tribunal Constitucional alemão que ilustram a devida metódica de justificação legislativa, apresentando também os comentários da doutrina alemã respectiva. Na impossibilidade de reproduzir a análise do autor, aqui limita-se a registrar, de modo resumido, as seguintes exigências: i) parâmetros para o teste de proporcionalidade; ii) critérios processuais análogos aos usados para controlar a discricionariedade administrativa; iii) pressupostos para certas competências normativas extraordinárias em matéria de finanças públicas (aplicáveis à jurisprudência alemã); iv) que afetem o princípio de subsidiariedade; v) que aplicam uma doutrina de proteção fundamental processual; e vi) definem uma obrigação de justificar a lei de forma transparente e “consequentemente”, ou seja, de forma ajustada e consistente com a própria com o próprio método, especialmente quando se desviem de suas próprias opções⁴²⁷.

O autor detecta na casuística da doutrina do BVerfG um padrão: em muitos casos, esse tipo de controle metodológico da justificação emerge nos casos de ausência ou debilidade dos critérios materiais de controle dos resultados à luz do texto constitucional, é dizer, quando existe uma margem mais ampla de configuração do legislador e o controle substantivo é inadequado. Nesses casos, o autor sugere que essa é a forma encontrada pelo Tribunal Constitucional alemão para compensar a discricionariedade legislativa e assegurar que o legislador não fique isento da revisão constitucional. Essa sua afirmação, que funciona como verdadeiro fundamento de legitimidade do controle do processo de justificação legislativa, vem apoiada na interpretação alemã da tendência, notadamente em Gunther Schwerdtfeger⁴²⁸.

Oliver-Lalana começa, então, a discorrer sobre os problemas que esse tipo de controle envolve, como a falta de informações sobre em quais situações será ativado, quando se dão as margens de apreciação e avaliação que se devem ser controladas através do processo de justificação da lei. Da mesma forma, uma vez que o tribunal decide aplicar esse controle, inexistente definição quanto ao momento de fazê-lo, se antes ou depois da revisão material do

⁴²⁶ Idem, ibidem, p. 316.

⁴²⁷ Idem, ibidem, pp. 325-345.

⁴²⁸ Refere-se ao artigo *Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht* (In: STÖDTER, Rolf; THIEME, Werner (Eds). **Hamburg, Deutschland, Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag**. Tübingen: Mohr, 1977, pp. 173-188).

produto legislativo⁴²⁹. O autor conta os autores que se posicionam em um e outro sentido na discussão alemã e os respectivos argumentos. Aponta que, na Alemanha, tal aumento das exigências ao processo justificatório coincide com a postura do tribunal em abster-se de efetuar seu próprio juízo sobre a proporcionalidade em sentido estrito das medidas controladas, ou seja, com uma postura autolimitação do tribunal, em que faz um juízo de ponderação negativo, limitando-se a criticar a ponderação dos legisladores⁴³⁰. Outras explicações que dá são a possível extinção da rivalidade entre as concepções constitucionais dos juízes e dos legisladores ou a aceitação da plausibilidade do conteúdo das premissas legislativas ante situações de incerteza epistêmica⁴³¹.

Ainda na apresentação dos problemas que o controle do processo de justificação das leis implica, comenta a ilação lógica no sentido de que, se os tribunais podem controlar, é porque os legisladores teriam um dever, obrigação ou carga constitucional correspondente. Logo, também é necessário especificar *quem, onde, quando e quanto se deve justificar* as leis, o que é naturalmente mais complexo do que o controle de constitucionalidade material representa, é dizer, o controle da metódica da justificação legislativa exige bastante mais do que o cotejo da lei com o texto constitucional⁴³².

Na sequência, o autor se envereda pelas sutilezas do entendimento do BVerfG, que exige a construção de diagnósticos e prognósticos “cuidadosos”, “tão confiáveis e exaustivos quanto possível”; a obtenção de informação “suficiente” e que “esgote as fontes de conhecimento ao seu alcance”, sem ignorar os “fatos relevantes” e “todos” os interesses envolvidos, entre outras exigências qualificadas cuja revisão converte o controle de procedimentos em substantivo, o qual parece ser extremamente difícil quando o cumprimento é claramente gradual e há situações em que uma série de limitações podem impedir uma discussão sobre diversos aspectos. Esses e outros detalhes explicados por Oliver-Lalana fundamentam sua opinião quanto à necessidade de desenvolver um método adequado para analisar e avaliar a deliberação parlamentar⁴³³.

Nesse sentido, deposita suas expectativas na teoria dos princípios formais, fazendo referência especial aos trabalhos de Sieckmann⁴³⁴. Propõe a consideração da democracia como

⁴²⁹ Control judicial del proceso de justificación legislativa y teoría de los principios formales. In: PORTOCARRERO, Jorge (Ed.). **Ponderación y discrecionalidad**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 311-376, p. 347.

⁴³⁰ Idem, *ibidem*, p. 348.

⁴³¹ Idem, *ibidem*, p. 349.

⁴³² Idem, *ibidem*, p. 351.

⁴³³ Idem, *ibidem*, p. 363.

⁴³⁴ Refere-se às obras *Recht als normatives system: die prinzipientheorie des rechts* (Baden-Baden: Nomos, 2009); *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems* (Baden-Baden: Nomos, 1990); *El Modelo de los*

um princípio formal, a ser ponderado com os outros princípios materiais afetados. Nesse sentido, correlaciona a melhor ou pior qualidade do processo de justificação legislativa (o nível concreto de envolvimento do Parlamento na justificação da lei) ao peso da democracia enquanto princípio formal em cada caso. Dessa maneira, atribui um peso concreto variável à democracia, diferentemente de outros autores que atribuem um peso abstrato constante ou simplesmente não fazem tal peso depender da metódica legislativa de justificação (como Robert Alexy e outros)⁴³⁵.

Detalha, então, suas reflexões sobre o grau de afetação a esse princípio formal e como este deve operar (a favor e contra) o Parlamento. Resumidamente, defende que, se a má qualidade do procedimento interno baixa o peso da democracia, então, quanto mais justificada esteja a concepção legislativa, esse dado poderia ser fator decisivo para segui-la (e distribuir, assim, as competências entre os órgãos legislativo e de controle). Após mais algumas digressões, finaliza o artigo resumindo os principais pontos e deixando algumas perguntas em aberto.

Embora não tenha apresentado em seu artigo respostas conclusivas para todos os questionamentos que levanta (mas o tenha feito em boa parte), Oliver-Lalana tem o grande mérito de apresentar a discussão de forma clara e lúcida, mapear os pontos problemáticos em torno do tema do controle do dever de justificação e a metódica legislativa – por exemplo, a falta de clareza sobre como um tribunal pode analisar e avaliar a qualidade do processo de justificação das leis e qual seria o alcance e conexão desse controle com o dos resultados da atividade legislativa –, bem como esclarecer as ideias ao redor de todos esses temas. Além disso, também merece os elogios por ser o primeiro autor a introduzir o tema na Espanha, já que não há abordagens semelhantes no país. Por fim, dado seu tom otimista, seus escritos fazem um convite para que tais análises sejam aprofundadas, o que é sempre um estímulo para o desenvolvimento do enfoque.

Em *On the (judicial) method to review the (legislative) method*⁴³⁶, Oliver-Lalana sintetiza muitas das ideias apresentadas no artigo que se acaba de comentar. No cenário de ascendência do controle judicial do processo de justificação legislativa, o autor aponta seus problemas e dificuldades metodológicas, sem prejuízo da consideração de que se trata de uma

Principios del Derecho (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006); *La teoría del Derecho de Robert Alexy: análisis y crítica* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014); e ao manuscrito *Formelle Prinzipien*, de 2014.

⁴³⁵ Control judicial del proceso de justificación legislativa y teoría de los principios formales. In: PORTOCARRERO, Jorge (Ed.). **Ponderación y discrecionalidad**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 311-376, p. 366.

⁴³⁶ **The theory and practice of legislation**, v. 4, n. 2, 2016, pp. 135–153.

forma subsidiária de permitir que as cortes protejam direitos fundamentais e outros valores constitucionais, sem usurpar o papel dos legisladores (embora não possa prevenir embates).

Ao apresentar esse controle como dotado de um caráter complementar ou alternativo à tradicional ponderação judicial (positiva), e frequentemente envolvido e feito no bojo de um controle substancial do produto da atividade legislativa, o autor expõe também a falta de clareza quanto às exigências que as cortes fazem aos legisladores, sobretudo em se tratando da qualidade. O objetivo do artigo é justamente o de chamar a atenção e contribuir para o desenvolvimento de um modelo ou teoria de como as cortes deveriam proceder, já que delas se espera uma abordagem transparente e consistente no controle da legislação.

Mesmo deixando questões abertas, o artigo revela a farta compilação de materiais na sua preparação, reunindo a bibliografia de referência e consultada para o trabalho, quase completamente composta de autores estrangeiros, não espanhóis, a mostrar o pioneirismo de Oliver-Lalana no trato dos diversos temas envolvendo a questão legislativa. E mesmo os pontos que deixa em aberto, como, por exemplo, a elaboração de critérios para avaliar a qualidade da performance dos Parlamentos na justificação da legislação, podem ser tomados como perspectivas que enxerga para o desenvolvimento dos estudos na matéria.

Em *Due Post-legislative Process? On the Lawmakers' Constitutional Duties of Monitoring and Revision*⁴³⁷, o autor dá continuidade à análise da casuística da Corte Constitucional alemã sobre a atividade legislativa, desta vez centrando-se nos entendimentos jurisprudenciais que determinam ao legislador a avaliação do impacto legislativo (retrospectiva ou *ex post*) e a revisão (ou emenda ou ajuste) da legislação para adequação aos novos fatos e prognoses – o chamado “devido processo pós-legislativo”, na denominação de Oliver-Lalana –, que vem se desenvolvendo no BVerfG desde a década de 1960.

De acordo com diversos julgados do BVerfG, o legislador é obrigado a revisar as normas que afetam direitos fundamentais sempre que a respectiva justificação constitucional é questionada por mudanças nas premissas (empíricas ou normativas) sublinhando que a decisão original ou suas prognoses se provaram equivocadas⁴³⁸.

Através da análise de alguns precedentes em concreto, explica Oliver-Lalana que a essa obrigação constitucional (de os legisladores revisarem as leis) subjaz que tal revisão também siga um devido processo de avaliação das leis. Segundo a Corte alemã, o dever de monitoramento é uma obrigação permanente do legislador, a ser realizada por intermédio da

⁴³⁷ In: MEBERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel. **Rational Lawmaking under Review**. *Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Dordrecht: Springer, 2016, pp. 257-294.

⁴³⁸ Idem, *ibidem*, p. 262.

análise de relatórios governamentais periódicos, por exemplo, com o objetivo de conferir o alcance ou não das expectativas legislativas ou se há proteção deficiente do direito envolvido⁴³⁹. Com isso, reforça a inserção do momento pós-legislativo no ciclo legislativo (a atividade legislativa não termina com a publicação da lei) e estabelece um “dever” (não uma discricionariedade ou liberalidade política). Para o autor, isso corresponde à constitucionalização da perspectiva jurisprudencial do devido processo pós-legislativo⁴⁴⁰.

Nesse trabalho, Oliver-Lalana oferece um conteúdo procedimental desses deveres pós-legislativos conforme o enfoque jurisprudencial. Caracterizada por seu caráter dinâmico, orientado ao futuro, a ativação dessa “doutrina pós-legislativa” depende da evolução dos fatos e impactos concretos da legislação. Naturalmente, há dificuldades com os prognósticos, o que não deixa o legislador livre para especular ou lidar com os dados empíricos de qualquer maneira. Dado que envolvem um juízo de probabilidade, a confiabilidade dos prognósticos pode oscilar.

Oliver-Lalana nota que tal dever pós-legislativo requer a observância dos fatos e impactos que sejam constitucionalmente relevantes, pois esses são os que interessam para o controle judicial. O autor avança com interessantes considerações sobre a jurisprudência alemã, a qual, na prática, sugere que o legislador siga determinadas pautas mínimas para legislar (no caso, revisar as leis), devendo adotar passos nesse sentido, sobretudo o de monitorar (pela avaliação retrospectiva ou *ex post*) o cumprimento e alcance dos objetivos alegados pelos legisladores para a aprovação das leis, especialmente para evitar que sobrevenham inconstitucionalidades ao longo do tempo. Isso nada mais é do que um controle sobre a metódica legislativa.

No seu último trabalho, *Mejores y peores argumentaciones legislativas: un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes*⁴⁴¹, Oliver-Lalana propõe um enfoque com base na *Legisprudência*, uma teoria normativa da justificação das leis, a partir do qual começa a construir – o próprio autor insiste que se trata apenas de uma “tentativa” e que ainda não está acabada, mas em “etapa embrionária”, como prefere dizer – um enfoque multidimensional de avaliação dos debates legislativos ou, nas suas palavras sempre mais modestas, a sugestão de pautas que ajudem a saber se uma medida legislativa foi

⁴³⁹ Idem, *ibidem*, p. 266.

⁴⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 292.

⁴⁴¹ Conferência apresentada no *Convegno La motivazione delle leggi* (Università degli Studi di Milano, Dipartimento Cesare Beccaria, aprile 2017). Arquivo gentilmente disponibilizado pelo próprio autor. A apresentação já foi traduzida para o italiano (*Migliori e peggiori argomentazioni legislative – Come valutare la giustificazione parlamentare delle leggi*) e em breve será publicada em livro reunindo todas as participações pela editora Einaudi.

razoavelmente justificada. Na sua opinião, os métodos disponíveis (politológico e argumentativista) para avaliar as justificações das leis resultam insatisfatórios do ponto de vista jurisprudencial.

Nesse sentido, propõe o enfoque de quatro aspectos: 1) alcance, 2) estrutura, 3) dialética e 4) conteúdo (ou plausibilidade) da deliberação legislativa. Faz o paralelo no sentido de que, assim como para analisar a qualidade de uma decisão judicial é necessário recorrer aos argumentos que utiliza, o mesmo precisaria ser feito com as leis, é dizer, o juízo sobre as decisões legislativas, se corretas ou incorretas, depende de como essas tenham sido justificadas. Nesse sentido, as decisões judiciais e as decisões legislativas são semelhantes, embora os modos de argumentar sejam diferentes em um e em outro caso.

Respondendo à pergunta sobre o que conta como razão legislativa, Oliver-Lalana é taxativo ao fixar o debate parlamentar, tanto no pleno, quanto nas comissões. Trata-se do momento institucional destinado à confrontação pública das razões legislativas e seus participantes são os únicos com legitimidade para mudar o ordenamento jurídico. Assim, as razões legislativas devem ser buscadas não somente nas exposições de motivos ou preâmbulos, mas também no próprio debate parlamentar, registrado oficialmente nas atas e diários de sessões, que portanto deveriam ser a fonte privilegiada de justificação legislativa, ainda que simplesmente uma justificação condensada ou concentrada, já que nos debates parlamentares não é possível aprofundar em todos os detalhes de uma lei e a discussão deve se orientar em seus aspectos nucleares. Nesse sentido, a deliberação legislativa, nas palavras do autor, é uma espécie de “destilado” ou “concentrado” (uma espécie de resumo) de uma empresa de justificação [legislativa] prévia e simultânea muito mais ampla, e que alcança escala social⁴⁴².

Aqui cabe chamar a atenção para essa última ideia. Embora de aparência simples e até mesmo óbvia – pois de fato o processo legislativo começa antes de o projeto de lei chegar ao Parlamento, tanto que fase pré-legislativa faz parte da dinâmica legislativa –, ao colocar nesses termos, Oliver-Lalana parece chamar a atenção para um aspecto que costuma ser menosprezado, mas na verdade é determinante: o debate dentro do Poder Legislativo é extremamente condicionado por seus antecedentes sociais e essas circunstâncias costumam se refletir nos discursos parlamentares. Se esse realmente é o seu pensamento como suas palavras parecem revelar, então as potenciais irracionalidades legislativas não teriam sua

⁴⁴² No original: “(...) debido a su ubicación dentro del proceso legislativo, los debates [parlamentarios] pueden verse como un destilado o concentrado (i.e. una especie de resumen) de una empresa justificatoria previa y simultánea mucho más amplia, y que alcanza a veces escala social.” (Idem, ibidem, p. 2).

origem (ao menos não exclusivamente) no Parlamento – diferentemente do que sugere Virgilio Zapatero, por exemplo – e sua explicação estaria na própria sociedade ou na forma como essa se reúne, de modo mal ou simplesmente não justificado, ao redor de determinadas preferências. Assim, as irracionalidades surgidas por ocasião do debate público prévio, mal conduzido por jornalistas, professores, técnicos, etc. é que contaminariam o debate dentro do Poder Legislativo. A solução para esse problema, por seu turno, passaria por melhorar a qualidade do debate público antes de a questão chegar ao Parlamento, uma tarefa certamente mais audaciosa, envolvendo mais atores e muito mais difícil.

Feita essa breve digressão, retoma-se o exame de Oliver-Lalana. Os aspectos analisados (alcance, estrutura, qualidade dialética e conteúdo) são considerados “capas” que vão surgindo na deliberação legislativa, de modo sucessivo e interconectado, e que trazem um crescente grau de dificuldade para o avaliador. Ao seu modelo, subjaz a premissa de que a argumentação sobre uma lei é justificar a sua formulação linguística, sua adequação jurídico-sistemática, sua capacidade de realização social, seu potencial para cumprimento dos fins e os valores envolvidos, o que basicamente coincide com os cinco níveis de racionalidade de Atienza⁴⁴³. Para cada um desses níveis de justificação são dadas razões, as quais se relacionam e permitem a reconstrução das distintas razões em questões e níveis de justificação. A esses planos de justificação, entrelaça as dimensões formal, material e pragmática também dentro da concepção de Atienza. Mais adiante, explica-se os detalhes do enfoque proposto.

O autor rebate a objeção de que se trata de uma intenção ingênua (a de encontrar as razões legislativas no debate parlamentar) com o argumento de que o ceticismo quanto à capacidade dos parlamentares para justificar a legislação é completamente injustificado. Rebate que o descrédito social da política ou o próprio sistema parlamentar não oferecem um apoio empírico sob a forma de estudos e evidências robustos que possam descartar de antemão que os parlamentares não são capazes de promover justificações legislativas.

Passa, então, a descrever algumas linhas que estudam o debate legislativo, cuidando de mostrar por que não insuficientes. Cita os “índices de qualidade discursiva” (DQI na sigla em inglês), um conjunto de indicadores ou critérios voltados para a catalogação de propriedades normativamente relevantes da deliberação legislativa para medir o rendimento

⁴⁴³ Na entrevista concedida por Daniel Oliver-Lalana em 13.06.2017 na cidade de Alicante, indagado por que prefere a denominação “justificação” – no lugar do jargão já consagrado por Manuel Atienza, o qual se utiliza “racionalidade” ou “níveis de racionalidade” –, Oliver-Lalana respondeu que “racionalidade” é uma palavra carregada de muitos sentidos, sem que haja uma convenção segura sobre o que é racional ou o que a diferencia de “razoabilidade”, por exemplo. Assim, sua opção parece não ser por um prurido meramente estilístico.

justificatório e correlacioná-lo com outros fatores. São seis perguntas inspiradas no discurso ideal habermasiano: 1) a densidade e profundidade da justificação (*Os oradores apenas seguem as demandas ou apresentam razões para suas posições? Em caso afirmativo, quão sofisticadas são as justificativas?*); 2) o tipo de interesse que canalizam os argumentos (*Os oradores expressam suas justificativas em termos de concepções comuns ou de interesses restritos de grupo ou do eleitorado?*); 3) o grau de respeito expressado pelos coletivos afetados (*Os oradores degradam, tratam de forma neutra, ou valorizam os grupos que devem ser ajudados?*); 4) o grau de respeito pelas posturas alheias (*Os oradores degradam, tratam de forma neutra, valorizam ou concordam com as demandas dos outros oradores?*); 5) pelos contra-argumentos ou objeções (*Os oradores degradam, tratam de forma neutra, valorizam ou concordam com os contra-argumentos às suas posições?*); 6) a disposição para uma política construtiva (*Os oradores se fecham em suas posições ou apresentam propostas alternativas ou de mediação?*). Alerta, entretanto, que esses índices avaliam características procedimentais: a substância ou a estrutura dos argumentos legislativos têm papel secundário.

Entre os modelos politológicos orientados ao conteúdo, aponta como mais elaborado o da “inteligência deliberativa”, de acordo com o qual os melhores debates são os que geram as decisões legislativas melhor informadas. O modelo se apoia em quatro passos: 1) o avaliador seleciona as questões centrais (sobre a efetividade e as consequências das leis) e as teses que os parlamentares sustentam sobre cada uma; 2) o avaliador examina se esses pontos estão respaldados no conhecimento dos especialistas (científico, acadêmico ou sócio-econômico) de que disponham os legisladores; 3) o avaliador confirma se durante os debates prevalecem as teses que, de acordo com o passo anterior, resultaram mais sólidas e se foram retificadas as teses mais fracas, para cujo exame se contabilizam os movimentos argumentativos de refutação, concessão, abandono e reafirmação das teses; 4) em função de tais considerações, o avaliador assigna o “valor informativo” aos debates, conforme a escala muito bom – bom – razoável – ruim – muito ruim⁴⁴⁴.

Já sobre os enfoques de avaliação dos debates parlamentares sob o prisma argumentativo, baseados em esquemas argumentativos (é dizer, padrões típicos de raciocínio informal) e em baterias de perguntas críticas respectivamente associadas, comenta Oliver-Lalana que os primeiros ajudam a reconhecer e reconstruir diversos tipos de argumentos, são uma ferramenta-chave para analisar as argumentações em contextos práticos, e também servem para avaliá-las; ao passo que as segundas apontam os eventuais pontos fracos, podendo ser usadas para avaliar a solidez dos argumentos. Anota que tal avaliação está

⁴⁴⁴ Idem, ibidem, p. 5.

orientada à qualidade dialética e não necessariamente implica um exame da informação relevante para julgar a correção ou plausibilidade material das razões aduzidas.

Dentro da empresa de justificação legislativa, o autor valoriza de modo especial os esquemas e conjunto de perguntas críticas sobre os argumentos teleológicos – por ele considerados os mais importantes – para avaliar a qualidade dialética da justificação. Aqui faz referência a Walton⁴⁴⁵.

Na opinião de Oliver-Lalana, os modelos politológicos e argumentativos são insatisfatórios porque abordam o potencial justificatório dos debates legislativos ou em termos de argumentação, ou de deliberação política, mas não propriamente legislativa. Nas palavras do próprio autor, tais avaliações não pensam na justificação das leis enquanto tais (como conjunto de enunciados ou disposições legais integrados em um ordenamento jurídico complexo e constitucionalizado), tampouco prestam atenção aos critérios de qualidade que estabelece a teoria da legislação ou as exigências de justificação da metodologia legislativa⁴⁴⁶. Como consequência, aspectos relevantes não são capturados e corre-se o risco de equiparar a justificação das leis à das decisões políticas simplesmente. Assim justifica a articulação desses métodos com a *legisprudência* para seu enfoque.

Já entrando no modelo que propõe, após algumas observações metodológicas, o autor passa a explicar cada um dos parâmetros de avaliação da deliberação legislativa por ele proposto. Na primeira variável, o “alcance”, são identificadas as razões que se aduzem a favor e contra o projeto de lei, organizando-as dentro dos cinco níveis de justificação legislativa – linguística, de sistematicidade jurídica, de realização (eficácia, uso, aplicação) social, instrumentalidade e correção axiológica –, indicando-se também como as razões se relacionam nas diferentes dimensões (por exemplo: as razões sobre a vagueza linguística e as que versam sobre a consecução dos objetivos). Como se vê, são basicamente coincidentes com os níveis de racionalidade de Atienza.

A segunda variável apontada por Oliver-Lalana é a “estrutura” da justificação legislativa, ou seja, a forma como as razões estão expostas, já que, como não poderia deixar de ser, nem todas as razões têm o mesmo grau de importância, tampouco podem ser tratadas como simplesmente justapostas ou contrapostas. Como não basta fazer uma lista de argumentos a favor e contra para justificar uma lei, e considerando que a legislação é concebida como uma empresa finalística, um caso especial de argumentação teleológica, à luz

⁴⁴⁵ Refere-se ao artigo *Evaluating practical reasoning* (**Synthese**, n. 157, 2007, pp. 197-240).

⁴⁴⁶ Mejores y peores argumentaciones legislativas: un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes. Conferência apresentada no *Convegno La motivazione delle leggi*, p. 6.

do enfoque legisprudencial, o autor entende necessário um esquema (gráfico) que reflita os padrões elementares de justificação teleológica e que conecte a racionalidade instrumental com valores. Apresenta, assim, o quadro que entende representar a teleologia legislativa nos diversos planos de justificação. Vinculadas ao seu esquema, organiza doze perguntas críticas para revelar os eventuais pontos fracos. São elas⁴⁴⁷:

PC1) Corresponde a descrição de S_0 (afirmação das circunstâncias ou fatos H_1, \dots, H_n) com a realidade? [$S = situação; H = fatos ou circunstâncias$]

PC2) Há outras circunstância ou fatos relevantes que devam ser incluídos na descrição de S_0 ?

PC3) Realmente pode associar-se com (provoca) S_0 uma afetação negativa de V_1, \dots, V_n (P_1, \dots, P_n)? [$V = valor; P = princípio constitucional$]

PC4) Há outros valores (princípios) relevantes em S_0 ?

PC5) Existe afetação de V_1, \dots, V_n (P_1, \dots, P_n), à luz de outros valores (princípios) relevantes em S_0 , uma intervenção legislativa nesse momento?

PC6) Até que ponto está uma intervenção legislativa sobre S_0 democraticamente legitimada?

PC7) Está bem definido (*smart*) o objetivo O (O_1, \dots, O_n) e bem definida a situação desejada S_1 (H'_1, \dots, H'_n)? [$O = objetivo legislativo$]

PC8) É compatível O (S_1) com outros objetivos legislativos (da mesma lei ou do pacote legislativo) O'_1, \dots, O'_n (S_2, \dots, S_n)?

PC9) Quão confiável é o prognóstico de que D (M) contribuirá suficientemente a O (S_1) (O_1, \dots, O_n)? [$D = disposição; M = medida$]

PC9bis) Está D bem formulada [J1], é D/M inconsistente ou incoerente com outras leis ou invadirá competências legislativas de outros órgãos [J2]?

PC9ter) Será D/M socialmente eficaz (como será interpretada, aplicada, usada, implementada)?

PC10) Quais consequências negativas (e positivas) terá D/M ?

PC11) Alguma das outras propostas debatidas contribuirá igualmente ou mais a O (S_1) (O_1, \dots, O_n) com menor impacto negativo?

PC12) Alguma das outras propostas debatidas, mesmo contribuindo menos a O (S_1) (O_1, \dots, O_n), resulta mais proporcional?

É possível perceber que – e o próprio autor também o indica – o esquema de justificação legislativa e as perguntas a ele vinculadas não são definitivos. Além disso, o autor

⁴⁴⁷ Idem, ibidem, p. 12.

sugere que, dependendo do tipo de legislação e do cenário regulativo, a relevância das perguntas pode mudar. Fica claro, ainda, que a inspiração das perguntas críticas vem das diretivas da teoria da legislação, sobretudo da metódica (processo legislativo interno), notadamente a técnica alemã do *checklist*. Observa-se que as perguntas são variadas e vão desde a necessidade e legitimidade da intervenção legislativa (PC6) à sua proporcionalidade (PC12), passando pelo questionamento sobre as premissas (PC3), os objetivos (PC7) e os impactos da proposta (PC10).

O terceiro parâmetro e avaliação é a “qualidade dialética” da deliberação legislativa, por intermédio da qual se examina se, até que ponto e como, durante os debates, os parlamentares responderam a todas as perguntas “típicas” que tenham sido formuladas, sem prejuízo das restrições temporais que limitam o uso da palavra e muito embora a eventual falta dessas respostas não possa servir como indicador de um debate dialeticamente ruim. Explica o autor que dentro desse bloco também pesa o conteúdo dos debates (as considerações substantivas) e a respectiva avaliação também implica considerar outros materiais justificatórios além do discurso dos parlamentares. Inaugura-se, portanto, uma fase mais difícil de avaliação.

Por último, o quarto enfoque pertinente à “plausibilidade” se trata de uma continuação da etapa anterior: para julgar o “conteúdo” da argumentação legislativa, é necessário examinar se suas premissas estão corretas, o que já não pode ser feito somente a partir dos debates, exigindo-se parâmetros de contraste para saber se os legisladores estão bem ou mal (melhor ou pior) fundados. O próprio autor reconhece que, além das oscilações normativas e cognitivas entre os avaliadores, por vezes será muito difícil saber se uma premissa legislativa está bem ou suficientemente fundamentada do ponto de vista material⁴⁴⁸. Dessa maneira, ante avaliações controvertidas ou falta de evidências claras sobre a correção ou fiabilidade das premissas, sugere que o avaliador examine se o processo pelo qual essas foram estabelecidas reúne critérios de qualidade metodológica. Ilustra com o exemplo do entendimento do *BVerfG*, que estabelece para os legisladores um processo justificatório “cuidadoso” e “tão exaustivo quanto seja possível”, no qual se tenham recompilado informações “suficientes” e esgotado as fontes de conhecimento disponíveis, considerando “todos” os interesses implicados e sem ignorar circunstâncias “relevantes”. Assim, isso permitiria, nos casos de incerteza, uma estimativa provisória sobre a plausibilidade do conteúdo da deliberação.

⁴⁴⁸ Idem, *ibidem*, p. 14.

Ainda sobre esse ponto, Oliver-Lalana faz uma brilhante consideração: a plausibilidade material da justificação legislativa não pode ser o ponto final da avaliação. Isso porque, a partir da perspectiva dos legisladores, a atividade de fazer leis não é uma atividade epistêmica, mas sim voluntarista e sobretudo representativa, de modo que corrigir ou abandonar uma premissa material ou metodologicamente infundada muitas vezes implica renunciar a uma posição política predefinida que poderia corresponder a expectativas e preferências dos votantes ou da cidadania em geral. Em suas próprias palavras, “(...) *hemos de reconhecer que as convicções ideológicas, tanto dos legisladores eleitos, quanto dos que os elegemos, são com frequência refratárias às melhores razões*”^{449, 450}.

Segundo o próprio autor, seu esquema não resolve alguns os problemas, como, por exemplo, o da qualidade democrática da deliberação legislativa. Explica que a dimensão representativa figura apenas na premissa da intervenção legislativa – a partir da pergunta crítica “*Até que ponto está uma intervenção legislativa sobre a situação de partida [S₀]*”

⁴⁴⁹ No original: “*La plausibilidad material de la justificación legislativa —valorada a la luz de las evidencias o conocimientos disponibles para los legisladores, o de alguna otra manera— tampoco puede ser, sin embargo, el punto final de la evaluación. Y ello porque, desde la perspectiva de los participantes (legisladores electos), legislar no solo es una actividad, digamos, epistémica, sino también voluntarista y, sobre todo, representativa. Desde esta perspectiva, corregir o abandonar una premisa material o metodológicamente infundada implica a menudo renunciar a una posición política predefinida que podría corresponderse con expectativas y preferencias de los votantes, o de la ciudadanía en general. Y habremos de reconocer que las convicciones ideológicas, tanto de los legisladores electos como de quienes los elegimos, son a menudo refractarias a las mejores razones. La vieja tensión entre democracia y racionalidad aparece entonces en el contexto de la justificación legislativa, lo que complica considerablemente la evaluación de los argumentos.*” (Idem, ibidem, p. 15).

⁴⁵⁰ No exemplo concreto analisado pelo autor, é justamente isso o que acontece: tal como tinha sido aprovado por ocasião das discussões sobre a *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, o artigo 13.4 estabeleceu que as menores de 16 e 17 anos de idade não precisariam do consentimento dos seus representantes legais para proceder à chamada interrupção voluntária da gestação (nesse caso, ao menos um deles seria informado da decisão, salvo alegação da menor de perigo de violência intrafamiliar, ameaças, coações, maus-tratos, etc.). Com a reforma promovida pela *Ley Orgánica 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en nla interrupción voluntaria del embarazo*, a previsão normativa em referência foi simplesmente suprimida, tendo como consequência o fim da autonomia da menor nesses casos. Durante os debates parlamentares, Oliver-Lalana expõe as seguintes premissas subjacentes à proposta de reforma: as jovens carecem de maturidade para tomar a decisão facultada com a regulação de 2010, a qual as coloca em situação de desproteção, impede o cumprimento dos deveres inerentes à pátria potestade, além de exirtir forte demanda social para a derrogação da regulação até então vigente. Indícios empíricos que corroborassem tal diagnóstico da realidade, entretanto, não foram apresentados pelos que justificavam a necessidade da reforma legislativa e mesmo os seus opositores se limitaram a argumentar que era falso o “problema” detectado desde 2010 e que o verdadeiro fim da proposição era contentar certos setores manifestamente antiabortistas, tendo em vista a proximidade das eleições, com o objetivo de ganhar mais votos (Idem, ibidem, p. 22). Para determinar qual lado teria razão nessa discussão, seriam necessários, por exemplo, os dados de quantas menores entre 16 e 17 compareceram sozinhas (indicando a falta de autorização e informação parental) ao procedimento de interrupção voluntária da gestação, a partir da entrada em vigor da *Ley Orgánica 2/2010* até o momento dos debates legislativos, informação essa que, como se pode imaginar, não é fácil de obter (as estatísticas disponíveis são registram a faixa de idade, embora tenham registrado uma leve diminuição dos abortos em mulheres de até 19 anos) (Idem, ibidem, p. 31). O autor apresenta o ponto sob a forma de duas perguntas que deveriam ser respondidas: [α] “São assistidas as menores por seus representantes legais?” [β] “São informado(a)s na prática os representantes legais sa intenção de abortar das menores?”. O impulso da reforma legislativa se baseou na resposta “não” a essas duas perguntas (Idem, ibidem, p. 29).

democraticamente legitimada?” –, mas não alcança o resto da justificação. Passa a refletir sobre possíveis critérios nesse sentido, como a inclusividade (de vozes e perspectivas), a representatividade (dos setores interessados) e a autenticidade (se as decisões legislativas são justificadas em correspondência a todos os cidadãos ou se é resultado de uma captura legislativa).

Explicado seu modelo, Oliver-Lalana cuida de empregá-lo, retomando a análise da discussão legislativa voltada para permitir o acesso de menores a partir dos dezesseis anos ao aborto sem autorização⁴⁵¹. Considerando as especificidades do caso e que foi muito melhor analisado pelo próprio autor (com o suporte de esquemas gráficos e anexos), deixa-se de minudenciar aqui a aplicação do modelo de avaliação proposto, para, em lugar disso, fazer alguns comentários sobre o próprio modelo.

O próprio autor reconhece que existem problemas para os quais ainda não tem solução. Em sua opinião, o peso desse “valor democrático” ainda carece de considerações mais aprofundadas. Como visto, frequentemente convicções político-ideológicas, embora não apresentem as melhores razões, representam parcela grande do eleitorado. A tensão entre democracia e racionalidade permanece em aberto.

A despeito disso, como é possível perceber, em *Mejores y peores argumentaciones legislativas: un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes*, Oliver-Lalana trata de avançar alguns passos no caminho aberto pela teoria de Manuel Atienza. Recorde-se que esse último autor já tinha assinalado que as peculiaridades da argumentação legislativa exigiriam critérios de correção (ou de avaliação) diferentes (dos aplicados para o julgamento das argumentações judiciais) que permitissem distinguir entre os bons e maus argumentos, bem como os falaciosos, atribuindo na sequência um maior ou menor peso justificativo ou efeito persuasivo⁴⁵². O que Oliver-Lalana propõe é justamente um modelo ou uma versão ainda em desenvolvimento, mas já bastante aceitável – pois insiste em que está longe de ser um método – para a avaliação da argumentação legislativa, cujos vetores, como se viu, são justamente os já haviam sido apontados por Atienza (as cinco racionalidades legislativas e as dimensões formal, material e pragmática). Porém, não se limita ao que indicou Atienza, e cuida de dar forma e conteúdo para a avaliação da justificação parlamentar das leis.

⁴⁵¹ Que anteriormente havia sido feita em *Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa*. In: MORALES, Félix; GRÁNDEZ, Pedro (Eds.). **La argumentación jurídica en el Estado Constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2013, pp. 491-525.

⁴⁵² ATIENZA, Manuel. *Argumentación y legislación*. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112, p. 106.

O esquema proposto por Oliver-Lalana serve tanto para revelar se a argumentação legislativa está corretamente construída – tomando-se como indício de qualidade o roteiro da teoria da legislação, o que sinalizaria que os legisladores foram capazes de justificar os aspectos centrais das leis –, quanto para indicar a solidez da argumentação, na medida em que igualmente considera as objeções e contra-argumentos. Permite reconhecer o que poderia ser considerado como premissas de justificação interna.

Além disso, Oliver-Lalana se propõe a julgar a qualidade dialética da deliberação – esclarecendo a inevitabilidade, para tanto, de se usar critérios externos, tanto aos discursos parlamentares, quanto ao próprio sistema jurídico –, com o que dá o mapa do caminho para revelar as possíveis premissas de justificação externa. Naturalmente, trata-se de uma empreitada com grandes dificuldades, dadas as condições de acesso às informações e dados da realidade empírica.

E mais, o autor volta suas preocupações não para o discurso de um legislador metafórico e abstrato – usando o legislador como ficção antropomorfizada com finalidades meramente retóricas ou simplesmente didáticas –, mas sim para os discursos concretos de legisladores reais e os argumentos efetivamente empregados como razões legislativas durante o debate parlamentar. Aqui, desnecessário explicar a enorme diferença entre o recurso a um ente idealizado e que não existe (um legislador que se presume racional e cuja vontade se teria que descobrir) e a sustentação em pessoas que existem e efetivamente se manifestaram durante a deliberação legislativa. Interpretações voluntaristas e intencionalistas, por exemplo, terão razões com pesos diferentes a depender de se o caminho adotado foi um ou outro⁴⁵³.

Com isso, como se pode observar, vai se delineando uma contraposição entre duas possíveis formas de conceber o legislador: a primeira, a tradicional (de um legislador mítico, idealizado, como se existisse), sem consultar o discutido nos diários das sessões legislativas; e a segunda, a abordagem de Oliver-Lalana (dos legisladores que existem), dissecando os discursos parlamentares reais, a partir do exame dos argumentos efetivamente apresentados, sem o que não se pode falar em vontade ou racionalidade do legislador. Com razão, a justiça, a coerência e a onisciência – atributos que costumam caracterizar o bom legislador – não podem ser simplesmente presumidos sem mais. Naturalmente, isso não significa que a

⁴⁵³ Essa observação sobre o trabalho de Oliver-Lalana foi ressaltada por Francesco Ferraro em *Los problemas de la justificación legislativa: racionalidad e irracionalidad del legislador (Contraponencia de D. Oliver-Lalana, “Mejores y peores argumentaciones legislativas”)*, no *Convegno La motivazione delle leggi* (Università degli Studi di Milano, Dipartimento Cesare Beccaria, 7 aprile 2017). Arquivo gentilmente disponibilizado pelo próprio Francesco Ferraro.

atividade legislativa não seja guiada por critérios de correção (como os níveis de racionalidade de Manuel Atienza, por exemplo).

Aponta Francesco Ferraro que a questão também tem a ver com o valor dos “trabalhos preparatórios” e critica, por exemplo, a decisão da *Corte di Cassazione* italiana no sentido de que esses têm valor subsidiário na interpretação das leis, sob o argumento de que a vontade que se desprende desses documentos não pode substituir à intenção do legislador entendida como vontade objetiva da norma⁴⁵⁴.

Citando a tese de doutorado de Sofia Francescutto, *Il legislatore come metafora: un'analisi critica*⁴⁵⁵, delata Ferraro o alto número de sentenças dos tribunais italianos que fazem referência à vontade ou intenção do legislador, mas são escassas as associações entre “vontade/intenção” e “trabalhos preparatórios”. Dessa forma, o ponto de vista teórico de Oliver-Lalana apresenta uma grande vantagem: a de não cair na metáfora do legislador. No entanto, pontua que isso não o livra de ver-se envolvido no que chama, na falta de um termo melhor, “irracionalidades da política”. Na verdade, trata-se do modo de agir típico da dinâmica política: muitas vezes os fins reais simplesmente não podem ser declarados e nem sempre as desejadas “boas intenções” podem ser facilmente encontradas.

Com efeito, a linha desenvolvida por Oliver-Lalana, especialmente no seu trabalho *Mejores y peores argumentaciones legislativas: un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes*, tenta apresentar critérios para avaliar a qualidade do debate legislativo e, assim, oferecer os parâmetros que podem ser usados pelos tribunais no controle do processo de justificação legislativa. Essa vertente teórica, mesmo representando seu grande mérito e diferencial, é, paradoxalmente, o ponto pelo qual o autor é mais criticado.

Isso porque, em princípio, o tipo de reforço das atividades legislativas sugerido por Daniel Oliver-Lalana – em contraposição à “juristocracia” – não deveria, na opinião de alguns críticos, reconduzir aos juízes o poder de perscrutar os debates dos legisladores com a finalidade de avaliar sua qualidade racional⁴⁵⁶. Ao que parece, essa crítica entende que tal posição implicaria uma interferência indevida do Poder Judicial na esfera do Poder Legislativo.

⁴⁵⁴ Idem, *ibidem*.

⁴⁵⁵ Doctorato di ricerca in scienze giuridiche. Curriculum di Filosofia del Diritto. Ciclo XXVIII, 2014/2015.

⁴⁵⁶ Essa é a opinião compartilhada por alguns professores do *Departamento de Filosofía del Derecho* da *Universidad de Alicante*, expressada por ocasião da vinda de Daniel Oliver-Lalana em 13 de junho de 2017 para apresentar uma conferência no *Máster en Argumentación Jurídica*. Após sua exposição, o autor recebeu alguns comentários que serão rapidamente comentados na sequência. Além disso, em diversas oportunidades informais Manuel Atienza já manifestou sua opinião de que tal tipo de controle judicial da atividade legislativa seria “*disparatado*”, ou seja, equivocado ou carente de lógica ou sentido.

Embora Oliver-Lalana ainda não tenha se manifestado expressamente sobre essa questão, a censura em referência pode ser perfeitamente rebatida, usando-se as considerações de Ferraro⁴⁵⁷ sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano no sentido de que devem ser distinguidos os “motivos políticos das leis”, os quais realmente não podem ser julgados, e o que seria seu “grau de razoabilidade”, a partir da verificação de dois aspectos, essencialmente: 1) que as discussões parlamentárias tenham se estendido suficientemente, considerando-se as razões a favor e contra; e 2) que na escolha dos meios (para o alcance dos fins legislativos) se tenham seguido critérios lógicos válidos, não arbitrários. A averiguação do tribunal, assim, seria limitada à qualidade justificativa dos debates parlamentares. Entretanto, como bem adverte Ferraro, permanece em aberto a seguinte questão: quando se pode dizer que a qualidade racional do debate parlamentar foi tão ruim a ponto de autorizar os juízes a passar por cima da legitimação democrática da maioria que aprovou a lei?⁴⁵⁸

Uma segunda possível crítica, também levantada e igualmente rebatida por Ferraro⁴⁵⁹, diz respeito a esse ser um enfoque “ingenuamente ilustrado”, é dizer, herdeiro da racionalidade do Iluminismo e que não se verificaria na prática. Para essa percepção cética, a racionalidade dos debates parlamentares é sempre “aparente” e seu objetivo é unicamente mascarar os verdadeiros motivos e interesses pessoais ou dos grupos de poder, os quais com frequência são impúblicáveis. Assim, as razões públicas oferecidas pelos participantes não explicam as verdadeiras causas do debate.

A resposta a esta crítica, de acordo com Ferraro, está na reflexão sobre a distinção entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação das decisões legislativas: uma situação é que os parlamentares tenham suas motivações privadas; outra circunstância é a fundamentação que oferecem para tal decisão. Nessa mesma linha pergunta retoricamente Ferraro: Importa que existam interesses pessoais? Na sua opinião, mesmo nos temas políticos, o que importa são as razões oferecidas publicamente. De acordo com Ferraro, o verdadeiro problema estaria nos “valores” inconfessáveis, fazendo referência à questão ideológica apontada por Oliver-Lalana⁴⁶⁰.

A terceira crítica a Oliver-Lalana, esta sim considerada fundada por Ferraro, volta-se para a justificação da formulação linguística da lei, cujo atributo aspiracional na visão de Oliver-Lalana consideraria que as leis devem ser “tão claras (compreensíveis) e precisas

⁴⁵⁷ *Los problemas de la justificación legislativa: racionalidad e irracionalidad del legislador (Contraponencia de D. Oliver-Lalana, “Mejores y peores argumentaciones legislativas”). Convegno La motivazione delle leggi (Università degli Studi di Milano, Dipartimento Cesare Beccaria, 7 aprile 2017).*

⁴⁵⁸ Idem, ibidem, p. 4.

⁴⁵⁹ Idem, ibidem, p. 3.

⁴⁶⁰ No exemplo concreto analisado, a corrente sustentada pelos setores antiaborto (o direito à vida).

quanto seja possível”. Para Ferraro, entretanto, há casos nos quais disposições mais imprecisas e indeterminadas poderiam obter resultados preferíveis. Exemplifica que uma regulação muito estrita, precisa e complexa poderia não adaptar-se aos princípios que prevalecem em uma determinada área do direito, e que leis indeterminadas poderiam garantir uma guia adequada, sobretudo onde há um amplo acordo social a respeito.

O legislador, além disso, pode querer deixar certo poder semiótico aos juízes, por razões de flexibilidade do direito. Assim, defende Ferraro, a justificação linguística (J1) é mais complexa do que apresenta Oliver-Lalana e parece atuar de forma interessante com o plano de justificação quanto à aplicabilidade e eficácia social das leis (J3) e à instrumentalidade (J4). Esse ponto, no entanto, já havia sido notado pelo próprio Manuel Atienza, e certamente é compartilhado por Oliver-Lalana, tomando em consideração o conjunto de seus escritos.

Especialmente nos últimos tempos, Oliver-Lalana vem publicando de forma intensa, inclusive mais um artigo por ano, o que reforça o já afirmado quanto a ele ser o autor que mais vem estudando o tema da argumentação legislativa, que está mais atualizado às discussões da literatura internacional (belga, alemã, holandesa e anglo-saxã) e que continua empenhado em apresentar avanços para uma teoria ampla da argumentação legislativa. Está interessado em um modelo que, além de revelar os argumentos empregados pelos parlamentares por ocasião do processo legislativo, abarque métodos para analisar e avaliar a qualidade da deliberação em seu conjunto. Seu engajamento se dá tanto pela participação nos seminários internacionais, congressos e *workshops*⁴⁶¹, quanto na qualidade de editor (juntamente com Luc J. Wintgens) da coleção *Legisprudence Library* da Editora Springer. É professor da disciplina *Theories and Practice of Legislation*⁴⁶².

Além de tudo isso, consegue não ser monotemático. Como visto, suas preocupações não se restringem a um único ponto: seus escritos versam sobre os diversos assuntos que gravitam ao redor da legislação, como desde a construção de um modelo para avaliar uma argumentação legislativa, com estudos de casos da legislação espanhola, passando por reflexões sobre a ponderação legislativa, até a considerações sobre os parâmetros para um controle judicial do processo de justificação das leis, a jurisprudência alemã sobre o devido processo pós-legislativo, entre outros.

⁴⁶¹ Como o *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, por ele organizado, realizado na Universidade de Zaragoza nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018. A programação está disponível em: <<http://www.legisprudence.es>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

⁴⁶² No *Master in global rule of law and constitutional democracy* junto ao Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto, Università Degli Studi Di Genova.

Como se percebe de seus escritos, Oliver-Lalana parece estar no caminho certo para o desenvolvimento dos estudos sobre a argumentação legislativa: reconhece que os enfoques jurídicos sobre a argumentação legislativa ainda estão pouco desenvolvidos, mantêm-se em um plano um tanto abstrato e ainda não tiveram aplicação empírica. Esse diagnóstico quanto à necessidade de desenvolver um enfoque mais sólido e prático, inclusive, é o primeiro aspecto que deve ser destacado como característica positiva do trabalho de Oliver-Lalana: o foco na realidade, em argumentações legislativas concretas, sem lançar mão de idealizações ou metáforas para a descrição do debate parlamentar sobre uma lei. Ao falar dos argumentos legislativos, o autor cita concretamente as fontes (os parlamentares reais), o que, como comentado, é um grande avanço nessa perspectiva.

Relacionado a esse ponto, indica-se o segundo elemento que torna a abordagem desse autor autêntica: sugere que as razões dos legisladores devem ser buscadas nas atas e diários das sessões legislativas, não somente na exposição de motivos e preâmbulos das leis, que costumam ser unidimensionais e não esgotam a justificação parlamentar. De fato, como foi possível observar, existem aspectos da discussão que simplesmente não constam desses dois últimos documentos, sem contar que em alguns ordenamentos, como o Brasil, por exemplo, as exposições de motivos e preâmbulos sequer fazem parte das leis⁴⁶³.

Nesse sentido, para Oliver-Lalana, a argumentação legislativa não se restringe aos chamados “materiais preparatórios” e, somente recorrendo às atas e aos diários de sessões, que também são documentos oficiais, se pode jogar luz sobre argumentos e contra-argumentos utilizados pelos parlamentares (os quais possivelmente não serão encontrados em outros lugares). Essa é a única maneira de estudar as estratégias argumentativas mais frequentes, revelar eventuais falácias empregadas na persuasão, detectar auditório (se os próprios parlamentares ou os eleitores, por exemplo), entre outras nuances da argumentação (o caráter dialético e contraditório das justificações) que jamais vão constar da lei como produto final da atividade legislativa.

Igualmente conexa a essa contribuição, o terceiro avanço de Oliver-Lalana foi emprego, com mais clareza, da distinção entre o contexto de descobrimento e o contexto de justificação no contexto da argumentação legislativa. Antes, não se havia evidenciado com

⁴⁶³ Como será mostrando oportunamente, no procedimento brasileiro, os únicos projetos de lei acompanhados das exposições de motivos são os de iniciativa do Poder Executivo e, mesmo assim, essas razões se perdem durante a tramitação, não acompanhando a conversão do texto normativo em lei. Os demais projetos de lei de iniciativa parlamentar vêm acompanhados apenas de uma “justificação” (que, diferentemente da exposição de motivos, vai após o texto legal proposto), a qual tampouco faz parte da lei finalmente aprovada. Nesta tese, defende-se que a implementação das exposições de motivos – que também deverão fazer parte da lei como uma espécie de *consideranda* – é uma medida que pode agregar racionalidade às leis. O ponto será melhor aprofundado na Parte III desta tese.

tanta clareza a utilidade de trasladar ao terreno do Parlamento a distinção característica da teoria *standard* da argumentação jurídica para rebater os argumentos realistas sobre o que realmente explica a tomada de uma decisão. Ao sustentar que é necessário recorrer às atas e diários de sessões, trata justamente de trasladar ao ambiente legislativo essa importante ferramenta e afastar, assim, o ceticismo realista sobre os verdadeiros motivos dos legisladores: o que importa é o que conta como razão pública⁴⁶⁴.

Um quarto destaque dos desenvolvimentos de Oliver-Lalana é o uso das perguntas da metódica legislativa (as técnicas *Checklist*) – tradicionalmente usadas para conferir racionalidade ao momento da decisão legislativa – como “perguntas críticas”, aproveitando-as para a verificar o grau de racionalidade da argumentação parlamentar. Pode até parecer um critério óbvio, mas nenhum autor antes dele havia feito tal conexão, que de fato parece oferecer os melhores critérios para guiar a discussão legislativa em um plano mais racional.

Um quinto elemento que coloca o autor à frente das demais teorias é a concepção do debate parlamentar como um “condensado” ou “destilado” de uma discussão social anterior e mais ampla. Como se comentou anteriormente, essa ideia pode ajudar a compreender a origem de algumas irracionalidades, e, inclusive, entender por que algumas vezes resulta impossível o Legislativo “corrigir” (na falta de melhor palavra) o rumo de algumas discussões. Essa hipótese também relativizaria a opinião daqueles que, a exemplo de Virgilio Zapatero e Manuel Atienza, veem no Poder Legislativo a fonte das “irracionalidades” legislativas. É dizer, nem todas as vezes a culpa será do Parlamento.

O sexto grande avanço que merece destaque é a construção (ainda em fase embrionária) de um modelo destinado a avaliar a qualidade da argumentação legislativa, à luz do enfoque argumentativo com marcadas influências da teoria de Manuel Atienza, sendo desconhecidas tentativas anteriores em sentido semelhante. Esse esforço de Oliver-Lalana foi justamente o que motivou o próprio Atienza a aprofundar no tema e dialogar com os desenvolvimentos do primeiro⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Na literatura internacional, já existe um grande debate sobre o que contaria como razão pública. Dados as limitações de tempo e espaço, deixa-se de aprofundar nesse interessante debate. Nada obstante, citem-se algumas referências sobre essa questão: GREENAWALT, Kent. What Are Public Reasons. **Journal of Law, Philosophy and Culture**, v. I, n. 1, 2007, pp. 79-105; FINNIS, John M.; GRISEZ, Germain; BOYLE, Joseph. Practical principles, moral truth, and ultimate Ends. **The American Journal of Jurisprudence**, Paper 846, 1987, pp. 99-151; RAWLS, John. The idea of public reason revisited. **The University of Chicago Law Review**, v. 64, n. 3, 1997, pp. 765-807, entre outras.

⁴⁶⁵ Aqui se refere à conferência apresentada por Manuel Atienza no *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, organizado por Oliver-Lalana, realizado na Universidade de Zaragoza nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018. A programação está disponível em: <<http://www.legisprudence.es>>. Acesso em: 24 fev. 2018. O trabalho em referência foi comentado na seção em que se explica o pensamento de Manuel Atienza.

Quanto às possíveis críticas, como já foi possível antever, algumas têm mais a ver com o caráter ainda em construção de sua teoria, outras, com a falta de propósito do autor em debruçar-se sobre determinados temas (por exemplo, quais seriam as condições institucionais e ambientais adequadas para fortalecer a capacidade argumentativa dos parlamentares, bem como quais medidas práticas poderiam ser implementados nesse sentido), e, ainda, umas estão mais relacionadas com a inevitabilidade dos sistemas que adotam o *judicial review*.

Também as reflexões sobre a racionalidade política e a maneira como essa *ratio* afeta a argumentação dentro do Parlamento – seja para, por acordo entre os grupos parlamentares (bancadas), aprovar uma proposição de interesse do governo praticamente sem discussões; seja para modificá-la completamente, chegando a deturpar seu sentido e intenções originais. Perguntando sobre o ponto⁴⁶⁶, o autor argumenta que a qualidade de uma discussão não guarda relação com a qualidade do produto final deliberado. Ou seja, simplesmente não é o campo de interesse de Oliver-Lalana descrever o funcionamento da política que acontece durante a elaboração das leis, nem lhe parece ser esse um ponto relevante para a medição da qualidade dos debates parlamentares que tanto lhe interessam.

Nada obstante, como já vai se tornando clara como uma das preocupações desta tese, reputa-se importante o estudo sobre os meandros da atividade política. Entende-se aqui que as teorias da legislação deveriam se debruçar sobre a racionalidade política, ao menos minimamente, para explicá-la e refletir (em caráter normativo) sobre como deveria ser o seu funcionamento, definir seus limites. É que parece problemático quando a política gera um déficit argumentativo (algumas vezes os acordos dessa natureza fazem com que as matérias simplesmente não sejam discutidas), o que igualmente acaba gerando déficits nas outras racionalidades.

No entanto, a opinião de Oliver-Lalana é no sentido de que esses temas estão mais relacionados à ciência política e não é bem esse o seu ramo de investigação. A despeito disso, entende-se aqui que o uso de algumas ferramentas desse campo de conhecimento parecem não somente úteis, mas forçosas, como, por exemplo, os conceitos de políticas públicas, (poder de) agenda, *veto players*, *gatekeeper*, paroquialismo, etc., sobretudo em sistemas, como é o caso brasileiro, em que o poder ainda é muito concentrado em determinados personagens-chave, uma espécie de elite do Parlamento.

Com efeito, mesmo cuidando de analisar argumentações legislativas concretamente, para remediar o criticado diagnóstico de que predomina um caráter excessivamente abstrato nos estudos sobre o tema, pareceria igualmente importante a imersão dentro do Poder

⁴⁶⁶ Em entrevista concedida em Alicante, no dia 13.06.2017.

Legislativo para um trabalho de campo, talvez de cunho mais sociológico, que permitisse verificar alguns problemas e gargalos da prática.

É bem verdade que o próprio Oliver-Lalana declarou não ser esse o seu objetivo⁴⁶⁷, embora tenha reconhecido a importância desse tipo de estudo mais empírico, que certamente o beneficiaria em sua labor. Assim, a falta desse viés mais sociológico revela mais uma debilidade, embora pareça ser desejada e consciente por parte do autor.

No que diz respeito ao modelo que Oliver-Lalana vem desenvolvendo para avaliar a qualidade da argumentação legislativa, uma crítica que lhe foi feita por Macario Alemany⁴⁶⁸ considerou seu modelo inadequado não por inacabado, mas por concebido sob um “olhar excessivamente judicial”, com critérios que não se ajustariam à atividade levada a cabo pelos legisladores⁴⁶⁹. Isabel Lifante⁴⁷⁰, por seu turno, considerou que a proposta de Oliver-Lalana conduziria a uma defesa da tese da “resposta correta” (de Ronald Dworkin) no âmbito da teoria da legislação, o que lhe parecia desacertado⁴⁷¹.

Quanto ao potencial de sua teoria implicar um ativismo judicial⁴⁷², uma intromissão não desejada na atividade legislativa, Oliver-Lalana responde ser esse um risco inerente aos sistemas que adotam o *judicial review*. De fato, não se pode escapar da jurisdição constitucional. Por essa razão, inevitavelmente a discussão acaba sendo trasladada para o procedimento a ser seguido pelo juiz constitucional na hora de decidir sobre a qualidade da deliberação legislativa, com a diferença de que esse não será um juízo sobre a conformidade da lei a respeito da Constituição, simplesmente, mas um controle que não é formal, nem material.

Diante desse *tertium genus*, algumas perguntas seguiriam pendentes de resposta, como, por exemplo: seria emitido um juízo de razoabilidade sobre a existência de “suficiente

⁴⁶⁷ Conforme a entrevista concedida em Alicante, no dia 13.06.2017.

⁴⁶⁸ Por ocasião da conferência apresentada por Oliver-Lalana no *Máster en Argumentación Jurídica*, em 13.06.2017, na cidade de Alicante.

⁴⁶⁹ Como a consideração foi feita verbalmente, após a exposição do autor no *Máster en Argumentación Jurídica*, considerando a dinâmica oral, não houve ocasião de Oliver-Lalana se manifestar sobre o ponto. Nada obstante, posteriormente, na entrevista concedida para esta tese, o autor comentou que refletirá sobre o ponto e tentará aperfeiçoar o modelo. Entretanto, comentou que, dentro de um sistema em que prevalece o *judicial review*, é inevitável ter como referência o raciocínio judicial.

⁴⁷⁰ Também durante a fase de discussões após a apresentação de Oliver-Lalana no *Máster en Argumentación Jurídica*, em 13.06.2017, na cidade de Alicante.

⁴⁷¹ Mais uma vez a sistemática das discussões impediu que o autor rebatesse a crítica. Como esse é um ponto que chama a atenção, merece que se aproveite a oportunidade para contestar em seu lugar. De cara, trata-se de uma analogia (a da “resposta correta”) fora de contexto. Se por um lado é certo que não existe uma única maneira de o legislador resolver os problemas que lhe são postos, por outro, é igualmente verdade que, sim, existem opções legislativas melhores e piores que outras. As teorias da legislação estão justamente para dar subsídios e ajudar a ordenar as opções de acordo com os critérios escolhidos. Se, ao fim, acaba prevalecendo uma opção diferente da “melhor” – pelas razões que sejam, esse não é o ponto relevante –, continuará sendo possível criticar a decisão legislativa, comparando-a com uma “resposta mais acertada”. O tema, no entanto, é bastante controvertido.

⁴⁷² Pergunta feita na entrevista para esta tese, em Alicante, no dia 13.06.2017.

argumentação legislativa” para conformar a opção feita? Se é assim, a partir de que momento o processo de justificação pode ser tido como razoável? Quais seriam os limites para essa avaliação? Ao que parece, a lente vai acabar sendo sempre a do Poder Judiciário, o qual, sem qualquer tipo de autolimitação, pode ver-se convertido em um legislador de segundo grau. Dessa maneira, embora essas sejam questões ainda não tenham sido teorizadas, em algum momento futuro parece ser necessário que o autor se detenha a algumas desses pontos.

Por último, e realmente menos importante, parece inevitável que o autor revele com mais clareza sua concepção do direito, sobretudo suas ideias quanto à prática de interpretação, e para desmistificar a natural tendência em atrelar as teorias da legislação com uma determinada forma de aplicação do direito, dando prioridade a determinados critérios de interpretação, em prol de argumentos formais (ou psicológicos, de recurso à vontade do legislador, originalistas, textualistas, intencionalistas, todos esses parentes entre si no sentido de que se deve interpretar os textos conforme a intenção que havia na mente dos legisladores, em favor do significado original do texto).

Perguntado sobre o ponto⁴⁷³, o autor respondeu que não vê uma correlação necessária entre a defesa do estudo das razões legislativas e, em decorrência disso, a predominância de determinados critérios interpretativos, sempre e em todos os casos, sobre os demais. Na sua opinião, o importante é que se justifique concretamente o porquê da adoção de um critério e não de outro.

A discussão desse ponto – que parece sumamente promissor –, certamente deverá ser objeto de esclarecimento por parte das teorias da legislação mais atualizadas, e será interessante ver um ponto de vista que destoa das opiniões de Francisco Laporta e Virgilio Zapatero, por exemplo, que defendem, respectivamente, como já visto, a prioridade da interpretação literal (formalista, mesmo com a ressalta de “na medida do possível”) e a adoção da alternativa interpretativa que “melhor resolveria o problema social” que ensejou a edição da lei, respectivamente.

Independentemente de quaisquer críticas e das lacunas ainda existentes, como já salientado, Daniel Oliver-Lalana é quem mais passos avançou no caminho aberto por Manuel Atienza para a construção de uma teoria da argumentação legislativa, sobretudo para um esquema capaz de avaliar sua qualidade, tendo jogado luzes sobre diversos pontos importantes para o estudo da temática. Além disso, tanto nos seus trabalhos, como nas suas

⁴⁷³ Na entrevista para esta tese, em Alicante, no dia 13.06.2017.

falas e conferências, transparece o entusiasmo e a convicção de que se trata de um trabalho – o de estudar a argumentação legislativa – que vale a pena⁴⁷⁴.

1.8. Outras teorias da legislação

Ainda dentro da produção espanhola sobre a teoria da legislação, deve-se mencionar o trabalho dos seguintes autores: Albert Calsamiglia Blancafort, Juan Antonio García Amado, Gema Marcilla Córdoba e Ángeles Galiana Saura, aqui agrupados, seja porque suas obras trabalham aspectos mais pontuais ou representam uma espécie de compilação sobre o estado da arte sobre o tema, sem voos teóricos mais altos, seja porque são mais recentes, ou seja, com fortes componentes ainda em construção.

1.8.1. Albert Calsamiglia Blancafort

Em alguns de seus escritos, Albert Calsamiglia Blancafort mostrou algum interesse pela atividade legislativa. Em *Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*⁴⁷⁵, por exemplo, aborda os impactos e contribuições da teoria econômica no plano jurídico, bons e maus, e defende a necessidade de entender melhor alguns conceitos desse campo para compreender o Direito do Estado intervencionista. Passa, então, a aprofundar algumas doutrinas e conceitos-chaves, como a noção de racionalidade econômica. Avança esclarecendo que tal racionalidade em termos binários não é facilmente transplantável para o mundo jurídico, quando estão em jogo valores como vida ou integridade física por exemplo.

Mais adiante, ressalta a importância de que os legisladores adotem uma racionalidade estratégica, ou seja, que garanta o cumprimento das leis (eficácia) e os objetivos perseguidos (efetividade). Pontua que o valor da eficiência (o menor custo possível) é importante, pode ser muito útil, entretanto, existem outros valores ainda mais importantes, como a segurança jurídica, a irretroatividade das leis, etc. Para o autor, o grande desafio dos legisladores é alcançar o equilíbrio tais forças contraditórias e traçar o “melhor caminho” para o alcance dos objetivos. Além disso, deve estar atento às razões pelas quais os cidadãos se desviam da lei.

⁴⁷⁴ Aproveita-se para registrar o agradecimento a Daniel Oliver-Lalana, cuja generosidade permitiu que a elaboração desta tese tivesse acesso a diversas referências bibliográficas que, sem sua recomendação, dificilmente teriam sido localizadas. Além de compartilhar diversos textos, responder prontamente as mensagens e perguntas, esteve sempre disponível para discutir tais questões teóricas, com gentileza, paciência e incentivo.

⁴⁷⁵ **Documentación administrativa** (Ejemplar dedicado a: Administración y Constitución: El principio de eficacia), n. 218-219, 1989, pp. 113-152.

Em *¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?*⁴⁷⁶, Albert Calsamiglia, ao mesmo tempo em que explica a importância (ou seja, por que são necessárias as disciplinas da ciência da legislação e da técnica legislativa), enfatiza a carência de modelos capazes de racionalizar o “desenho das leis”.

O título provocador resume a ideia central defendida: *“Um bom legislador não é o que proclama ideais excelentes, mas o que os consegue”*⁴⁷⁷. Com isso, chama a atenção para o nível ainda primitivo dos esquemas racionais de desenho legislativo.

Reclama da formação dos juristas, cuja tarefa, de acordo com a visão ainda predominante, se inicia a partir do que concluiu o legislador, de modo que a questão sobre “como se deve legislar” costuma não ser considerada um assunto dos juristas, os quais são treinados apenas para resolver problemas interpretativos e de aplicação, mas não de criação legislativa. De fato, por exemplo, não se ensina a como legislar sem contradições.

Raciocina que esse modelo que denomina “kelseniano” é inadequado em tempos de Estado intervencionista, no qual a legalidade é elemento fundamental para alcançar o bem-estar. Nesse contexto, o valor legalidade deve vir aliado aos da eficácia e da eficiência (pelo autor tomada como sinônimo de alocação ótima de recursos).

O autor, então, entra no cerne de sua proposta: embora reconheça que a concepção de como legislar melhor está ligada a concepções éticas e políticas determinadas, esses não são os únicos elementos que devem ser considerados para desenhar “leis bem feitas”. Afirmando que o comportamento das pessoas não pode ser modificado por uma questão de vontade e de objetivos éticos, arremata: *“Não se muda o mundo a canetadas”*⁴⁷⁸.

Apresenta, então, uma intuição que já apontava para a importância de outros elementos não estritamente legislativos:

À ideia diretora de uma racionalidade individual que produz – por agregação – uma racionalidade coletiva se opõe à especificidade de da racionalidade coletiva ou mesmo a ausência de racionalidade coletiva. Esses pontos têm consequências importantes na hora de conceituar como se deve desenhar um instrumento jurídico.⁴⁷⁹

⁴⁷⁶ *Doxa*, n. 13, 1993, pp. 161-178.

⁴⁷⁷ No original: *“Un buen legislador no es el que proclama ideales excelentes, sino el que los consigue.”* (Idem, ibidem, p. 162).

⁴⁷⁸ No original: *“El mundo no se cambia a golpe de decreto.”* (Idem, ibidem, p. 167).

⁴⁷⁹ No original: *“A la idea directora de una racionalidad individual que produce -por agregación- una racionalidad colectiva se le opone la especificidad de la racionalidad colectiva o bien la ausencia de la racionalidad colectiva. Estos planteamientos tienen consecuencias importantes a la hora de conceptualizar cómo se debe diseñar un instrumento jurídico.”* (Idem, ibidem).

Ainda refletindo sobre a insuficiência da vontade do legislador, e os perigos do consequentialismo atrelado a sua atividade, em trecho que já se tornou célebre na doutrina espanhola, afirma:

Esse é o fim da ideia de um legislador onisciente e onipotente. A ideia de um aprendiz de bruxo – que desencadeia voluntariamente um conjunto de consequências que não pode controlar – se aproxima mais à realidade que a do semideus que mediante sua vontade produz os resultados que pretende.⁴⁸⁰

No que afirma ser um ceticismo moderado – pelo qual foge do que chama anarquismo legislativo, sem tampouco confiar em receitas milagrosas –, propõe um modelo parecido com o de Manuel Atienza, composto das racionalidades linguística, lógico-formal, pragmática, teleológica e ética. Nada obstante, critica o termo “racionalidade” por considerá-lo ambíguo e vago e discorda da “desvinculação” entre tais racionalidades, pois entende não ser adequado falar de uma “legislação racional em um sentido e não em outro”.

Julga o modelo de Atienza demasiado “voluntarista”, na medida em que estabelece um nexos muito direto entre legislação, intenção, bondade ética e resultado. O argumento de Calsamiglia não fica tão claro, mas pareceria entender que os direitos não são aspirações, mas garantias, cujas prioridades não são decisões separadas, independentes dos recursos, o que impossibilitaria a conexão sugerida antes.

Com efeito, na opinião do autor, do ponto de vista do legislador, o resultado é mais importante que a intenção. Daí a razão de outro desacordo para com o modelo de Atienza, o qual ainda concederia, segundo Calsamiglia, muito valor ao declarado na lei, mas não tanto ao que ela consegue, ao passo que seria preferível julgar o legislador mais pelo que faz do que pelo que diz. Aponta, por fim, outra insuficiência do esquema de Atienza, qual seja, a incapacidade de lidar com as consequências involuntárias das decisões legislativas.

Embora pouco conclusivo, as digressões de Calsamiglia em *¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?* com frequência são retomadas na doutrina espanhola.

1.8.2. Juan Antonio García Amado

⁴⁸⁰ No original: “Ese es el fin de la idea de un legislador omnisciente y onipotente. La idea del aprendiz de brujo -que desencadena voluntariamente un conjunto de consecuencias que no puede controlar- se acerca más a la realidad que la del semidiós que mediante su voluntad produce los resultados que pretende.” (Idem, *ibidem*, p. 168).

Em *Sociología sistémica y política legislativa*⁴⁸¹, Juan Antonio García Amado se propõe a analisar o problema social da crescente intervenção normativa do Estado na sociedade, motivado pelos direitos sociais, o qual se depara com o igualmente crescente fracasso das normas que não são aplicadas, os atentados ao princípio da legalidade e à hierarquia normativa, bem como a função simbólica da lei.

Para lidar com tais questões, usa os referenciais teóricos de Nicklas Luhmann sobre os sistemas sociais e o sistema jurídico, e Gunther Teubner e Helmut Willke sobre o trilema regulatório⁴⁸² e o direito reflexivo⁴⁸³. Nada obstante, assim como os autores⁴⁸³ indicados, García Amado tampouco alcança um grau de concreção que desse o mapa do caminho para garantir tal orientação em direção a uma política legislativa reflexiva. A despeito disso, fecha seu artigo com uma citação bastante repetida:

Provavelmente não existem muitas saídas ante o crescente esvaziamento dos mecanismos democráticos e a crise da lei geral como expressão da vontade popular, ante o ataque de interesses e grupos que se expressam por outros canais menos transparentes. Uma que nos parece defensável, embora possa, paradoxalmente, merecer para alguns o qualificativo de conservadora, consistiria em pregar a defesa a todo custo dos fundamentos do moderno Estado democrático e da maior pureza possível de suas fontes representativas, sem perder de vista, sobretudo, que por mais importantes que possam ser as atuações corporativas e os interesses setoriais, como fator de crescimento (e progresso?) social, jamais justificam, a partir da ética subjacente ao melhor do pensamento clássico sobre o Estado e o direito, o ocaso do indivíduo como portador de um direito básico a maximizar suas possibilidades de realização pessoal e como possuidor de uma expectativa legítima a corrigir, com as menores mediações possíveis, os destinos coletivos.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ *Anuario de filosofía del derecho*, n. 5, 1988, pp. 243-272.

⁴⁸² De acordo com Gunther Teubner, uma regulação terá êxito apenas na medida em que mantenha a interação interna e autoreprodutiva entre os elementos dos sistemas reguladores, direito e política, e, ao mesmo tempo, seja compatível com as interações autoreprodutivas internas ao sistema. O trilema regulativo representa as três formas pelas quais uma regulação pode fracassar: 1) pelo predomínio do sistema político, o que leva a desajustes entre o sistema regulado e conseqüente falta de efeitos sobre este (legislação simbólica); 2) pelo predomínio do sistema jurídico, que acarreta uma “sobre-legalização” da sociedade, com efeitos desintegradores da autonomia dos sistemas regulados; e 3) pela supremacia dos próprios sistemas sociais que supostamente seriam objeto de regulação, que conduz a uma “sobre-socialização” do direito e efeitos de descomposição de suas estruturas.

⁴⁸³ Trata-se da maneira de resolver as dificuldades da função ordenadora do direito, a partir de um modelo de controle da autorregulação, por intermédio do qual o direito garantiria a autonomia interna e, ao mesmo tempo, a compatibilidade entre os sistemas e a canalização dos conflitos entre eles.

⁴⁸⁴ No original: “*Probablemente no caben muchas salidas ante el creciente vaciamiento de los mecanismos democráticos y la crisis de la ley general como expresión de la voluntad popular, ante la acometida de intereses y grupos que se expresan por otros cauces menos transparentes. Una, que se no antoja defendible, aunque pueda, paradójicamente, merecer para alguno el calificativo de conservadora, consistiria en preconizar la defensa a ultranza de los fundamentos del moderno Estado democrático y de la mayor pureza posible de sus resortes representativos, sin perder de vista, ante todo, que por importantes que sean las actuaciones corporativas y los intereses sectoriales, como factor de crecimiento (¿progreso?) social, jamás justifican, desde la ética subyacente a lo mejor pensamiento clásico sobre el Estado y el derecho, el ocaso del individuo como portador de un derecho básico a maximizar sus posibilidades de realización personal y como poseedor de una expectativa legítima a corregir, con las menos mediaciones posibles, los destinos colectivos.*” (*Sociología sistémica y política legislativa. Anuario de filosofía del derecho*, n. 5, 1988, pp. 243-272, p. 270).

Em *Razón práctica y teoría de la legislación*⁴⁸⁵, Juan Antonio García Amado traz uma série de distinções teóricas de extrema importância quanto à possibilidade de uma teoria da legislação, na qualidade de uma teoria dos meios de que o legislador dispõe para maximizar a eficácia das normas editadas a serviço dos fins determinados. Comenta sobre a postura cética, para a qual a decisão legislativa jamais deixa de ser guiada pelos interesses, ideologia e outras subjetividades, e, defende que, mesmo diante dessa postura cética, seria possível uma teoria da legislação. Discorre sobre o mito do legislador racional, as diversas visões de racionalidade da lei, os modelos de legislador, etc.

Depois, dedica-se a apontar alguns elementos do que chama razão prática legislativa ou modelo do legislador operativamente racional, no qual se vê a influência de Peter Noll⁴⁸⁶. Citando outras referências alemãs, afirma a ideia de lei como central no Estado constitucional democrático (torna operativa a Constituição), a impossibilidade de a legitimação democrática do legislador autorizá-lo a tomar decisões irracionais, elogia a ética discursiva habermasiana e os desenvolvimentos teóricos de Manuel Atienza.

Trata-se também de um trabalho de referência no âmbito da produção espanhola sobre o tema, com ideias frequentemente replicadas em outros textos, o que justifica sua citação aqui.

1.8.3. Gema Marcilla Córdoba

Na Espanha, o nome de Gema Marcilla Córdoba é o sempre o primeiro a ser lembrado sobre os temas da racionalidade e argumentação legislativas. Possivelmente essa associação se dá em função de sua tese de doutorado defendida em 2003 e publicada como livro pelo Centro de Estudios Políticos y Constitucionales – CEPC⁴⁸⁷ em 2005 sob o título *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*⁴⁸⁸.

Além do livro, a autora também tem artigos publicados sobre os temas relacionados à ciência da legislação, império da lei e ponderação legislativa, em um estilo mais de captação dos elementos e transformações por que passou a realidade jurídica, sem, entretanto, chegar a aprofundar uma teoria mais densa ou de carácter normativo sobre os temas trabalhados. A

⁴⁸⁵ **Derechos y libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 5, n. 9, 2000, pp. 299-318.

⁴⁸⁶ Refere-se à obra *Gesetzgebungslehre* (Reinbek bei Hamburg: Rowohlt Taschenbuch Verlag, 1973).

⁴⁸⁷ O *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC)* é um organismo vinculado ao *Ministerio de la Presidencia* espanhol e cuja missão consiste em fomentar a análise da realidade jurídica e sociopolítica nacional e internacional. Além das atividades relacionadas à pesquisa e ensino, o CEPC é uma editora com publicações especializadas em direito público e ciência política. Os livros publicados pelo CEPC costumam ter grande difusão entre o meio acadêmico.

⁴⁸⁸ Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2005.

qualidade de seu trabalho deve-se especialmente ao caráter informativo, didático e descritivo das ideias e dos autores, à extensa revisão bibliográfica que faz. É, assim, uma excelente referência para um primeiro contato com as discussões legislativas, o que justifica sua menção, muito embora não possa ser considerada a maior especialista no assunto atualmente.

Como será possível ver com detalhes mais adiante, seu ceticismo com os contextos da atividade parlamentar⁴⁸⁹ (pouca transparência e publicidade, atuação desregulada dos *lobbies*, baixo critério de racionalidade na tomada de decisões, etc.) de alguma maneira acaba influenciando sua perspectiva – um pouco mais pessimista, por assim dizer, se comparada à outras como de Virgilio Zapatero e Daniel Oliver-Lalana, por exemplo – e, acredita-se, deve ter sido a razão para o abandono dos estudos sobre a questão (seu último trabalho é de 2014, tendo passado a dedicar-se a outros assuntos depois disso⁴⁹⁰).

Em seu primeiro artigo, *Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación*⁴⁹¹ historia a revitalização dos estudos sobre a racionalidade legislativa em face da constatação e do agravamento da “crise da lei” (como consequência irremediável do Estado social, que aumenta quase ilimitadamente as funções dos poderes públicos). Em apertada síntese, a autora descreve que o advento do Estado constitucional como momento adequado para empreender uma novo lugar da legislação na teoria do direito contemporânea, com o apoio da teoria da argumentação jurídica, que em sua concepção representa a linha de investigação mais idônea para conferir maior racionalidade às decisões do legislador. Segue, nesse sentido, a aproximação de Atienza⁴⁹², dedicando-se a expor seu pensamento sobre a insuficiência da teoria de Robert Alexy para dar o suporte adequado ao raciocínio legislativo (como já visto, este último se contentava com leis válidas, independentemente de sua racionalidade).

Tece considerações sobre os contornos da racionalidade legislativa e, mais uma vez com suporte em Atienza, explica que uma teoria que se pretenda representativa do processo real de legislação necessita contemplar aspectos além do discurso moral. De acordo com a teoria de Robert Alexy, legislação põe fim aos “problemas de conhecimento”, ou seja, quanto à escolha entre as normas possíveis, porém contraditórias, para resolver os “problemas de cumprimento”, em outras palavras, converte o correto em vinculante, é o momento no qual se

⁴⁸⁹ Também detectado pelas oportunidades que se teve de conversar com a própria autora em diversas ocasiões.

⁴⁹⁰ No seu currículo, são encontradas publicações sobre globalização, constituição e sistema penal, austeridade orçamentária, sistema universitário, tolerância e laicidade, códigos deontológicos, etc., além das resenhas dos trabalhos de Manuel Atienza e José Luis Díez-Ripollés.

⁴⁹¹ In: CARBONELL, Miguel; LLAVE, Susana Thalía Pedroza de la (Coords.). **Elementos de técnica legislativa**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 93-115.

⁴⁹² Essa ideia, como já visto, consta pela primeira vez em *Para una teoría de la argumentación jurídica* (Doxa, n. 8, 1990, pp. 39-40), tendo acompanhado o autor em vários escritos posteriores.

alcança um resultado definitivo e obrigatório. Explica que a crítica de Atienza aponta para o perigo de que a teoria do discurso de Alexy se use, não como uma instância crítica para julgar o direito positivo, mas como um modelo de reconstrução e justificação de um certo tipo de direito.

Depois dessas ideias, a autora reputa necessário que sejam consideradas as dificuldades e os resultados alcançados pelos estudos sobre o raciocínio jurídico tendo como pano de fundo o processo de legislação, com o objetivo de alcançar decisões racionais seguindo a um procedimento institucionalizado à semelhança do que acontece com os processos judiciais. Na sua opinião, a maioria dos estudos intitulados de “ciência da legislação” se limitam à técnica legislativa e não abordam as questões sobre a racionalidade legislativa, ao passo que a teoria da legislação constituiria um discurso de caráter mais fundamental, voltada não somente para a qualidade das leis, mas também para uma concepção mais ampla sobre o papel da legislação. Adotando a distinção de Wróblewski⁴⁹³ entre um enfoque maximalista, que compreende os fins e valores a serem alcançados pela legislação, e um enfoque minimalista, que trata exclusivamente dos meios ou instrumentos dirigidos a otimizar a legislação quanto à qualidade linguística e sistemática, adere ao segundo.

Algumas dessas questões foram repetidas no verbete *Técnica legislativa*, também escrito pela autora, no *Diccionario de Derecho Constitucional*⁴⁹⁴.

O livro *Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*⁴⁹⁵, produto de tese de doutorado defendida em 2003, consolida um elogiável esforço no sentido de reinserir a lei dentro das preocupações jusfilosóficas e avançar nas reflexões sobre a racionalidade legislativa, a partir da noção lançada por Manuel Atienza em cinco níveis.

Compõe-se de três partes: na primeira, faz-se uma reconstrução histórica do conceito de lei desde a Idade Média até o Iluminismo; na segunda, segue o percurso com a ideia de lei à luz do Estado liberal, avançando sobre a crise da lei e o advento do Estado Constitucional; e, na terceira, são apresentados os enfoques dos estudos sobre a legislação (enquanto atividade) e as perspectivas da racionalidade e argumentação legislativa.

O valor do livro está especialmente na consolidação das principais reflexões e conceitos que permearam o tema ao longo do tempo, em uma apresentação clara e didática. Dado que não chega a formular uma teoria da legislação propriamente dita, rende ensejo a

⁴⁹³ Refere-se à *Propos final* (In: *La Science de la Législation*, nota 1, pp. 105 e ss).

⁴⁹⁴ **Diccionario de Derecho Constitucional**. México: Porrúa, 2002, pp. 569-572.

⁴⁹⁵ Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2005.

poucas críticas^{496, 497}. Entretanto, chama a atenção para algo que parece começar a permear a literatura jurídica: o papel central que vem assumindo a teoria da argumentação dentro do Direito constitui uma das justificações fundamentais em favor da racionalidade legislativa.

Seus outros trabalhos girando sobre a temática são: *Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional*⁴⁹⁸, *Legislar mejor en el paradigma constitucional*⁴⁹⁹, *Balancing as a Guide to Legislative Reasoning*⁵⁰⁰.

Em *Desregulación, Estado social y proceso de globalización*⁵⁰¹, a autora contextualiza o fenômeno da “desregulação”, assim definida como a substituição das normas próprias do Estado social por outras cuja função se limita a assegurar a autonomia privada e a livre competência entre sujeitos que operam no mercado (normas que não coloquem obstáculos ao mercado).

Discorre sobre o tema com o cuidado necessário para que esse conceito (bastante carregado ideologicamente) não seja tomado como sinônimo de ausência de normas ou anomia, descrevendo a desregulação como a técnica normativa mais característica da globalização (sociedade global) – estando, inclusive, mais presente no plano transnacional –, justificada tanto por razões de eficiência do mercado, quanto para conferir maior legitimidade às decisões públicas.

Sempre repetindo que a desregulação é caracterizada pela redução das normas de caráter público e intervencionista e associada a políticas neoliberais, a autora apresenta também uma outra leitura desse fenômeno, qual seja, a “autorregulação regulada”, como uma

⁴⁹⁶ São poucos as passagens nas quais a autora manifesta sua opinião sobre os temas expostos. Dos raros momentos em que isso acontece, chama a atenção, por exemplo, seu posicionamento no sentido de que “a primeira crise da lei” teria acontecido ainda na Idade Média. Esse aparente detalhe sem importância é um tema sobre o qual não há consenso teórico e pode influenciar a leitura dos fatos hoje. Aqui, entende-se que assumir a perspectiva proposta por Gema Marcilla Córdoba implica entender que a lei sempre esteve em crise e, se é assim, “crise” não seria a palavra adequada para designar o que na verdade seria um permanente processo de mudanças na forma como a lei se manifestou ao longo do tempo. Consequentemente, jamais teria havido uma ideia unívoca de lei, tratando-se de uma noção sempre vinculada especialmente ao contexto histórico abordado. É dizer, não haveria que se falar em “crise” propriamente, termo que somente estaria adequado com a fixação de um marco a partir do qual se tivesse uma noção ideal de lei.

⁴⁹⁷ Em outro dos poucos momentos em que a autora expõe suas próprias ideias, manifesta-se discordância veemente quanto aos procedimentos de negociação envolvidos na legislação. Em digressão sobre o ponto, Gema Marcilla Córdoba entende que a negociação não é o “modelo de tomada de decisões constitucionalmente estabelecido”. Em suas palavras: “*En una democracia constitucional las leyes no deberían presentarse como reflejo de la conjuntura de fuerzas políticas, económicas, sociales, etc., existente en cada momento, sino como basadas en las convicciones comunes de los ciudadanos y en la común aceptación de valores o prioridades.*” (**Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2005, p. 185). Aqui, torna-se desnecessário comentar que uma perspectiva que se pretenda representativa do processo real da legislação necessita contemplar inclusive os aspectos da realidade fática que fogem ao modelo ideal, pois somente assim se pode contribuir para a melhoria das práticas.

⁴⁹⁸ **Anuario de filosofía del derecho**, n. 21, 2004, pp. 337-352.

⁴⁹⁹ In: **Legislar mejor**. Ministerio de Justicia. Madrid, 2009, pp. 15-43.

⁵⁰⁰ **Legisprudence**, v. 4, n. 1, mai. 2010, pp. 93-104.

⁵⁰¹ **Doxa**, n. 28, 2005, pp. 239-263.

espécie do gênero desregulação. Caracterizada pela cooperação entre o Estado e os sujeitos econômicos privados, trata-se da técnica normativa avaliada positivamente, na medida em que implica tolerância estatal quanto à criação de normas jurídicas por particulares, justificada não na eficiência da economia, mas na dos próprios poderes públicos, com os argumentos de legitimação da sociedade.

Sua exposição basicamente reconduz argumentos de outros autores, como Juan Ramón Capella, Klaus Günther, Manuel Atienza, Darnaculleta Gardella, Luigi Ferrajoli, José Esteve Pardo, entre outros, finalizando com a ideia de que para fazer frente à crise da lei, somente uma nova ciência da legislação poderia restaurar uma legalidade garantista dos direitos fundamentais.

Em *Imperio de la ley*⁵⁰², Gema Marcilla salienta o elevado nível de indeterminação semântica que acompanha a expressão “império da lei”, tão ampla quanto a própria noção de lei. Além da pluralidade de sentidos, a autora discorre sobre o caráter histórico do conceito: o império da lei corresponde a diversas manifestações históricas ou empíricas das relações entre o poder e do Direito. Aponta, ainda, que o conceito de império da lei é igualmente fiduciário das diferentes concepções sobre o próprio Direito. Como consequência, retrata a complexidade envolvida no conceito de império da lei: é tão amplo quanto as noções de “lei” e de “Direito”.

Em *Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa*⁵⁰³, pode-se encontrar a síntese dos principais desenvolvimentos da autora.

1.8.4. Ángeles Galiana Saura

Tanto *La legislación en el Estado de Derecho*⁵⁰⁴, quanto *La ley: entre la razón y la experimentación*⁵⁰⁵ – frutos da tese de doutorado defendida por Ángeles Galiana Saura em 2001 – tratam da chamada Metódica da Legislação, o que, como aqui já visto, refere-se ao procedimento interno da elaboração normativa, à decisão legislativa.

Da mesma maneira que a maioria predominante dos estudiosos sobre a “Ciência” da Legislação, a autora insere suas preocupações no contexto de crise do Estado de Bem-estar, notadamente a crise da legislação e a degradação da qualidade da produção normativa. Seu

⁵⁰² *Eunomía*: Revista en Cultura de la Legalidad, n. 5, 2013, pp. 177-185.

⁵⁰³ *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013, pp. 43-83.

⁵⁰⁴ Madrid: Dykinson, 2003.

⁵⁰⁵ Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

ponto de partida é o de que a sociedade, abandonada total ou parcialmente a seus próprios mecanismos reguladores, conduz-se à pura irracionalidade e somente o Estado pode neutralizar os efeitos disfuncionais de um desenvolvimento social e econômico não controlado⁵⁰⁶.

No contexto do Estado Social, a legislação assume, então, a responsabilidade de proteger e promover o bem-estar básico de seus membros, sendo o Direito caracteristicamente regulativo, teleológico ou finalista, orientado à possível incidência de critérios políticos, tanto em sua criação, quanto na aplicação para o ajuste de seu conteúdo à variabilidade econômica, política, social e critérios de oportunidade. A deterioração desse modelo acarretou também a crise do papel do Estado na realização de suas finalidades.

Defende Galiana Saura que, por trás da degradação da qualidade jurídico-formal do Direito, se escondem também os interesses de determinados setores sociais e econômicos (como se revela, exemplifica a autora, pela regulamentação da proteção ao meio ambiente). Em suas palavras, trata-se da projeção, no plano jurídico-normativo, das ambiguidades do próprio sistema político, para sua incapacidade de assumir a gestão política dos conflitos e demandas sociais⁵⁰⁷.

Discorre, ainda, sobre os diversos fenômenos relacionados à crise em comento, ante os quais, o advento de uma Constituição – contendo o conjunto de “regras do jogo” para ordenar a dinâmica social – se converteu na fonte capaz de dotar de unidade e coerência o sistema jurídico-político. O Direito, da mesma forma, passa a caracterizar-se mais por funções distributivas e promocionais, fazendo mais uso de técnicas de controle sociais – na denominação formulada por Norberto Bobbio – “de facilitação”, juntamente, ou em substituição, às técnicas tradicionais “de obstaculização”⁵⁰⁸.

Como não poderia deixar de ser, também há reflexos na atividade legislativa. Como as normas constituem um dos meios de intervenção dos poderes públicos na economia e na sociedade, a lei vai incorporando cada vez mais medidas tendentes a regular as relações socioeconômicas, com diversas formas de incidência sobre os mercados, órgãos administrativos e a sociedade civil. A articulação dos diversos interesses acaba conduzindo a

⁵⁰⁶ **La legislación en el Estado de Derecho.** Madrid: Dykinson, 2003, p. 28.

⁵⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 45.

⁵⁰⁸ Tais expressões foram traduzidas para o espanhol como “*técnicas de alentamiento*” e “*técnicas de desalentamiento*”, conforme BOBBIO, Norberto. **Contribución a la teoría del Derecho.** Ed. y trad. de A. Ruiz Miguel. Madrid: Debate, 1990, pp. 380-382. Seja como for, importa o conceito: o *desalentamiento*, desencorajamento ou obstaculização é a operação com que ‘A’ trata de influenciar o comportamento não querido (comissivo ou omissivo) de ‘B’ atribuindo consequências desagradáveis; ao passo que o *alentamiento* ou facilitação consiste nos expedientes através dos quais ‘A’ influenciar no comportamento desejado (comissivo u omissivo) de ‘B’ atribuindo consequências agradáveis.

uma “contratualização” dos conteúdos normativos e a lei deixa de ser expressão da vontade geral para converter-se na manifestação jurídica de um acordo político entre o Estado e os distintos grupos⁵⁰⁹.

Outra face do fenômeno, observa Galiana Saura, é o deslocamento da decisão jurídica a outras instâncias, destacando – no que interessa à ótica da Ciência e da Metodica da legislação – a “administrativização” da dinâmica jurídica⁵¹⁰. Embora formalmente as leis sejam elaboradas e aprovadas no Parlamento, quem efetivamente as elabora atualmente vem sendo o Poder Executivo. O Legislativo se limita ratificá-las, convalidá-las. Na prática, como diz a autora, os tecnocratas, os especialistas da Administração, substituem a vontade geral⁵¹¹.

O Poder Executivo adquire primazia e observa-se a decadência do Parlamento. A autora toma, então, o diagnóstico de Santaolalla López⁵¹² sobre os fatores da crise em comento: a) progressiva “tecnocratização” da política, especialmente a política econômica; b) “tecnocratização” do Poder Executivo, sem correspondência no âmbito do Legislativo, que permaneceu integrado por uma formação muito desigual; e c) ausência de contrastes ideológicos importantes, é dizer, o consenso das forças políticas sobre o sistema econômico-social e político.

Dadas as finalidades desta tese, fica para outro momento a análise de cada uma das diversas causas da decadência do Parlamento feita pela autora em seu trabalho. Nada obstante, um aspecto muito bem levantado por Galiana Saura merece ser pontuado: é problemático e extremamente perigoso que as decisões políticas e legislativas venham sendo adotadas pelas direções dos partidos, antes mesmo que o debate se celebre, e que o Parlamento se limite a ratificar as decisões previamente adotadas⁵¹³. O mesmo ocorre com a progressiva substituição do parlamentar (sua atuação individual) pelo grupo parlamentar. Muitas vezes, a posição do primeiro se encontra já determinada pelo partido político ao qual pertence e, em lugar de uma autêntica discussão, o que há são apenas negociações prévias que conduzem a um pacto com o grupo parlamentar com maioria suficiente para aprovar a norma.

De fato, sem pretensão de depreciar a fase preparatória da elaboração legislativa, notadamente nas situações de iniciativa governamental, a decisão do Legislativo não pode vir predeterminada e este não pode deixar de ser o *locus* do debate e da controvérsia. Além disso, a discussão não pode ser simbólica, buscando simplesmente aplauso. A situação, na visão de

⁵⁰⁹ **La legislación en el Estado de Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003, p. 69.

⁵¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 77.

⁵¹¹ Idem, *ibidem*, p. 82.

⁵¹² Refere-se à obra *El parlamento en la encrucijada*. Madrid: Eudema, 1989.

⁵¹³ **La legislación en el Estado de Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003, pp. 80, 90.

Galiana Saura, é paradoxal: politicamente, o momento culminante do processo legislativo continua sendo o debate público no Pleno; tecnicamente, os estágios decisivos para a elaboração da lei são anteriores.

Também a obra *La ley: entre la razón y la experimentación*⁵¹⁴ parte da premissa de que as maiores insuficiências da legislação estão na sua qualidade material, nos defeitos políticos, não nos aspectos formais, o que justificaria a perspectiva adotada com o objetivo de racionalizar a elaboração normativa à luz da disciplina da Metodica da legislação.

Em espécie de continuação do livro anterior, Galiana Saura agora lança algumas premissas que, segundo acredita, podem representar o ponto de partida o desenvolvimento de uma teoria da argumentação legislativa.

No primeiro capítulo, é resgatada a origem do interesse pelos “defeitos políticos” das normas a cargo da Metodica da legislação. Na linha do que já abordado no pensamento de Virgilio Zapatero, o foco é no processo decisional, com base na crença de que o problema legislativo não é apenas uma questão técnica (aspecto formal), mas abarca o planejamento da própria norma, incluindo o propósito de elaborar leis com mais qualidade e mais justas (aspecto material). Em grande parte, reproduz o que já se viu dessa perspectiva para a racionalização da criação do Direito.

Destaca a concepção da iniciativa legislativa como uma decisão, o que consiste na seleção de um, entre outros, curso de ações alternativas e supõe uma tentativa de atividade racional por parte do decisor (ou grupo de decisores). Essa decisão pode ser abordada pelas teorias da decisão, incluindo a teoria da utilidade, a teoria dos jogos e a teoria da escolha pública, nesse ponto seguindo Resnik⁵¹⁵. Trata-se, sobretudo, de uma opção entre o *status quo* e a reforma. Para que exista a decisão, pontua que são necessários: 1) que exista um “problema” perfeitamente delimitado; 2) que exista um sujeito capaz de emitir a decisão; 3) que a decisão seja aceita pelos seus destinatários; 4) que essa solução resolva ou dilua o problema.

Segue desenvolvendo esse esquema decisional, entrando também no que é necessário para que funcione, como, por exemplo, a informação completa sobre todos os elementos que devem ser ponderados, a participação de especialistas no processo legislativo, enfatizando que a discussão parlamentar é o procedimento adequado para alcançar a objetividade e a legitimidade da norma. Comenta, ainda, sobre a formação das maiorias e os processos de negociação para favorecer o entendimento e o cumprimento da norma. Insiste que o grande

⁵¹⁴ Valencia: Tirant lo blanch, 2008.

⁵¹⁵ Refere-se à obra *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión* (Barcelona: Gedisa, 1998).

problema da está nas leis elaboradas mais pela iminente necessidade do momento do que pela vontade legislativa previamente pensada, discutida e planejada em um calendário legislativo. Defende que se tente fazer planos de intervenção progressivos e dá parâmetros para a racionalidade legislativa, seguindo Manuel Atienza e acrescentando, ainda, que devem ser combinadas a racionalidade teleológica, a discursiva, a procedimental.

Na sequência, no segundo capítulo, preocupa-se da “factibilidade” das leis, ou seja, sua aplicação correta, a partir da relação entre suas finalidades (ou aspectos programáticos) e os instrumentos e meios desenvolvidos na própria norma, sua real possibilidade de aplicação. A análise de “factibilidade” pretende prever a reação que a nova norma produzirá no sistema normativo e, conforme o caso, sugerir critérios, desenhar procedimentos, criar hipóteses sobre as possibilidades de simulação. Trata-se, assim, de uma avaliação prévia. Na prática, a “factibilidade” é condicionada por cinco fatores: político, econômico, organizacional, técnico e sociocultural⁵¹⁶. É necessário refletir sobre a necessidade da intervenção legislativa. Após, sobre a sua viabilidade, a pertinência dos objetivos assinalados.

O terceiro capítulo aborda a eficácia, efetividade e eficiência das normas, bem como as questões sobre a implementação ou “posta em prática” das normas, tomada como o conjunto de decisões, de organismos e de comportamentos dos atores com referência à concretização da lei ou programa político. Justifica a necessidade do estudo das estruturas da “posta em prática” como determinante, dada a influência dos meios (estruturas) para o alcance dos objetivos (por exemplo: quanto maior a descentralização, maior é a probabilidade de emergirem conflitos e politização)⁵¹⁷.

Segue comentando sobre a eficácia, medida pelo grau de correspondência entre as normas e as práticas. Para a ineficácia estatística, importa determinar a partir de quantos comportamentos “conformes” se pode concluir que há cumprimento da norma ou cai em desuso. Para a ineficácia individual, já com viés mais sociológico, busca-se a explicação da rejeição da norma, os motivos da desobediência.

O alcance da efetividade depende, mais do que a atitude dos destinatários, de que a norma esteja bem desenhada pelas autoridades encarregadas, sobretudo que os comportamentos impostos sejam os adequados para o alcance dos fins. Como é de se esperar, a efetividade pressupõe a eficácia, pois uma norma não cumprida obviamente não poderá satisfazer seu objetivo⁵¹⁸. A preocupação com a efetividade requer que a legislação

⁵¹⁶ **La ley: entre la razón y la experimentación**. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 152.

⁵¹⁷ Idem, ibidem, p. 226.

⁵¹⁸ Uma possível exceção, embora não registrada pela autora, é o caso da legislação simbólica, pois já durante a própria confecção se cogita da sua ineficácia. No entanto, não se pode deixar de entender que, nesse caso, existe

(atividade) envolva análises política, social e administrativa sobre as possibilidades de realização⁵¹⁹.

Continua tecendo considerações sobre as normas não efetivas, sobre a possibilidade de mesmo assim terem os efeitos latentes⁵²⁰, a distinção dos efeitos imediatos e mediatos, conformes e não conformes, concretos e simbólicos, desejados, não desejados (no sentido de não esperados, com o elemento valorativo da indiferença) e indesejados (literalmente não pretendidos, que na verdade se queria evitar), previstos e não previstos. Depois, avança a respeito das conexões entre a efetividade, eficácia e a validade das normas. Na sequência, sobre a eficiência, entendida como o alcance do objetivo com o menor custo, como resultado de um cálculo que compare as alternativas sobre os resultados da regulação e os respectivos recursos humanos e financeiros respectivamente necessários.

Por fim, o quarto capítulo é dedicado à atividade de avaliação normativa no processo legislativo, assim considerada o conjunto de análises baseadas no emprego de métodos científicos que estudam a implementação e os efeitos da legislação. Explora os múltiplos critérios e finalidades das avaliações: quanto à eficácia, aos efeitos, aos impacto, à dimensão jurídica, econômica, política, etc. De acordo com Galiana Saura, a avaliação legislativa constitui um elemento indispensável para o desenvolvimento de uma teoria da legislação⁵²¹. Cita que na França, por exemplo, trata-se de atividade estabelecida como uma das três funções básicas do Parlamento: aprovar leis, avaliá-las e controlar o governo⁵²².

Em suas palavras, ao buscar informações sobre os efeitos da legislação, conforme um método cientificamente organizado, a avaliação legislativa pressupõe uma estratégia racional destinada a reduzir o risco relacionado ao fracasso dos projetos legislativos. Nesse sentido, pode representar igualmente uma estratégia de persuasão, diante de oposições críticas ou indecisas, ou até mesmo para obter um acordo interparlamentar para a aprovação da legislação. Além disso, o instrumento permitiria aumentar as capacidades de aprendizagem e de adaptação da função legislativa⁵²³, reforçando a corrente de racionalização da produção normativa e partir do potencial de colaboração científico-técnica no campo da intervenção social.

um objetivo político ou ideológico, o qual costuma ser alcançado de alguma maneira, ainda que provisoriamente. Assim, a legislação simbólica poderia trazer um exemplo de efetividade sem eficácia.

⁵¹⁹ **La ley: entre la razón y la experimentación**. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 251.

⁵²⁰ Idem, ibidem, p. 255.

⁵²¹ Idem, ibidem, p. 287.

⁵²² Idem, ibidem, p. 288.

⁵²³ Idem, ibidem, p. 290.

Prossegue comentando sobre as mudanças institucionais necessárias para levar a cabo a avaliação das leis, como a definição, por exemplo, de se corresponde ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo tal tarefa, comentando as experiências internacionais em cada caso. Detém-se sobre os tipos de avaliações: prospectiva, retrospectiva, legislativa propriamente, de programas, provisória e final. Após, detém-se sobre as leis experimentais, seguindo os trabalhos de Carbonnier⁵²⁴, Mader⁵²⁵ e Chevallier⁵²⁶, com referência aos casos francês e suíço.

As leis experimentais, conforme a explicação de Galiana Saura, tem sido uma estratégia francesa para a inovação legislativa em matérias que implicam dificuldades técnicas e envolvem a adesão de setores refratários à mudança. Recorre-se à experimentação legislativa como um método progressivo, que se situa entre a avaliação prospectiva e a retrospectiva, consistente na aprovação de uma lei provisória, elaborada previamente e que determina o conteúdo da lei definitiva, caso a experiência se revele positiva e, no caso contrário, através do elemento de aprendizagem.

Reconhece que toda norma possui caracteres de experimentação e, portanto, de aposta sobre o futuro. No entanto, a autora defende que a experimentação legislativa seja reservada aos casos onde essa intenção esteja expressamente declarada e efetivamente envolva aplicação e efeitos baseados em métodos científicos⁵²⁷. Reforça que a lei experimental em nada difere das demais leis quanto à generalidade, obrigatoriedade e abstração. A diferença está na natureza temporária da intervenção, ou seja, o texto da lei traz uma limitação temporal ou outro meio destinado a assegurar o seu controle.

Galiana Saura argumenta que as leis experimentais favorecem à adaptação, como uma espécie de “ensaio”, antes da legislação definitiva. Seriam reduzidas, assim, as incertezas sobre a oportunidade e eficácia da lei, bem como favoreceria o compromisso político a respeito de uma medida controvertida, funcionando também como uma maneira de preparar os destinatários a respeito da intervenção estatal determinante (função pedagógica)⁵²⁸. São dois os elementos da lei experimental: 1) o elemento de inovação (experimentação); e 2) o aproveitamento das experiências (aprendizagem). Há um compromisso provisório, o que revela ser a lei instrumental um instrumento ambíguo, pois o fator tempo pode constituir um

⁵²⁴ Refere-se à obra *Sociologie juridique* (Paris: Librairie Armand Colin, 1972).

⁵²⁵ Refere-se à obra *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation* (Lausanne: Payot, 1985)

⁵²⁶ Refere-se à obra *Le lois expérimentales. Le cas français* (In: MORAND, Charles-Albert (Coord.). **Évaluation législative et lois expérimentales**. Aix-Marseille: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993).

⁵²⁷ **La ley: entre la razón y la experimentación**. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, pp. 305-6.

⁵²⁸ Idem, ibidem, p. 310.

obstáculo, já que a realidade pode mudar muito rapidamente. Além da limitação temporal, a lei experimental também pode ser parcial no espaço (em determinada região) ou por setores da população.

A autora tem plena convicção de que a legislação experimental é uma técnica prudente de legislar e um instrumento necessário para a participação da sociedade. Não oferece sugestões além do receituário geral: o redator dos textos normativos precisam ser juristas que, além de conhecer as técnicas formais para a redação e sistematização, conheçam de políticas públicas. Em suas palavras, melhorar a qualidade das leis não deve supor a eliminação do caráter político da legislação⁵²⁹, sem perder de vista a proibição de atuar arbitrariamente, já que os legisladores estão submetidos à Constituição.

Embora tenha anunciado sua intenção de oferecer o ponto de partida para o desenvolvimento de uma teoria da argumentação legislativa, oferecendo critérios para posterior ampliação, a autora não alcançou seu propósito declarado. Sem prejuízo da qualidade do trabalho, predomina seu caráter informativo, de preponderante revisão das referências já existentes sobre o tema, sem apresentar algo efetivamente original. Seu mérito estaria na apresentação da experimentação legislativa, antes desconhecido pela doutrina espanhola. No entanto, peca em depositar tanta confiança em um instrumento sobre o qual ainda carecem maiores estudos de caso, incursões empíricas e que até o momento parece ser mais uma peculiaridade da França e Suíça, há pouco provado na Alemanha.

Tomada sua proposta em um plano mais crítico, as “leis experimentais” que se reservam explicitamente a uma revisão ou já trazem limitações de vigência temporária somente deveriam ser consideradas nas situações de incerteza, ou seja, quando não se dispõe de conhecimento ou o que está disponível é incerto ou insuficiente. Não é um instrumento que deve ser banalizado. A ideia não é em si má, a questão a ser pensada é no esforço necessário para aprovação da lei, as diligências inerentes, o tempo, etc., pois, já que esse trabalho existirá de um modo ou de outro, que ao menos seja com um *animus* mínimo de permanência e estabilidade. A utilização de “leis experimentais” deve ser excepcional, muito embora a ideia de uma “aprendizagem institucional” e a prática de monitoramento (*monitoring*) deveriam ser incorporadas como atitudes estruturais da praxe administrativo-legislativa.

Feito esse mapeamento, encerra-se o primeiro capítulo sobre o panorama teórico espanhol sobre a formação das leis. Após tão vasta exposição, parece necessário apresentar conclusões parciais em uma espécie de balanço pontual sobre as principais características

⁵²⁹ **La ley: entre la razón y la experimentación.** Valencia: Tirant lo blanch, 2008, p. 328.

conceituais predominantes no pensamento espanhol, as críticas e os eventuais vazios teóricos encontrados na exposição teórica realizada. Isso, já para adiantar algumas das preocupações que norteiam o presente trabalho.

Antes de fazer tal resumo sobre tais estudos aqui analisados, no entanto, até mesmo pela extensão do presente capítulo e para não cansar tanto o leitor, passa-se imediatamente ao capítulo segundo, voltado para a apresentação do correspondente estado da arte dos estudos sobre a legislação no Brasil. Assim, ao final de toda a exposição teórica espanhola e brasileira, já se faz uma comparação entre as duas teorias, bem como as conclusões parciais que podem ser retiradas das perspectivas apresentadas em conjunto.

Capítulo 2. Estudos sobre a legislação, a racionalidade e a argumentação legislativa no Brasil

O presente capítulo tem por objetivo apresentar os desenvolvimentos teóricos sobre as questões legislativas brasileiras.

Desde logo, deve-se afirmar que no Brasil não há qualquer tradição doutrinária de estudos sobre legislação. A afirmação pode soar radical (ou demasiado absoluta), mas é a verdade. Somente para ilustrar a afirmação, as escassas publicações sobre técnica legislativa ao longo do tempo – com anos de intervalo entre uma e outra e cujas principais características são o enfoque exclusivamente formal e a abordagem como ferramenta auxiliar no contexto do processo legislativo¹ – não chegaram a criar propriamente um movimento que resultasse no aprofundamento dos estudos para uma teoria da legislação voltada para os aspectos mais materiais da legislação, ou sequer no desenvolvimento de uma linha de pensamento nacional autêntica sobre o tema.

Como será possível ver com mais detalhes adiante, em matéria de elaboração normativa no cenário nacional, predominam as publicações sobre o processo (procedimento) legislativo², especialmente as regras constitucionais, em abordagens sempre mais descritivas, dogmáticas e tautológicas, voltadas para a análise (repetição) e/ou constitucionalidade das disposições normativas que regem as práticas (*law in the books*).

De forma geral, não se encontra a merecida reflexão sociológica a respeito de como se dá de verdade a elaboração normativa, a decisão legislativa, se efetivamente tais normas

¹ Luiz Pinto Ferreira (Técnica legislativa como a arte de redigir leis. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 1, n. 1, jan./jun. 1985, pp. 222-253) esboçou um levantamento dos trabalhos de técnica legislativa no país. O primeiro deles teria sido uma conferência *Técnica constitucional brasileira* de Aurelino Leal, em 1914. Na sequência, vieram: PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as Constituições e leis institucionais do Brasil**. Rio de Janeiro: A noite, 1945; MORAIS, Antão de. A má redação de nossas leis. **Revista Forense**, v. 110, 1947, pp. 529-533; SILVA, Carlos Medeiros. Técnica legislativa. **Revista Forense**, v. 165, 1956, pp. 397-399; _____. O ato institucional e a elaboração legislativa. **Revista dos Tribunais**, v. 207, set. 1964, pp. 5-10; LEAL, Victor Nunes. Técnica Legislativa. In: **Estudos de direito público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 7-32; CAMPOS, José de Queiroz. **A arte de elaborar a lei**. Rio de Janeiro: Verbete, 1972; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos atos parlamentares. **Revista de Informação Legislativa**, v. 21, n. 81, jan./mar. 1984, pp. 259-322. Da mesma maneira, esta pesquisa tampouco logrou encontrar outras referências bibliográficas sobre técnica legislativa e/ou teoria da legislação com densidade digna de menção no período anterior à Constituição de 1988.

² As principais publicações são: FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012; SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. Mais recentemente, também surgiram abordagens à luz da filosofia política sobre o procedimento legislativo, com incursões mais densas no direito comparado, como a de CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992. E uma análise mais filosófica contraste com as disposições dos regimentos internos, tema este menos debatido nas obras mais famosas: BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

procedimentais são cumpridas, com o exame da realidade (*law in action*). Igualmente parcos são os estudos mais profundos sobre a natureza, os valores e os objetivos que devem nortear a atividade, à luz de uma teoria mais densa do ponto de vista filosófico sobre o que a legislação deve refletir.

Diferentemente do que aconteceu na Espanha – em que a institucionalização de práticas para dotar as leis de precisão, clareza e efetividade seguiu uma tendência iniciada primeiramente no plano acadêmico, como já visto, notadamente pelos trabalhos do GRETEL³ –, no Brasil, os estudos sobre a técnica legislativa, salvo algumas ínfimas exceções⁴, somente vieram após uma série de marcos institucionais com o propósito de fortalecer a técnica legislativa, com origem na própria Administração Pública, voltados à concretização do Estado democrático de Direito instituído com a Constituição da República de 1988⁵. E, a despeito de todos esses esforços, a temática segue afastada do debate no seio das universidades pátrias.

Esse é um ponto curioso e merece uma breve reflexão. Acredita-se que o regime de exceção vivido pelo país por vinte e um anos – entre 1º de abril de 1964 a 15 de março de 1985 – explica, de alguma maneira, ou ao menos em parte, o incipiente estágio dos estudos sobre a legislação no Brasil. Esta hipótese aqui levantada parte da interpretação de alguns fatos históricos na linha exposta, bastante resumidamente, na sequência.

A Constituição de 1946 trazia em seu corpo uma norma que proibia a delegação de poderes (art. 36, § 2º: “*Art. 36. São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si. (...) § 2º É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.*”), o que naturalmente incluía o exercício do poder legislativo delegado. Na prática, para citar apenas o que se relaciona ao processo legislativo, tal dispositivo impedia que os Poderes Legislativo e Executivo somassem esforços conjuntamente na adoção de

³ Como se comentou naquela ocasião, os trabalhos do GRETEL, especialmente as publicações de 1985 e 1989, resultaram na adoção, no âmbito do governo, das *Directrices sobre la forma y la estructura de los anteproyectos de ley*, aprovada pelo *Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991*, com a pretensão de funcionar como guia de técnica legislativa da Administração Pública espanhola. Em 2005, procedeu-se a uma atualização e revisão e, com o *Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005*, que aprovou novas *Directrices de técnica normativa*.

⁴ Nesse sentido, são as obras mencionadas antes, e, já após a Constituição da República de 1988, as seguintes: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993 (este um dos manuais mais difundidos sobre o tema, estando na sua sexta edição em 2014); COSTA, Jorge José da. **Técnica Legislativa: procedimentos e normas**. Rio de Janeiro: Destaque, 1994; GALVÃO, Rodrigo (Org.). **Elementos de técnica legislativa: teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

⁵ A obra organizada por Rodrigo Galvão (**Elementos de técnica legislativa: teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995) também resultou de uma pesquisa realizada entre 1993 e 1994 por um grupo de estudos da Universidade Federal de Santa Catarina (Grupo PET/Direito/UFSC). Entretanto, não logrou a repercussão no Brasil equivalente aos trabalhos de GRETEL na Espanha. Conta com três capítulos: 1) com considerações sobre atos normativos; 2) sobre o processo legislativo; e 3) sobre a técnica legislativa propriamente, com passos que devem ser seguidos para a redação de atos e também uma análise de algumas variáveis de leis concretas.

soluções legais voltadas ao atendimento das necessidades dos cidadãos. Como sabido, em tempos nos quais governar é essencialmente legislar, vê-se que a Constituição de 1946 conduziu o processo legislativo a uma crise⁶.

Nesse contexto, o Ato Institucional n. 1, de 9 de abril de 1964, suspendeu a vigência de diversos preceitos da Constituição de 1946, inclusive este a que se faz menção sobre a delegação de poderes. Embora não tenha instituído a delegação legislativa, o Ato Institucional em comento concedeu ao Presidente da República a iniciativa para emendas constitucionais, sujeitas a *quorum* especial e a prazos limitados (art. 3º), e para propor projetos de lei ordinária, sem qualquer limitação temática, tendo estabelecido para tais “projetos” oriundos do Executivo uma “tramitação automática”: passados trinta dias de seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal, seriam tidos como aprovados (art. 4º). Se o Presidente da República julgasse urgente a medida, poderia solicitar a aprovação em sessão conjunta do Congresso Nacional, no prazo único de trinta dias, após o que também o projeto também seria tido como aprovado, independentemente de ter havido discussão ou deliberação (parágrafo único)⁷.

O Ato Institucional, portanto, conferiu verdadeiros poderes legislativos ao Presidente da República, com uma simples espécie de “*vacatio legis* obrigatória” de trinta dias, passados os quais a lei entrava em vigor. É mais, em outras palavras, previu-se a aprovação automática de um projeto de lei sem qualquer discussão e votação no Parlamento, por simples decurso de prazo.

Tal sistemática representou o instrumento jurídico desejado para – na narrativa construída pelo governo à época – “*restabelecer a ordem na administração do país e fomentar o seu progresso em clima de paz e segurança*”^{8, 9}, dentro da lógica comentada de

⁶ SILVA, Carlos Medeiros. O ato institucional e a elaboração legislativa. **Revista dos Tribunais**, v. 53, n. 347, set. 1964, pp. 7-17.

⁷ Eis o conteúdo dos dispositivos mencionados: “Art. 3º - O Presidente da República poderá remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição. Parágrafo único - Os projetos de emenda constitucional, enviados pelo Presidente da República, serão apreciados em reunião do Congresso Nacional, dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento, em duas sessões, com o intervalo máximo de dez (10) dias, e serão considerados aprovados quando obtiverem, em ambas as votações, a maioria absoluta dos membros das duas Casas do Congresso.”; “Art. 4º - O Presidente da República poderá enviar ao Congresso Nacional projetos de lei sobre qualquer matéria, os quais deverão ser apreciados dentro de trinta (30) dias, a contar do seu recebimento na Câmara dos Deputados, e de igual prazo no Senado Federal; caso contrário, serão tidos como aprovados. Parágrafo único - O Presidente da República, se julgar urgente a medida, poderá solicitar que a apreciação do projeto se faça, em trinta (30) dias, em sessão conjunta do Congresso Nacional, na forma prevista neste artigo.” e “Art. 5º - Caberá, privativamente, ao Presidente da República a iniciativa dos projetos de lei que criem ou aumentem a despesa pública; não serão admitidas, a esses projetos, em qualquer das Casas do Congresso Nacional, emendas que aumentem a despesa proposta pelo Presidente da República.”

⁸ SILVA, Carlos Medeiros. O ato institucional e a elaboração legislativa. **Revista dos Tribunais**, v. 53, n. 347, set. 1964, pp. 7-17.

que governar é sobretudo dirigir a legislação. Entretanto, o fato é que, muito embora o Congresso Nacional tenha permanecido com a oportunidade de impugnar a proposição e emendar as propostas oriundas do Executivo, havia claras reservas relativas aos seus poderes – tanto as constantes do Ato Institucional mencionado, quanto às que se impunham na prática sob a forma de repressões –, de modo que não havia o devido ambiente para a atividade legislativa¹⁰.

A compreensão desse regime político parece relevante, já que não pode ser dissociado das iniciativas voltadas para “encurtar” o processo legislativo e mecanismos de “abreviar” os debates e discussões no seio do Parlamento, com a consequente perda, por parte deste último, de seus poderes legiferantes. Embora os movimentos para prestar maior celeridade ao processo legislativo não sejam por si só ruins, claramente o são quando importam na degradação das prerrogativas inerentes à função legislativa.

Esse contexto político, acredita-se, também deve ter exercido algum papel nos desenvolvimentos teóricos e metodológicos quanto à legislação no país. Assim, somente com o restabelecimento da plenitude dos poderes legislativos ao Congresso Nacional, finalizando o regime de exceção pós-1964, teve-se a conjuntura institucional adequada para discutir o tema da elaboração normativa com mais liberdade e profundidade¹¹.

Assim, logo em sua redação originária, a Constituição da República de 1988 conferiu atenção à técnica legislativa. Em seu art. 59, parágrafo único, determina que lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis¹². A inserção desse dispositivo (tal parágrafo único não existia nas Constituições anteriores¹³) teve o explícito

⁹ Da exposição de motivos do Ato, lê-se ainda: “(...) *O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. (...)*”.

¹⁰ Passados seis meses da edição do Ato, por exemplo, chegou-se a sugerir a criação de um Ministério Extraordinário para as reformas legislativas como alternativa para imprimir mais dinamismo à ação governamental no plano legislativo (SILVA, Carlos Medeiros. Seis meses de aplicação do ato institucional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 78, out./dez. 1964, pp. 449-452).

¹¹ Para ilustrar um pouco a superficialidade dos estudos pré-Constituição de 1988, por exemplo, chamam a atenção as digressões de Luiz Pinto Ferreira sobre a estética legislativa: “*O direito deve ser elaborado atendendo não só à sua necessidade social e ideário de justiça, mas ainda quanto à beleza de sua redação. (...)*” (Técnica legislativa como a arte de redigir leis. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 1, n. 1, jan./jun. 1985, p. 252).

¹² “Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”.

¹³ Confirmam-se: art. 46 da Emenda Constitucional n. 1/69; art. 49 da Constituição de 1967; art. 65 da Constituição de 1946; art. 64 da Constituição de 1937; arts. 39 e 40 da Constituição de 1934; arts. 13, 34, 33º, e 35, 1º, da Constituição de 1891; arts. 13 e 53 da Constituição Imperial de 1824.

propósito de impor o desenvolvimento de uma “legística” para lograr o aperfeiçoamento da qualidade das leis. Conta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que tal medida não pode ser acoimada de precipitada, pois “(...) a preocupação em modernizar o processo de elaboração das leis e em adaptá-lo às necessidades do Estado contemporâneo de há muito já frequentava o Congresso Nacional (...)”¹⁴.

Como tal lei complementar determinada pela Constituição não foi aprovada de modo imediato, em 11 de janeiro de 1991 (com a publicação do Decreto nº 100.000, que dispôs sobre os decretos a serem expedidos a partir daquela data), o então Presidente da República Fernando Collor de Mello determinou o reinício de numeração dos decretos e autorizou a criação de comissão para rever, atualizar, uniformizar e simplificar as normas de redação de atos e comunicações oficiais, o que culminou na confecção do Manual de Redação da Presidência da República^{15, 16, 17}.

Somente quase dez anos depois da Constituição, em 26 de fevereiro de 1998, foi publicada a Lei Complementar – LC n. 95, que 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. A LC n. 107/2001 trouxe algumas alterações à LC n. 95/98, especialmente quanto à alteração e consolidação das leis.

A LC n. 95/98 foi regulamentada inicialmente pelo Decreto n. 2.954, de 29 de janeiro de 1999, que estabelecia regras para a redação de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo. Depois, veio o Decreto n. 9.191, de 1º de novembro de 2017, revogando o anterior, para estabelecer normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. O Decreto n. 9.191/2017 trouxe algumas técnicas de avaliação legislativa e introduziu um

¹⁴ **Do processo legislativo.** 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 217. Além disso, Manoel Gonçalves Ferreira Filho ainda comenta: “(...) Também é de justiça mencionar a contribuição para o equacionamento legal do tema do homem público paulista, José Henrique Turner, que, como chefe da Casa Civil do Governo de São Paulo, primeiro, depois como Deputado Federal, muito se bateu pela adoção de normas visando ao aprimoramento da “qualidade das leis”. É ele um dos inspiradores, senão o principal de todos, da inclusão no texto constitucional de 1988 do parágrafo único do art. 59, preceito este que impôs no país o desenvolvimento da legística.” (Idem, ibidem, p. 325).

¹⁵ Art. 8º da Portaria nº 1, de 11 de janeiro de 1991, da Secretaria-Geral da Presidência da República, que também já continha algumas diretrizes para o encaminhamento de anteprojetos pelos Ministérios à Presidência da República.

¹⁶ Tal comissão foi presidida pelo hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, que esteve presente em praticamente todos os avanços quanto à padronização de procedimentos de elaboração normativa no país.

¹⁷ Lançado ainda em 1991, o Manual de Redação da Presidência da República teve sua segunda edição elaborada em 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

modelo *checklist*, com questões (12 perguntas e algumas delas divididas em subperguntas) que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo Federal (Anexo I)¹⁸. Além disso, o Decreto n. 9.191/2017 determinou que as exposições de motivos dos anteprojetos tramitados no âmbito do Poder Executivo Federal informem os seguintes quesitos:

- 1) Síntese do problema ou da situação que reclama providências;
- 2) Soluções e providências contidas no ato normativo ou na medida proposta;
- 3) Alternativas existentes às medidas propostas;
- 4) Custos;
- 5) Razões que justifiquem a urgência (a ser preenchido somente se o ato proposto for medida provisória ou projeto de lei que deva tramitar em regime de urgência);
- 6) Impacto sobre o meio ambiente (sempre que o ato ou medida proposta possa vir a tê-lo);
- 7) Alterações propostas;
- 8) Síntese do parecer do órgão jurídico.

¹⁸ Para ilustrar, dada a extensão do questionário, reproduzem-se as primeiras quatro perguntas: **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, da ciência, da técnica e da jurisprudência? 1.6. Qual é o conjunto de destinatários alcançados pelo problema, e qual o número de casos a resolver? 1.7. O que poderá acontecer se nada for feito? (Exemplo: o problema tornar-se-á mais grave? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que consequências?) **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 executar? 2.2. Quais os instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos, no todo ou em parte? (Exemplo: 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 destinatários alcançados 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: i. desgaste e encargos para os cidadãos e a economia; ii. eficácia (precisão, grau de probabilidade de consecução do objetivo pretendido); iii. custos e despesas para o orçamento público; iv. efeitos sobre o ordenamento jurídico e sobre metas já estabelecidas; v. efeitos colaterais e outras consequências; vi. entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução; vii. possibilidade de impugnação no Judiciário. **3)** Deve a União tomar alguma providência? Dispõe ela de competência constitucional ou legal para fazê-lo? 3.1. Trata-se de competência privativa? 3.2. Tem-se caso de competência concorrente? 3.3. Na hipótese de competência concorrente, está a proposta formulada de modo que assegure a competência substancial do Estado-membro? 3.4. A proposta não apresenta formulação extremamente detalhada que acaba por exaurir a competência estadual? 3.5. A matéria é de fato de iniciativa do Poder Executivo? Ou estaria ela afeta à iniciativa exclusiva do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores ou do Procurador-Geral da República? **4)** Deve ser proposta edição de 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 edição de lei, deve a matéria ser disciplinada por decreto? Por que não seria suficiente portaria? 4.4. Existe fundamento legal suficiente para a edição de ato normativo secundário? Qual? 4.5. Destina-se a regra a atingir objetivo previsto na Constituição? 4.6. A disciplina proposta é adequada para consecução dos fins pretendidos? 4.7. A regra proposta é necessária ou seria suficiente fórmula menos gravosa? 4.8. A disciplina proposta não produz resultados intoleráveis ou insuportáveis para o destinatário?

Como se vê pelos títulos e conteúdos dos atos normativos em questão, houve direta e marcada influência do modelo germânico na técnica legislativa que se começou a instituir no Brasil, graças aos esforços desenvolvidos especialmente por Gilmar Ferreira Mendes¹⁹, Ives Gandra da Silva Martins Filho²⁰ e José Bonifácio Borges de Andrada²¹. Tais medidas foram muito importantes, mas, infelizmente, vieram desarticuladas de uma preparação dos próprios funcionários públicos diretamente envolvidos na produção das leis.

Nesse contexto, o advento da LC n. 95/98 representou um marco na organização do processo e da técnica legislativa brasileiros, um avanço extremamente importante na atividade legislativa, e que – a despeito de ainda hoje persistirem dificuldades e problemas na sua observância concreta para a melhoria da qualidade das leis²²– contribuiu com um passo importante para a uniformização das práticas.

Outros marcos institucionais relevantes – e que demonstram também a consideração que o tema foi recebendo no próprio Poder Legislativo –, foram: a) em 2004, foi publicado o *Manual de Redação da Câmara dos Deputados*²³, com o propósito de servir de guia à produção de textos, dividido em três capítulos: 1) com considerações sobre a redação em geral; 2) sobre o uso da língua portuguesa na sua norma culta; e 3) com modelos e indicações de redação de atos administrativos; e b) em 2006, o Senado Federal editou o *Manual de*

¹⁹ Hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal. Antes disso, no entanto, Gilmar Ferreira Mendes foi Advogado-Geral da União, Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, Assessor Técnico no Ministério da Justiça e na Câmara dos Deputados. Em todos esses cargos, sua atuação esteve marcada pela preocupação com a proliferação da legislação e a racionalização da atividade legislativa, sempre vinculado às ideias e à doutrina alemã.

²⁰ Foi o Coordenador-Executivo da Comissão de Consolidação da Presidência da República, cujos trabalhos alcançaram os seguintes números: “*Como se pode verificar do traçado normativo de nosso ordenamento jurídico de cunho federal descrito e quantificado neste estudo, a variedade de instrumentos normativos (mais de 20 formas), somada à quantidade exorbitante de normas (cerca de 200.000 documentos, dos quais mais de 45.000 em vigor) e à ausência de univocidade da natureza jurídica de instrumentos que recebem o mesmo designativo (decretos de natureza regulamentar e de natureza legislativa), deixa claro que um trabalho de racionalização, consolidação e clarificação do sistema é tarefa que se apresenta de fundamental importância para a melhor compreensão das leis que regem a vida do cidadão brasileiro.*” (MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Ordenamento jurídico brasileiro. **Revista jurídica da Presidência da República**, v.1, n. 3, jul. 1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1054/1038>>. Acesso em: 20 ago. 2016.).

²¹ ANDRADA, Bonifácio. A experiência da consolidação no Congresso Nacional. In: MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2003, pp. 141-151.

²² Tais problemas decorrem especialmente da cultura do improviso, há muito já instaurada, que produz uma legislação, uma atividade legislativa, sem reflexão e sem qualquer planejamento. Nesse contexto, torna-se extremamente complicado impor as técnicas formais. Sobre o ponto, confira-se: FERREIRA, Jair Francelino. **A Lei Complementar nº 95, de 1998, e a técnica de alteração das leis: incoerências e controvérsias textuais na legislação federal decorrentes do procedimento de alteração das leis**. Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, 2009.

²³ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Manual de redação**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/568>>. Acesso em: 14 out. 2015.

*Redação Parlamentar e Legislativa*²⁴, para somar-se aos já existentes *Manual de Técnica Legislativa*²⁵, de 2002, e o *Manual de Elaboração de Textos*²⁶, de 1999, todos com o propósito de sistematizar instruções e divulgar exemplos de textos de pareceres, notas técnicas, notas informativas, estudos, relatórios, pronunciamentos e justificações de proposições, todos eles vinculados à elaboração das leis.

Como tem sido possível observar, no Brasil, a legislação é tema que tem despertado interesse maior no âmbito dos corpos técnicos das Casas Legislativas. Mesmo no que diz respeito à produção de cunho acadêmico, o fato é que a maior parte dos trabalhos (formada predominantemente por artigos) tem origem nas próprias escolas de formação dos Poderes Legislativos, com destaque para o Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados – CEFOR, o Centro de Estudos da Consultoria Legislativa do Senado Federal – CONLEG²⁷ e a Escola do Legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais – ALMG²⁸. São ínfimas as exceções: é reduzidíssimo o número de dissertações e teses defendidas nas universidades²⁹. Ao que parece, definitivamente o tema da legislação no Brasil é predominantemente uma ação governamental.

Sem prejuízo dessa escassez de referências bibliográficas aqui comentada, passa-se a fazer um apanhado sobre o que foi produzido no país, com o propósito de apresentar minimamente o panorama teórico, em um primeiro momento, e, na sequência, fazer uma crítica sobre os equívocos e insuficiências da abordagem que vem predominando no país.

Dada a inadequação de critérios para agrupar os autores por linhas de pensamentos, porquanto inexistentes, também sendo impossível a organização por ordem de importância,

²⁴ BRASIL. Senado Federal. Consultoria Legislativa. **Manual de Redação Parlamentar e Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70466/Manual%20de%20Redacao.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 out. 2015.

²⁵ BRASIL. Senado Federal. Consultoria Legislativa. **Técnica legislativa**: orientação para a padronização de trabalhos. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/documentos/institucional/SF/OAS/CONLEG/arquivos/manuais/tecnica-legislativa>>. Acesso em: 14 out. 2015.

²⁶ BRASIL. Senado Federal. Consultoria Legislativa. **Manual de elaboração de textos**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 1999. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70468/Manual%20de%20Elaboracao%20de%20Textos.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 14 out. 2015.

²⁷ Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/homeestudoslegislativos>>. Acesso em: 5 mai 2016.

²⁸ Disponível em: <http://www.almg.gov.br/educacao/sobre_escola/banco_conhecimento/index.html>. Acesso em: 5 mai 2016.

²⁹ Por exemplo, são indicativos os resultados de uma pesquisa usando as chaves de busca “técnica legislativa”, “teoria da legislação” e “argumentação legislativa” na plataforma Google Acadêmico (<https://scholar.google.com.br>) e no Banco de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (<http://bancodeteses.capes.gov.br/banco-teses/#/>). Além de reduzidas em termos numéricos, as ocorrências apontam para trabalhos sem muita profundidade teórica ou crítica, salvo ínfimas exceções.

optou-se pela abordagem isolada de cada um dos autores, expostos em ordem cronológica a partir da data de publicação de seus primeiros trabalhos sobre legislação.

2.1. O condicionamento de materiais explosivos de Victor Nunes Leal

Victor Nunes Leal foi um dos primeiros no país a chamar a atenção para a necessidade de estudar melhor o tema da atividade legislativa. Seu artigo de 1945 intitulado *Técnica Legislativa*³⁰ começa com a seguinte constatação: “*Capítulo dos estudos jurídicos que ainda exige acuradas pesquisas e meditações para uma adequada sistematização é o relativo à arte de fazer leis.*”³¹.

Em passagem que já se tornou célebre sobre o tema, alerta:

Tal é o poder da lei que a sua elaboração reclama precauções severíssimas. Quem faz a lei é como se estivesse condicionando 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.³²

O artigo trata preponderantemente dos temas afetos à chamada legística formal, ou seja, os aspectos relacionados à estrutura, com a lei enquanto forma de comunicação. Entretanto, não aprofunda muito sobre a técnica legislativa propriamente dita, sendo curioso notar que o próprio autor mostra ceticismo sobre o êxito pleno da formulação de boas normas. Diz: “*(...) o problema é essencialmente de cultura, em especial de cultura jurídica. Também está na dependência da forma de governo e dos interesses que influem no órgão elaborador das leis*”³³. A despeito disso, reconhece que o estudo da técnica legislativa contribui para elevar o nível de cultura jurídica.

A partir daí, consigna suas intuições sobre a elaboração de textos normativos. Na sua opinião, por exemplo, é preferível confiar a redação a um jurista menos especializado, pois muitas vezes a especialização rigorosa retira a visão de conjunto dos demais ramos do direito, também sendo prejudicial porque o jurista especializado é quase sempre mais conservador e apegado aos valores tradicionais e perde o espírito do sistema³⁴.

³⁰ Originalmente publicado na **Revista de Direito Administrativo**, v. 2, jul. 1945. Posteriormente, passou a fazer parte do livro: LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

³¹ Técnica Legislativa. In: LEAL, Victor Nunes. **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, pp. 7-32, p. 7.

³² Idem, *ibidem*, p. 8.

³³ Idem, *ibidem*, p. 16.

³⁴ Idem, *ibidem*, pp. 17-18.

Outra afirmação muito lúcida vai no sentido de que as fontes de informação do legislador devem ser fidedignas, pois este não pode perder de vista a observação real da vida,

(...) porque a malícia encontra muitos atalhos por onde infiltrar-se por entre as sanções da lei, sem incidir nelas. Não basta ter em mira o resultado a atingir: é preciso escolher cuidadosamente os meios adequados, velando por que não sejam excessivamente severos, nem inócuos.³⁵

Sobre os redatores, aconselha que sejam “(...) *juristas que, além de sólida cultura, tenham muito tirocínio na aplicação do direito, (...) e que sejam homens de mentalidade receptiva, de alma aberta às transformações do mundo.*”³⁶. Recomenda também a participação de não juristas, mas com profundos conhecimentos sobre os assuntos, dado que a legislação assumiu um caráter de imenso controle social, e também de bons conhecedores da língua (filólogos), ao menos para revisar a versão final dos projetos.

Leal claramente detecta os principais problemas da atividade legislativa – por exemplo, quando afirma: “*As leis feitas de afogadilho, para atender a certas situações mais prementes, são as maiores responsáveis pela mutilação dos institutos jurídicos*”³⁷ –, mas não chega a formar uma opinião conclusiva sobre como resolver a questão. O mesmo acontece quanto à dosagem, na lei, da linguagem especializada (uso de termos técnicos) e da comum (para que a lei esteja o mais possível ao alcance de todos): na opinião de Leal, esse conflito não desaparecerá jamais. Seja como for, o fato é que suas considerações finais – ressalte-se, feitas em 1945 – permanecem atuais: “*Portanto, o tema da técnica legislativa não é um terreno estéril, como à primeira vista parece; ao contrário, é farta e promissora.*”³⁸.

2.2. A técnica legislativa como a arte de redigir leis de Luiz Pinto Ferreira

Em 1985, com *Técnica legislativa como a arte de redigir leis*³⁹, Pinto Ferreira reuniu as ideias que considerou mais importantes sobre a boa feitura e redação dos textos legais, reproduzindo os *insights* dos autores estrangeiros (Montesquieu, François Géný, Emile Giraud, Jeremy Bentham, Georges Ripert, Stuart Mill, Reed Dikerson, Filippo Vassali e seus respectivos livros), em um primeiro momento; depois, fazendo um breve histórico das poucas contribuições nacionais até então, e, por fim, com algumas explicações sobre o estilo legislativo brasileiro, decompondo as partes da lei (preâmbulo, epígrafe, ementa, ordem de

³⁵ Idem, *ibidem*, pp. 19-20

³⁶ Idem, *ibidem*, pp. 21.

³⁷ Idem, *ibidem*, p. 24.

³⁸ Idem, *ibidem*, p. 32.

³⁹ *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 1, n. 1, jan./jun. 1985, pp. 222-253.

execução, artigo e suas subdivisões *caput*, parágrafos, incisos, alíneas, a cláusula de vigência, fecho, etc.) com as regras básicas sobre o que deve constar de cada uma e as formas de agrupamento em capítulos, seções, títulos, livros e partes.

Feche seu artigo com uma declaração que permanece atual:

Como as Faculdades de Direito no País não têm cátedras especiais para o ensino da arte de redigir as leis, é preciso aprender a emprestar força, harmonia e nobreza às leis, pois a língua das leis tem também os seus clássicos, estetas e artistas, como todas as manifestações de espírito humano.⁴⁰

Após esses primeiros trabalhos, sobretudo do que se pode ver a partir de Victor Nunes Leal e Luiz Pinto Ferreira, um longo hiato entremeia as publicações sobre a legislação. Possivelmente, isso pode guardar relação com o período autoritário, como comentado anteriormente, o que somente começa a ser atenuado com o advento da Constituição de 1988, quando foi-se retomando o interesse no tema.

2.3. O *campus nomogenético* de Miguel Reale

Em passagem comentando a volta de atenção que a teoria da argumentação passou a receber, Miguel Reale faz o seguinte comentário sobre os estudos de teoria da legislação:

Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes, tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta de riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas. Perdera-se, em suma, o valor da Retórica, confundida errônea e impiedosamente com o ‘verbalismo’ dos discursos vazios.

De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer atenção dos filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição (...).

Diga-se de passagem que esse renovado interesse pela Teoria da Argumentação coincide com a revisão dos antigos estudos de Teoria da Legislação, a qual, tendo florescido no século XVIII, nos escritos de um Filangeri ou de um Bentham, volta hoje ao cenário das pesquisas sistemáticas sob as denominações de ‘Política do Direito’ ou ‘Política Legislativa’, tão essenciais a um Estado que, dia a dia, alarga sua interferência em todos os planos da vida humana. A boa técnica de legislar será uma garantia contra os abusos que as leis mal redigidas sempre propiciam.⁴¹

Como se vê, Reale reconhece a importância desse campo de estudo, mas não chega a dedicar reflexões mais profundas.

Da leitura de uma passagem de seu *Filosofia do Direito*, quando comenta sobre processo de normatividade jurídica, por ele entendido como simultaneamente axiológico e

⁴⁰ Técnica legislativa como a arte de redigir leis. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 1, n. 1, jan./jun. 1985, pp. 222-253, p. 253.

⁴¹ *Lições Preliminares de Direito*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 88-89.

teleológico, pode-se chegar a interpretar, inclusive, que o autor vê certa dificuldade de tratamento do tema, por conta da complexidade envolvida na decisão legislativa⁴².

Mesmo sua *Teoria Tridimensional do Direito* limita-se a explicar a normatização (*campus* nomogenético) com a metáfora da física do mecanismo de reflexão de um raio luminoso (e ilustra a explicação com um desenho gráfico): de um lado, impulsos e exigências axiológicas incidem sobre um prisma multifacetado – que representa o complexo fático: domínios social, econômico, técnico, etc. –, o qual pode ser refratado em um leque de normas possíveis. Nesse contexto, é a interferência do Poder, a participação da autoridade, que converterá a opção em verdadeira norma jurídica: “*Toda norma legal é uma opção entre vários caminhos, pois não é dito que só haja uma via legítima perante uma mesma exigência axiológica, numa dada situação de fato*”⁴³.

No entanto, afirma ser errôneo asseverar que o Direito seja fruto de mera decisão, não se podendo exagerar no fator volitivo, pois a decisão vem circundada e condicionada pelos fatos sociais e motivos axiológicos, o conceito de “vida cotidiana” em que estão imersos não só os legisladores, mas também os juízes e juristas. De forma breve, usando as palavras do próprio autor, a partir da tensão fático-axiológica se concretiza o processo nomogenético. Seria esse o resumo do tripé fato-valor-norma que instaura o direito novo (ou a síntese da nomogênese jurídica, no seu vocabulário).

Dessa maneira, pode-se concluir que Reale expõe uma concepção da legislação como atividade que deve estar calcada em um poder social difuso, conectada à realidade social. Essa noção também está presente em seu *O Direito como experiência*⁴⁴, quando afirma que o

⁴² “Imagine-se um legislador diante de uma situação de fato a que deva atender com providências normativas: – o ato de legislar implica consciência especial dos problemas, uma característica “atitude de dever ser”, isto é, a certeza de que lhe cabe “optar”, eleger uma via, da qual resultará a tutela de um campo de interesses reputados legítimos. Não se trata de um sociólogo dedicado a descobrir conexões entre os fatos, nem de um psicólogo empenhado em seguir os reflexos de um ato ou de uma deliberação do plano da vida interior: – o momento de legislar tem significado próprio enquanto alberga sempre um sentido de “dever ser” ao qual é inerente uma opção entre diversas vias possíveis.

O estudo do fato raramente é simples, oferecendo, ao contrário, múltiplos graus de complexidade, o que reveste a obra legislativa de crescente caráter técnico. Pense-se, por exemplo, no fenômeno universal da crise edilícia, na carência de prédios para comércio e residência, reclamando o Estado leis excepcionais de amparo aos inquilinos sem ofensa ao direito de propriedade. Eis um fato que se oferece à cogitação e à estimativa do legislador, exigindo dele grave opção, um conjunto de medidas que envolvem pressupostos de ordem teórica e um atento exame de todos os elementos e circunstâncias, desde os fatores de natureza social, aos de caráter econômico e financeiro, como os decorrentes do êxodo rural e do crescimento vertiginoso e desproporcionado dos centros urbanos. A tais fatores acrescenta-se também o próprio Direito já existente, garantidor de interesses e pretensões individuais, e temos toda a complexidade do quadro dentro do qual se processa a obra legislativa. O fato, dor conseguinte, que condiciona o aparecimento de uma norma jurídica particular nunca é acontecimento isolado, mas um conjunto de circunstâncias, estando o homem rodeado por uma série de fatores que solicitam sua atenção, provocam sua análise e despertam atitudes de reação ou de aplauso, de simpatia ou de repulsa. (...)” (*Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 552-553).

⁴³ *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 557.

⁴⁴ *O Direito como Experiência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

direito é experiência social concreta, processo vital que obedece a motivos peculiares de cada povo ou nação, e não fruto arbitrário de construções legislativas.

Tal compreensão da normatividade, que a uma primeira vista poderia receber a crítica de conservadora, na verdade revela a preocupação com a eficácia, a qual dependeria da adequação com a sociedade, algo que não se alcança quando o direito promove uma transformação social brusca, estabelecendo categorias e padrões jurídicos muito diversos dos até então vigentes.

2.4. A informática jurídica de Mario Giuseppe Losano

Guiado no Brasil por Miguel Reale, com quem tinha grande afinidade⁴⁵, o filósofo italiano Mario Giuseppe Losano – um dos pioneiros em estudar os temas relacionados à informática jurídica ou juscibernética (em italiano, *giuscibernetica*, neologismo criado pelo próprio autor), voltada tanto à aplicação da informática ao Direito, quanto deste à informática (o Direito da informática) – realizou alguns estudos sobre o tema no Brasil, após sua ida à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para dar o primeiro curso de informática jurídica no país em 1973⁴⁶. O material dos quarenta dias que durou o referido curso foi condensado no seu *Lições de informática jurídica*⁴⁷.

Na Europa, Mario Losano contribuiu para a construção de bancos de dados jurídicos, legislativos e judiciais, entre outras realizações envolvendo o potencial das inovações tecnológicas, como ferramenta, bem assim o respectivo impacto no Direito, incluindo a política legislativa, tendo analisado diversas experiências internacionais em projetos de lei sobre a privacidade de dados pessoais (*privacy*), a proteção jurídica dos *softwares* e os delitos informáticos e acompanhado a informatização da administração pública japonesa nos anos setenta.

De forma paralela, Mario Losano desenvolveu diversos estudos importantes, ainda pouco difundidos no Brasil, como sobre o jurista sergipano Tobias Barreto⁴⁸, o direito alternativo, o Movimento dos Sem Terra e, o que mais interessa a esta tese, a aplicação dos computadores eletrônicos ao Direito brasileiro, seus pressupostos e consequências. Suas reflexões essencialmente dirigidas à prática legislativa brasileira estão consolidadas em *La*

⁴⁵ LOSANO, Mario G. Recordando Miguel Reale: da informática jurídica à escola de Recife. **Revista brasileira de filosofia**, v. 235, jul.-dez. 2010, pp. 113-132.

⁴⁶ ATIENZA, Manuel. Entrevista a Mario Losano. **Doxa**, n. 28, 2005, pp. 369-403, p. 373.

⁴⁷ Reprodução eletrofotostática das apostilas. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. XVI, 237 p. Esse escrito foi a origem do também seu **Lezioni pauliste di informatica giuridica**. Torino: Tirrenia, 1974.

⁴⁸ **Un giurista tropicale**. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Bari: Laterza, 2000.

*politica dell'informatica in Brasile*⁴⁹, de 1991, que de forma curiosa não está traduzido ao português⁵⁰.

Naturalmente, como era de se esperar, a dinâmica dos rápidos avanços tecnológicos fez com que muitos pontos tenham-se tornado rapidamente obsoletos⁵¹.

2.5. A técnica legislativa procedimental de Kildare Gonçalves Carvalho

Um dos manuais mais difundidos sobre técnica legislativa no país publicados após a Constituição de 1988 é o de Kildare Gonçalves Carvalho⁵². Entretanto, seu livro *Técnica Legislativa* não faz mais que expor noções muito basilares sobre o panorama do processo (procedimento) legislativo, pois as questões de técnica legislativa propriamente dita ficaram limitadas a um único capítulo (o quinto), o qual em diversas passagens apenas reproduz o conteúdo da LC n. 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis.

Funciona mais como um manual introdutório do tema para iniciantes, cuja menção se impõe sobretudo pelo seu êxito em vendas, como comentado, embora não jogue muita luz sobre os problemas da elaboração normativa e soluções, nem traga muitas recomendações de como fazer leis melhores ou exemplos concretos que ajudem o labor dos técnicos encarregados da redação normativa.

2.6. Os fatos e prognoses legislativas de Gilmar Ferreira Mendes

Como adiantado, Gilmar Ferreira Mendes participou ativamente na institucionalização das rotinas hoje observadas para a elaboração de anteprojatos no âmbito do Poder Executivo Federal, mencionando-se o *Manual de Redação da Presidência da República*, o Decreto n. 4.176/2002 e, sobretudo, a lista de perguntas (*checklist*) incorporada como anexo ao mencionado decreto.

⁴⁹ **Data Manager**, XVI, outubro 1991, n. 120, pp. 24 ss. Embora se tenha localizado a referência, não foi possível acessar o conteúdo do artigo. As bibliotecas consultadas não o localizaram.

⁵⁰ A produção completa do autor encontra-se listada na página <<http://www.mariolosano.it>>. Ao todo, são 68 livros, 570 artigos catagolados até 20 de abril de 2017.

⁵¹ LOSANO, Mario G. A informática jurídica vinte anos depois. **Revista dos Tribunais**, LXXXIV, maio de 1995, vol. 715, pp. 350-367.

⁵² A primeira edição de *Técnica Legislativa* data de 1993 e atualmente o livro está em sua sexta edição, quando adicionou o complemento *Legística Formal: Técnica Legislativa: Legística formal*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

Não chegou a consolidar sua experiência e suas ideias na forma de um livro, mas dedicou alguns linhas a refletir sobre a atividade legislativa nos seguintes artigos: 1) *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa*⁵³; 2) *Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas*⁵⁴; 3) *Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*⁵⁵; e 4) *Controle de Constitucionalidade. Repercussões na Atividade Econômica*⁵⁶.

No artigo *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa*⁵⁷, após percorrer as típicas funções das normas jurídicas (de integração, planificação, proteção, regulação e inovação), assinala o caráter subsidiário da atividade legislativa – que deve estar submetida ao princípio da necessidade, primando pelo valor da liberdade que lastreia o Estado democrático de Direito – e a vinculação à Constituição.

Em seguida, traz critérios para a redação das leis de modo sistemático e os requisitos essenciais que devem ser observados na formulação de disposições legais. Ou seja, alguns conselhos fundamentais de técnica legislativa (a divisão em artigos, parágrafos, incisos e alíneas, o respectivo agrupamento, os critérios de sistematização, o cuidado com a remissão legislativa) e os demais atributos que as leis devem apresentar no Estado de Direito, sob a forma dos princípios da segurança jurídica, reserva legal, anterioridade no âmbito penal e tributário, proporcionalidade, generalidade, abstração, respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Passa, então, a discorrer sobre o processo legislativo interno, que em sua opinião traduz os esforços de racionalização dos procedimentos de decisão, apresentando o roteiro básico observado na definição de uma decisão legislativa: 1) identificação e definição do problema; 2) análise da situação questionada e suas causas; 3) definição dos objetivos pretendidos; 4) crítica das propostas; e 5) controle dos resultados. Depois, oferece as questões

⁵³ Este artigo foi publicado primeiramente na **Revista Ajuris**, v. 53, p. 116, nov. 1991. Entretanto, aqui tomou-se a versão disponibilizada na **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁵⁴ Este artigo foi publicado primeiramente no Caderno Direito & Justiça do **Jornal Correio Braziliense**, Brasília, 14 de setembro de 1998, pp. 6-7. Entretanto, aqui consultou-se a versão disponibilizada na **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, n. 1, 1999, pp. 8-60. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/33/26>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁵⁵ MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 3, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁵⁶ **8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htmls/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁵⁷ Este artigo foi publicado primeiramente na **Revista Ajuris**, v. 53, p. 116, nov. 1991. Entretanto, aqui tomou-se a versão disponibilizada na **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

que devem ser analisadas na elaboração de atos normativos no âmbito do Poder Executivo, apresentando o conteúdo que posteriormente veio a ser estabelecido no Anexo I ao Decreto n. 4.176/2002.

Mendes reconhece que “*a atividade legislativa não constitui um sistema linear e unidimensional no qual os atores procedem de forma previsível ou planejada*” e, na verdade, “*é formada por um conjunto de interesses diferenciados e relações de força no complexo campo político*”⁵⁸. Além disso, recorda que há iniciativas legislativas determinadas por circunstâncias ou eventos imprevistos, que exigem uma pronta ação no plano legislativo. Por essas razões, muitas vezes os programas de diretrizes e as metodologias que deveriam ser empregadas por ocasião da elaboração das leis não são observadas rigorosamente. Essa impossibilidade de planejamento redundava, na prática, em impulsos isolados que conduzem a atividade legislativa.

Nesse contexto, Mendes distingue os impulsos de índole jurídica e os impulsos de caráter marcadamente político. Logo, retoma considerações sobre o *modus faciendi* adotado para a tomada da decisão legislativa (processo legislativo interno) e finaliza afirmando que “*o legislador está submetido não só ao dever de legislar, mas também a um dever de aferição e de adequação dos atos legislativos em já vigor*”⁵⁹. Justifica que a falta de um efetivo controle de resultados pelo Legislativo pode ensejar a configuração de inconstitucionalidade por omissão.

Considerado esse conteúdo, pode-se dizer que Gilmar Mendes é o primeiro a inaugurar no país uma abordagem do que tecnicamente se chama legística material (ou metódica da legislação), com preocupações voltadas também para o chamado processo legislativo interno, a decisão legislativa, o conteúdo da legislação, com propostas voltadas a estabelecer um caminho, um passo a passo, para a elaboração normativa. Ainda assim, também dá pinceladas de legística formal.

Em *Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas*⁶⁰, Mendes vai direto ao ponto da problemática da legislação, assinalando que o uso de “*(...) fórmulas obscuras ou criptográficas, motivadas por razões políticas ou de outra ordem, contraria princípios básicos do próprio Estado de Direito, como os da segurança jurídica e*

⁵⁸ Idem, ibidem, p. 18.

⁵⁹ Idem, ibidem, p. 23.

⁶⁰ **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, n. 1, 1999, pp. 8-16. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/33/26>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

os postulados de clareza e de precisão da norma jurídica.”⁶¹. Ao mesmo tempo, reconhece as dificuldades implicadas na elaboração legislativa:

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"*.⁶²

Para Mendes, os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem uma série de precauções por parte dos envolvidos, sobretudo a coleta de informações sobre a matéria a ser regulada, no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial – mas não limitada a aspectos estritamente jurídicos –, e a análise da repercussão econômica, social e política do ato legislativo. E insiste novamente no caráter subsidiário da atividade legislativa e na vinculação do legislador à Constituição, o que em todo caso seria garantido pelo controle de constitucionalidade no âmbito do Poder Judiciário.

Já nos artigos *Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*⁶³ e *Controle de Constitucionalidade. Repercussões na Atividade Econômica*⁶⁴, Mendes toma o conceito de “fatos legislativos” da doutrina alemã para fazer uma defesa dos estudos de impacto legislativo (análise de prognoses) já não somente para subsidiar a decisão legislativa, mas também para auxiliar o exame da lei quando do seu controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Tais fatos legislativos, em sentido amplo, seriam quaisquer questões de fato que tenham relevo para a aplicação da norma, ou melhor, a justificação da lei, podendo ser “fatos históricos”, “fatos atuais” ou “eventos futuros”⁶⁵. Sustenta, então, a consideração desses fatos para a decisão judicial e a possibilidade de a jurisdição constitucional revisar os fatos e prognoses legislativos – neste caso, a legitimidade da lei dependeria da confirmação do prognóstico feito dos legisladores ou da provável verificação de um dado evento; em não

⁶¹ Idem, ibidem, p. 8.

⁶² Idem, ibidem, p. 9.

⁶³ MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 3, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁶⁴ **8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/public/8encjur/04%20-gilmar%20ferreira%20mendes.pdf>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

⁶⁵ Idem, ibidem, p. 14.

havendo consistência, poderia haver inconstitucionalidade –, em uma espécie de controle de resultados legislativos pelo Judiciário.

Ilustra sua explanação com os casos *Apotheken-Urteil* (BVerfGE 7, 377) e *Kassenzahnarzt-Urteil* (BVerfGE 12, 144), julgados pela Corte Constitucional alemã. No primeiro, declarou-se a inconstitucionalidade de norma que limitava a instalação de farmácias, sob o argumento, entre outros, de que não se verificou a prognoses estabelecida pelo legislador quanto ao risco de multiplicação de estabelecimentos farmacêuticos e o risco disso para a saúde pública. No segundo, a declaração de inconstitucionalidade recaiu sobre norma que estabelecia um processo de admissão para os dentistas das caixas de assistência, também sob o argumento de que não subsistia a motivação dada pelo Legislativo no sentido de que a habilitação ilimitada dos dentistas acabaria por encetar uma concorrência desenfreada desses profissionais, tendo restado comprovado nos autos que a liberação da inscrição provocaria um aumento não superior a 12% desses profissionais, o que não representaria o suficiente para justificar a limitação.

Ainda tomando como referência a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, o autor explica que esse tribunal adota soluções diferentes, conforme o prognóstico legislativo se revela falho desde o início ou se o erro legislativo somente pode ser constatado *a posteriori*, após uma continuada aplicação da lei. A primeira situação enseja a nulidade da lei (declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*), ao passo que, no segundo caso, o déficit da decisão legislativa tende a ser absolvido, já que os fatos legislativos pressupostos ou fixados pelo legislador dependiam de fatores futuros variados (incertos), sem necessariamente haver declaração de inconstitucionalidade⁶⁶.

Na mesma linha, defende Mendes, tais elementos (o controle dos resultados, fatos e prognoses legislativos) deveriam ser considerados por ocasião da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com base no art. 27 da Lei n. 9.868/99⁶⁷, notadamente quando seja o caso de impacto econômico⁶⁸.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 20.

⁶⁷ “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

⁶⁸ “Neste sentido, estudos sobre o impacto de determinada lei ou de alguma política pública na esfera econômica, a possibilidade de restrição de algum direito fundamental tendo em vista a inexistência de previsão orçamentária, dentro dos limites do razoável, e especialmente o impacto econômico de determinada interpretação constitucional que, garantindo direitos a uma pequena parcela da população, interfere e desequilibra prestações voltadas para a população no seu conjunto, relevando o coletivo sobre o particularista, são apenas alguns dos aspectos que contribuem para que o órgão judicial decida com mais presteza e racionalidade em sede de controle concentrado de constitucionalidade.” (Controle de Constitucionalidade

Do exposto até agora, observa-se que possivelmente Gilmar Mendes é uma das personalidades que, se não mais atuou, certamente foi a que mais logrou resultados concretos em prol da melhoria da qualidade da legislação no país, notadamente no aperfeiçoamento e padronização dos projetos oriundos do Poder Executivo. No cargo de então Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, conseguiu aprovar a sistematização de um controle de legitimidade rigoroso das proposições legislativas, com o elenco das questões fáticas que devem ser analisadas quando da gênese de uma proposta legislativa, diretamente inspirada na técnica legislativa alemã.

Inclusive sua contribuição teórica – mesmo não estando à altura da sua atuação na prática, a qual foi muito maior – merece reconhecimento, já que Mendes resgatou uma preocupação compartilhada por poucos à época e, claramente, demonstrou saber onde minimamente poderiam ser alcançados os avanços qualitativos e institucionais então possíveis. Sua nomeação para Ministro do Supremo Tribunal Federal, no entanto, acabou redirecionado sua atuação para outras causas.

2.7. A participação popular e a tecnologia da informação na legística de Fabiana de Menezes Soares

No Brasil, Fabiana de Menezes Soares é tida como uma das maiores referências brasileiras sobre legislação. Coordenadora do grupo de pesquisa “Teoria da Legislação – Observatório para a qualidade da lei”, na Universidade Federal de Minas Gerais desde 2006, sua tese de doutorado *Produção do direito e conhecimento da lei à luz da participação popular e sob o impacto da tecnologia da informação*⁶⁹ deu origem ao livro *Teoria da legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica*⁷⁰, um dos únicos no país que carregam a referência à expressão “teoria da legislação” no título.

Publicou também os artigos: 1) *O papel da Legística nos processos de integração: o caso Canadá/Brasil em Sede de Planejamento Legislativo*⁷¹; 2) *Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação*⁷²; 3) *Legimática: a*

Repercussões na Atividade Econômica. **8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2000, pp. 16-37, p. 20).

⁶⁹ Sob orientação de Joaquim Carlos Salgado, defendida na Universidade Federal de Minas Gerais em 2002.

⁷⁰ Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

⁷¹ **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.46, 2005, pp. 111-133.

⁷² **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 50, jan./jul. 2007, pp. 124-142.

tecnologia da informação aplicada à qualidade da produção legislativa, este em coautoria⁷³; e 4) *Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá*⁷⁴.

A despeito de intitulado *Teoria da legislação*, seu livro revela uma preocupação mais voltada para o tema da participação popular na formação da lei. Começa indicando que o crescimento da atuação dos grupos de pressão parlamentar (*lobbies*) pode ser vista como sintoma da falta de canais adequados de comunicação entre o legislador e os cidadãos, revelando que as formas tradicionais de construção de decisões de natureza legislativa padecem de um hiato democrático⁷⁵.

Basicamente, a autora faz uma apologia da participação popular no processo de produção da lei, sob o argumento de que nesse exercício é expressado o direito fundamental à autodeterminação⁷⁶, funcionando também como uma espécie de princípio contraditório no processo legislativo⁷⁷, que otimiza a expressão do conceito dos fins do Estado e dos direitos fundamentais⁷⁸, sem deixar de incluir a participação cidadã no quadro de legitimidade das leis e da contribuição para um estado de direito materialmente democrático⁷⁹.

Dedica-se à explicação dos mecanismos e ferramentas de informática, os impactos dos avanços tecnológicos (notadamente a informática, os bancos de dados disponíveis via internet e os *softwares* que facilitam a redação legislativa e o controle de legibilidade⁸⁰), com o objetivo de mostrar como essa tecnologia pode auxiliar o aperfeiçoamento da técnica legislativa, igualmente cuidando de mostrar também a outra face desse fenômeno: “(...) a

⁷³ SOARES, Fabiana de Menezes; BARROS, Louse Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. *Legimática: a tecnologia da informação aplicada à qualidade da produção legislativa*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008, pp. 45-78.

⁷⁴ **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Número especial Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá. Belo Horizonte, 2013, pp. 153-168.

⁷⁵ **Teoria da legislação: formação e conhecimento da lei na idade tecnológica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, pp. 18 e 141.

⁷⁶ Idem, *ibidem*, p. 191.

⁷⁷ Idem, *ibidem*, p. 22.

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 57.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 124.

⁸⁰ Os recursos da informática podem ajudar na confecção de textos normativos, especialmente no plano linguístico – recomendando o uso de determinadas formas gramaticais, palavras e expressões que tornam o texto mais claro –, e no plano formal – com ferramentas de inteligência artificial capazes de, por exemplo: 1) relacionar o rascunho a outros diplomas legais em vigor e assim identificar revogações implícitas, de modo a que se tornem expressas no texto analisado; 2) pontar possíveis inconstitucionalidades do projeto; 3) reconstruir o tratamento de determinado tema dentro das normas já em vigor e assim revelar a real necessidade de um novo texto para regulá-la –, o que colabora sobremaneira para reforçar a coerência do ordenamento jurídico. Para a etapa dos debates, também, já existem sistemas de informação que garantem maior agilidade na discussão e aprovação de emendas. Outras vertentes da tecnologia se relacionam com a maior transparência, tanto no momento do procedimento legislativo – dada a possibilidade de o cidadão ter acesso e opinar sobre as propostas legislativas de forma interativa –, como posteriormente – facilitando a consulta e conhecimento das normas em vigor.

*tecnologia da informação (...) também pode escravizar e aí se revela em vil expressão de violência e afasta a possibilidade de cognição (...)*⁸¹. Conclui que tal arsenal *per si* não é capaz de efetivar uma verdadeira participação popular, pois grande parte da população continua excluída por não ter acesso a essa tecnologia.

Depois, em uma abordagem predominantemente dogmática (que basicamente repete a literalidade dos institutos legais), a autora explora os institutos tradicionais do referendo, plebiscito e iniciativa popular. Apoiando-se na perspectiva de van Eemeren⁸², afirma brevemente que a produção da lei é um processo argumentativo pragmatialético, no qual a possibilidade de contra-argumentar se dá pela participação popular⁸³. Sustenta que tais mecanismos funcionam como verdadeiro catalisador da decisão legislativa⁸⁴. Refere-se à influência que a opinião pública exerce sobre a qualidade das decisões⁸⁵ e defende que a lei “participada” permite o conhecimento prévio de seu texto e gera um maior comprometimento social com a eficácia das normas⁸⁶.

Nada obstante, sua abordagem no livro não chega a avançar por um viés sociológico (voltada para a descrição de como os mecanismos de participação popular funcionam na prática), nem traz sugestões ou propostas concretas de melhoria desses mecanismos de participação popular.

No artigo *O papel da Legística nos processos de integração: o caso Canadá/Brasil em Sede de Planejamento Legislativo*⁸⁷ a autora traça um claro diagnóstico sobre o estágio dos estudos sobre legislação no Brasil:

No Brasil, os estudos e a vivência da teoria e técnica da ciência da Legislação ainda estão incipientes e os reflexos deste atraso são bastante nocivos à saúde do ordenamento jurídico brasileiro. Apenas os operadores jurídicos que assessoram as comissões dentro do Congresso nacional possuem um conhecimento técnico sobre o tema da legislação, ressaltando os corpos técnicos consolidados da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (esta merece nota pela sua Escola do Legislativo, a mais atuante e aprofundada da federação em sede de estudos da legislação). Além disso, a formação de legistas se faz dentro dos limites do exercício de atividades de consultoria jurídica de modo que poucos se lançam à investigação e à coletânea de experiências jurídicas no setor. A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas

⁸¹ **Teoria da legislação:** formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 80.

⁸² Refere-se às seguintes obras *Argumentation, communication and fallacies: a pragma-dialectical perspective* (Hillsdale: Lawrence Erlbaum, 1992), *Reconstructing argumentative discourse* (Tuscaloosa: University of Alabama, 1993) e *Speech acts in argumentative discussions* (Dorchechts: Fouis, 1994).

⁸³ **Teoria da legislação:** formação e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 306.

⁸⁴ Idem, ibidem, p. 265.

⁸⁵ Idem, ibidem, p. 256.

⁸⁶ Idem, ibidem, p. 308.

⁸⁷ **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.46, 2005, pp. 111-133.

Gerais é a primeira a adotar a disciplina da Legislação em sua pós-graduação, por nós ministrada.⁸⁸

Embora escrito em 2005, parece não ter havido muita mudança no panorama até os dias atuais. Fabiana Soares se queixa de que ainda não há uma cultura em prol da qualidade da redação e consolidação legislativas⁸⁹, tampouco de avaliação legislativa, a despeito dos avanços provocados pela edição do Manual de Redação da Presidência da República em 1999⁹⁰.

Após comparar peculiaridades dos modelos do Canadá e do Brasil, a autora reconhece que a qualidade da legislação depende de outros fatores além da metodologia empregada em sua confecção, sendo necessário uma maior atenção quanto aos atores políticos e outras variáveis de influência⁹¹.

Em *Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação*⁹² – talvez sua melhor obra, pela objetividade e clareza das suas ideias –, Soares apresenta a Legística como saber jurídico que atua formal e materialmente na melhoria da legislação e aponta cinco linhas de investigação: 1) teoria ou doutrina da legislação; 2) analítica da legislação; 3) tática da legislação; 4) metódica da legislação; 5) técnica legislativa. Discorre sobre o surgimento da disciplina e sua importância, sempre insistindo na necessidade de aproximar o legislador do cidadão – com o propósito de alcançar mais persuasão e menos coerção⁹³ – e de planejamento legislativo, o qual em sua opinião poderia minimizar muitos problemas, especialmente a avaliação de impacto legislativo⁹⁴.

No artigo *Legimática: a tecnologia da informação aplicada à qualidade da produção legislativa*⁹⁵, juntamente com as coautoras, é novamente abordada a Legística, com especial atenção à perspectiva da “Legimática”, como nova área multidisciplinar relacionada ao papel da informática e ao uso de *softwares* na formação, avaliação e consolidação legislativas. Trata-se não de uma disciplina da informática propriamente dita, mas sim do estudo da sua utilização no campo do Direito, sem qualquer pretensão de converter o jurista

⁸⁸ Idem, ibidem, p. 116.

⁸⁹ Idem, ibidem, p. 120.

⁹⁰ Idem, ibidem, p. 121.

⁹¹ Idem, ibidem, p. 127.

⁹² **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 50, jan./jul. 2007, pp. 124-142.

⁹³ Idem, ibidem, p. 131.

⁹⁴ Idem, ibidem, pp. 140 e 142.

⁹⁵ SOARES, Fabiana de Menezes; BARROS, Louse Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. Legimática: a tecnologia da informação aplicada à qualidade da produção legislativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008, pp. 45-78.

em um analista de sistemas⁹⁶, mas com o propósito de usá-la como instrumento de racionalização do processo legislativo e para a efetivação dos objetivos da Legística.

De modo especial, reconhece as limitações da Legimática, haja vista que os sistemas de inteligência artificial não estão aptos para compreender as circunstâncias sócio-políticas, a atuação dos grupos de pressão e o próprio fator humano, é dizer, o corpo técnico responsável pela avaliação legislativa, por exemplo, aspectos esses que influenciam diretamente no que a autora chama eficácia da lei. Ainda assim, defende que a avaliação legislativa representa um aumento do potencial democrático de justificação acerca da decisão legislativa⁹⁷ e faz uma afirmação ao menos curiosa sobre a confecção dos diplomas legais:

(...) o processo de formação de um ato normativo é um processo aberto, aonde são trazidas às claras diferentes soluções consideradas adequadas em face do grau de convencimento gerado pela qualidade dos seus argumentos, neste sentido, a modelização de um procedimento é uma estratégia argumentativa.⁹⁸

A citação acima merece um parêntese para uma reflexão. Um pouco polêmico, o trecho – que coloca o debate entre os partícipes do processo legislativo como uma limitação da Legimática – poderia ser tomado como uma ponta de ceticismo no que diz respeito à argumentação como método de alcançar uma decisão racional. Nada obstante, prefere-se a interpretação de que não foi bem isso o que a autora quis afirmar, mas tão somente registrar mais uma vez a incapacidade dos sistemas de informática em trabalhar com a lógica persuasiva e estratégica naturalmente implicadas na legislação como atividade.

Aqui abra-se um parêntese. De fato, não existem *softwares* programados para ponderar os diversos interesses no processo legislativo. Da mesma forma, as máquinas ainda não são aptas para decidir se a via legislativa realmente é a melhor opção para resolver determinado problema e qual contorno o diploma legislativo deveria assumir. Inclusive – embora a autora sequer tenha cogitado ir por esse caminho –, justamente porque os argumentos e a ponderação importam nessa tarefa, é que a legislação merece um tratamento argumentativo.

No artigo *Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá*⁹⁹, Soares afirma que o protagonismo do Poder Executivo, a crise do Poder Legislativo e a criação de direitos pelo Poder Judiciário, longe de serem fenômenos negativos, evidenciam a centralidade da legislação e da elaboração legislativa. No trabalho,

⁹⁶ Idem, ibidem, p. 62.

⁹⁷ Idem, ibidem, p. 60.

⁹⁸ Idem, ibidem, p. 66.

⁹⁹ **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Número especial Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá. Belo Horizonte, 2013, pp. 153-168.

faz o levantamento das diversas iniciativas institucionais que vêm sendo tomadas, voltadas para a melhoria da qualidade da legislação do ponto de vista técnico e social.

Lista as “ferramentas” da Legística: 1) análise da situação existente; 2) determinação dos objetivos a serem atingidos pela ação legislativa; 3) definição do problema que a ação legislativa pretende solucionar; 4) busca dos possíveis meios e instrumentos que podem ser usados para solucionar o problema; 5) análise das possíveis alternativas e a escolha da solução; 6) desenho da legislação; 7) ações para publicação e entrada em vigor; 8) implementação da Legislação; 9) avaliação e Retrospectiva dos Efeitos; 10) adaptação da Legislação/Regulação¹⁰⁰. Entretanto, Soares não dá muitos detalhes de como deve ser esse passo a passo na prática.

Sem prejuízo de todas as críticas – essencialmente voltadas quanto à superficialidade com que o tema é tratado –, não se pode retirar o mérito de Fabiana de Menezes Soares por, de alguma maneira, chamar a atenção para a falta no país de uma cultura de elaboração legislativa calcada sobre os pilares do planejamento, da simplificação, da consolidação e da articulação com outros ramos; introduzir as preocupações com a necessidade de conferir mais racionalidade (procedimental) e qualidade à legislação; e familiarizar a doutrina nacional com as expressões da disciplina da teoria da legislação¹⁰¹.

2.8. A legislação simbólica de Marcelo Neves

Embora o objetivo central de *A constitucionalização simbólica*¹⁰² seja responder as questões sobre a anomia constitucional, relacionadas a em que medida as Constituições, que vêm assegurar direitos fundamentais, são sistematicamente desrespeitadas ou não respeitadas e de que maneira o déficit de concreção jurídico-normativa constitui em uma questão de simples ineficácia das regras constitucionais ou de hipertrofia da função simbólica, é dizer, para tratar de um tema mais relacionado ao constitucionalismo, Marcelo Neves dedica todo o primeiro capítulo de seu livro ao expressivo debate em torno do conceito de legislação simbólica, desenvolvido na teoria do direito alemão nas duas últimas décadas do século XX.

¹⁰⁰ Idem, *ibidem*, p. 166.

¹⁰¹ Infelizmente, a despeito das tentativas de contato via *e-mail* e telefone, a autora não respondeu. Pretendia-se fazer perguntas como as que se teve oportunidade de fazer a Virgilio Zapatero, Daniel Oliver-Lalana e José Luis Díez Ripollés, por exemplo, todos entrevistados para esta tese.

¹⁰² São Paulo: Martins Fontes, 2007. A publicação corresponde a uma ampliação do texto original em alemão publicada em 1998 pela editora *Duncker und Humblot*. Antes disso, uma versão embrionária havia sido impressa em 1994, pela Editora Acadêmica, no Recife, pois o trabalho foi apresentado primeiramente para a obtenção do cargo de Professor Titular da Universidade Federal de Pernambuco. Antes do atual formato, entretanto, não havia alcançado visibilidade.

Tendo sido o primeiro a introduzir a noção em comento na doutrina brasileira, e tendo-se tornado referência bibliográfica obrigatória na abordagem conceitual do tema no país, passa-se a explicar brevemente como delimitou a expressão legislação simbólica.

Marcelo Neves define como legislação simbólica a norma jurídica que apresenta hipertrofia em sua função jurídico-ideológica (sua função social latente), em detrimento da função instrumental, produzida com caráter não manifestamente normativo-jurídico¹⁰³ e em geral desprovidas de eficácia (concretização normativa do texto legal) e efetividade (alcance dos fins teleológicos). Classifica a legislação simbólica em três tipos: a) legislação simbólica como confirmação de valores sociais; b) legislação-álibi e c) legislação como fórmula de compromisso dilatatório¹⁰⁴.

Na primeira modalidade de legislação, a dimensão político-ideológica (o reconhecimento dos valores sociais envolvidos na discussão) é mais importante que a dimensão instrumental (a obediência da lei, sua eficácia)¹⁰⁵.

A segunda categoria de legislação simbólica funciona como estratégia para aplacar as exigências dos cidadãos, descarregando-se as pressões públicas ou apresentando uma imagem de sensibilidade para com as expectativas da sociedade¹⁰⁶, sem preocupações sobre a observância na prática ou mesmo sua utilidade (por vezes, a medida aprovada sequer se presta ao objetivo declarado). Seu objetivo é também “(...) *fortificar a confiança dos cidadãos no respectivo governo ou, de um modo geral, no Estado*”¹⁰⁷. Nas palavras do próprio autor:

A legislação-álibi decorre da tentativa de dar aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador. Como se tem observado, ela não apenas deixa os problemas sem solução, mas, além disso, obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos.¹⁰⁸

A última modalidade de legislação simbólica já nasce com a expectativa de ineficácia, pois o ato legislativo é aprovado com o objetivo de adiar a resolução da questão, trazendo, no entanto, o significado latente de que a lei solucionaria a controvérsia. Há um claro descompasso entre a vontade declarada e a real função da lei. Segundo Marcelo Neves:

Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva de ineficácia da respectiva lei. O acordo não se funda, então,

¹⁰³ São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 30.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*, p. 33.

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*, p. 34.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*, p. 37.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, p. 36.

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 39.

no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado.¹⁰⁹

Tanto na confirmação de valores sociais, quanto na fórmula de compromisso dilatatório, costuma haver uma disputa entre grupos políticos diversos cujo resultado é a aprovação da legislação simbólica.

Após a contextualização da legislação simbólica, o autor dedica-se a desenvolver o plano simbólico no constitucionalismo, com suporte nas noções de Niklas Luhmann (a Constituição como “acoplamento estrutural” entre os sistemas político e jurídico, condição de “reprodução autopoietica” na medida em que opera o seu fechamento normativo e operacional). Resumidamente, explana Marcelo Neves que a constitucionalização simbólica faz com que o texto constitucional perca sua capacidade de “orientação generalizada das expectativas normativas”, dada a sobreposição do sistema político sobre o jurídico, em digressões que já fogem do escopo de interesse da presente investigação.

É importante frisar, no entanto, que a legislação simbólica e a constitucionalização simbólica não se confundem, embora ambas tenham em comum a ineficácia normativa (hipertrofia da função simbólica). Grosso modo, pode-se dizer que a constitucionalização simbólica é entendida como a situação em que a hipertrofia simbólica do texto afeta os pilares do próprio sistema constitucional.

Conforme o tratamento dado por Marcelo Neves, a constitucionalização simbólica abrange também o contexto de discrepância entre a realidade e o texto constitucional, ou, se melhor se entende, a questão da concretização constitucional, no ambiente e com as pessoas envolvidas na sua aplicação, com consequências danosas do ponto de vista sistêmico (abala o núcleo do sistema constitucional, converte-o em “alopoiético”, é dizer, sem autonomia operacional; no caso, subordinado ao sistema político). Outro detalhe consiste na opção do autor em restringir a constitucionalização simbólica aos casos de constitucionalização *álibi*¹¹⁰.

2.9. O envenenamento do ordenamento jurídico de Eduardo Carone Costa Júnior

Defendida como dissertação de mestrado da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação de Fabiana de Menezes Soares, a obra *A legislação simbólica como fator de*

¹⁰⁹ Idem, *ibidem*, p. 41.

¹¹⁰ Idem, *ibidem*, p. 102-103.

*envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro: direito e política*¹¹¹, de Eduardo Carone Costa Júnior, aborda os temas relacionados à crise da lei, sobretudo a falta de qualidade da legislação (as leis que “não pegam”), apontando esse contexto como causa de insegurança jurídica, falta de confiança nas instituições e que acarreta descomprometimento com o direito.

O tom forte e preocupado é revelado logo pelo título, o qual também expressa as bases de suas reflexões: a noção de legislação simbólica de Marcelo Neves¹¹², que se acaba de analisar, juntamente com a de “inflação” e “envenenamento” (ou “poluição”, em uma tradução ao pé da letra) legislativa (*inflazione ed inquinamento legislativo*) de Rodolfo Pagano¹¹³. Esse último autor caracteriza a inflação legislativa por ao menos um dos seguintes fenômenos: a) profusão de regras em setores de atividades, especialmente as econômicas, que poderiam ser regulamentados, possivelmente com maior eficiência, pela própria autonomia privada; b) excesso de minúcias na legislação, quando os tais detalhes poderiam ser melhor disciplinados por atos normativos secundários editados por órgãos do Poder Executivo, por exemplo.

Já o envenenamento legislativo concerne a toda sorte de defeitos que tornam a norma obscura, lacunosa, contraditória ou inaplicável, bem como o próprio excesso de legislação, com a existência de normas sobrepostas e entrelaçadas, com graves consequências: a) abala a certeza do direito; b) provoca desequilíbrio entre os poderes (amplia os espaços de interpretação no Poder Judiciário); c) obstaculiza o desenvolvimento econômico e o uso eficiente dos recursos por parte do Estado; c) aumenta o custo de atuação da justiça, dado o aumento de ações decorrentes das leis imperfeitas; e d) diminui a predisposição à observância da lei.

A tese central de Eduardo Carone é a de que, por mais relevantes que possam ser seus objetivos latentes, independentemente do tipo de legislação simbólica de que se trate, sua simples existência contribui para o agravamento do quadro de inflação e envenenamento do ordenamento jurídico. Aqui, vê-se que o autor ampliou o escopo de Marcelo Neves, considerando simbólica a legislação simplesmente ineficiente.

Nesse contexto, e em vício típico de vários estudos sobre a legislação – que novamente transfere para a aplicação do direito os problemas não resolvidos durante sua elaboração –, o autor defende o questionamento da *mens legislatoris* como recurso para identificar (*a posteriori*) ou prevenir (ainda durante o procedimento legislativo) a legislação

¹¹¹ Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

¹¹² Refere-se à obra *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹¹³ Refere-se à obra *Introduzione alla legistica: l'arte di preparare le leggi*. Milano: Giuffrè, 2004.

simbólica. A *mens legislatoris*, segundo entende, não pode ficar relegada à qualidade de ferramenta hermenêutica “intermediária”. Baseia-se em Kent Greenawalt¹¹⁴ para discorrer sobre a relevância e o alcance da intenção do legislador, sua forma de determinação e sobre a interpretação reconstrutiva. No entanto, percebe-se, trabalha com as leis já dadas, não as *in fieri*.

Finaliza seu trabalho analisando o caso da apelidada “lei seca” brasileira, a Lei n. 11.705/2008, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal, para inibir o consumo de bebida alcoólica por condutor de veículo automotor, e dá outras providências.

2.10. A integridade na teoria da legislação de Adalberto Narciso Hommerding

Curiosamente, um dos poucos livros sobre a situação da teoria da legislação na realidade brasileira foi escrito em espanhol. Trata-se de *Teoría de la legislación y derecho como integridade*¹¹⁵, na qual o autor procura desenvolver o conceito de “integridade legislativa”.

Em que pese cuidar de políticas (visando o bem comum), o legislador também deve atuar conforme princípios, de forma coerente, produzindo a lei sob uma leitura moral da Constituição, em cujo texto resta institucionalizada a moral nos Estados democráticos de direito. Defende basicamente que os legisladores possuem uma responsabilidade moral pela produção da lei, que a criação do Direito pela legislação tem a obrigação de guardar coerência com os princípios.

Depois de explicar a teoria da legislação de Manuel Atienza (capítulo primeiro), Hommerding aborda o conceito de direito como integridade de Ronald Dworkin (capítulo segundo), como já indica o próprio título do livro, para, na sequência, tecer considerações sobre os problemas fáticos da legislação no Brasil (inflação legislativa, perda de prestígio da lei, legislação simbólica) e dar exemplos concretos da “irracionalidade” da legislação (em matéria de processo civil e processo penal no plano federal e outras no âmbito estadual), é dizer, o autor expõe casos de leis brasileiras que não atendem aos níveis de racionalidade propostos por Atienza.

¹¹⁴ Refere-se à obra *Legislation. Statutory interpretation: 20 questions*. New York: Foundation Press, 2008.

¹¹⁵ Curitiba: Juruá, 2012.

Apesar de o próprio Dworkin ter escrito pouco sobre a integridade da legislação, trata-se claramente de um ideal político regulativo. Na leitura feita por Hommerding, embora os legisladores possuam certa liberdade, as políticas por eles instituídas devem observar princípios (morais), como a equidade, a justiça, a legalidade, o devido processo legal, etc., que servem de parâmetros para a correta elaboração das leis, atuando no que Atienza chama de nível de racionalidade ética (R5)¹¹⁶.

Nesse momento, também é obrigatória a noção de constitucionalidade. Hommerding se apoia na ideia de que o legislador, quando legisla, realiza uma interpretação da Constituição através de uma decisão política, ainda que nem sempre a fundamente argumentativamente¹¹⁷. Na reconstrução que faz o autor, a teoria do Direito como integridade – ao defender o compromisso entre o Direito, a moral e a ética, cujos valores, nos Estados Constitucionais, estão consagrados na Constituição – serve à racionalidade ética (R5), determinando como os legisladores devem elaborar a lei, tratando com igual consideração e respeito todos os cidadãos.

Desenvolvendo suas ideias, Hommerding sustenta, então, a limitação da discricionariedade dos legisladores, por intermédio dos princípios, os quais introduziriam a moralidade política no Direito, e, a partir disso, propõe uma espécie de “resposta correta” no âmbito da legislação¹¹⁸ (embora não chegue a desenvolver com mais detalhes em que consistiria essa tal “resposta correta legislativa”).

Insiste na ideia de Atienza de que uma lei bem fundamentada juridicamente é a que obedece especialmente ao nível de racionalidade ético, em sua opinião, o mais importante de todos.

Partindo da ideia de que o momento da produção legislativa é um “acontecimento hermenêutico”, o autor insiste, então, que deve ser balizada pela ideia de Direito como integridade¹¹⁹. Ao que parece, a opinião do autor é que essa “leitura moral da Constituição” defendida por Dworkin (ou a ideia de que os princípios operam como parâmetros às políticas) seria o bastante, a chave para preencher todos os níveis de racionalidade da teoria da legislação de Atienza e a garantia da atuação coerente por parte dos legisladores¹²⁰.

Do exposto até aqui, é possível perceber que, a despeito do título e do empenho de seu autor, o fato é que a maior parte do livro *Teoría de la legislación y derecho como*

¹¹⁶ Idem, ibidem, p. 127.

¹¹⁷ Idem, ibidem, p. 136.

¹¹⁸ Idem, ibidem, p. 142.

¹¹⁹ Idem, ibidem, p. 266.

¹²⁰ Idem, ibidem, p. 282.

integridade está dedicada ao pensamento de Dworkin, em diversas passagens usado muito mais para contrastar as ideias de Atienza – ou seja, em um plano exclusivamente teórico –, do que para efetivamente contribuir para a melhoria da qualidade da legislação no Brasil (com reflexões mais práticas ou sugestões).

2.11. O “direito à justificativa” das leis de Ana Paula de Barcellos

Um grande avanço nas publicações brasileiras quanto ao tema foi o livro de Ana Paula de Barcellos *“Direitos Fundamentais e direito à justificativa. Devido procedimento na elaboração normativa”*¹²¹, cuja primeira edição foi de 2016 (aqui, foi consultada a segunda edição, de 2017). Trata-se do trabalho com o qual a autora foi aprovada como Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Pela primeira vez, introduziu-se no cenário do país grande parte da literatura internacional que convergia para as preocupações no sentido de que a simples investitura dos legisladores a partir do voto do povo não os autoriza a tomar decisões injustificáveis ou os desobriga de dar as razões.

A autora insere o direito à justificativa dos atos estatais como um direito fundamental, qual seja o “devido processo na elaboração normativa”, dorante referido pela sigla DPEN.

Muito resumidamente, o DPEN é apresentado como uma especificação do direito à informação constante do art. 5º, inciso XXXIII¹²², e do art. 37, § 3º, inciso II¹²³, ambos da Constituição, aplicado ao ambiente da elaboração normativa¹²⁴.

A obra conta com nove capítulos, nos quais a autora justifica o estudo focado na elaboração legislativa. Após a introdução (capítulo I), aborda a necessidade de que o Estado seja capaz de promover de forma sustentável e equitativa os direitos fundamentais (capítulo II), insere como papel do Direito Constitucional o fomento à democracia (capítulo III), discorre sobre o denominado direito à justificativa como parte do direito constitucional a um devido processo na elaboração normativa (capítulo IV), fundamenta esse direito no plano

¹²¹ 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

¹²² “Art. 5º (...) XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;”.

¹²³ “Art. 37. (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (Redação dada pela EC nº 19, de 1998) (...) II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII; (Incluído pela EC nº 19, de 1998)”.

¹²⁴ **Direitos Fundamentais e direito à justificativa.** Devido procedimento na elaboração normativa. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 139.

constitucional (capítulo V), confere o seu conteúdo (capítulo VI), versa sobre a eficácia e os destinatários desse suposto direito (capítulo VII), examina as potenciais críticas a tal direito (capítulo VIII) e reflete sobre as prerrogativas das minorias parlamentares e as questões *interna corporis* (capítulo IX).

De acordo com Ana Paula de Barcellos, o DPEN ou o direito à justificativa imporia a obrigação, por quem propõe a norma, de, minimamente: 1) abordar o problema social que a futura norma deve enfrentar; 2) indicar os resultados pretendidos com a medida proposta; 3) considerar os custos e impactos da medida (note-se: a autora defende que a proposta seja boa, mesmo diante dos custos e impactos previsíveis, não que seja “econômica” ou “eficiente”). Adicionalmente aos três conteúdos mínimos, a autora sustenta que faz parte do DPEN a tarefa de apresentar tais justificativas de forma pública e mantê-las disponíveis de forma permanente¹²⁵.

Além disso, cogita como desenvolvimentos do DPEN dois procedimentos: em primeiro lugar, a abertura formal de oportunidade para manifestação ou oitiva dos interessados e especialistas no tema, o que deve acontecer logo após a publicação da justificativa da norma dos moldes acima; e, em segundo lugar, após a primeira oportunidade de manifestação, uma nova rodada na qual poderão ser contraditadas as razões e informações anteriormente apresentadas, em uma espécie de “réplica”. A observância desses procedimentos seria especialmente necessária em relação às normas que pretendem limitar ou promover direitos e liberdades fundamentais¹²⁶.

O DPEN é apresentado como um direito difuso, titularizado pelas pessoas e pela sociedade como um todo. Seus destinatários são todos os que podem propor a edição de uma norma. Na qualidade de direito, a autora defende que a sua não observância implicará na inconstitucionalidade formal da norma editada sem a observância do direito à justificativa¹²⁷. No caso, tal efeito precisaria ser suscitado pelos mesmos legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade, ou qualquer interessado no âmbito do controle difuso¹²⁸.

Além da inconstitucionalidade formal, o segundo desdobramento da eficácia jurídica do DPEN seria a possibilidade de exigir-se, de acordo com as palavras da própria autora: “(...) *acesso e publicidade ao conteúdo da justificativa que não tenha sido apresentada com a proposição normativa, isto é, às razões e, sobretudo, às informações que tenham sido*

¹²⁵ Idem, *ibidem*, pp. 173-202.

¹²⁶ Idem, *ibidem*, pp. 203-209.

¹²⁷ Idem, *ibidem*, pp. 218 e ss.

¹²⁸ Idem, *ibidem*, p. 220.

utilizadas pelas autoridades para a elaboração da proposta normativa.”¹²⁹. Aqui, os legitimados seriam o Ministério Público, Defensoria Pública e Associações¹³⁰.

A terceira consequência da não observância do DPEN estaria na declaração de inconstitucionalidade por omissão, nas situações em que inexistir monitoramento dos resultados pretendidos pela norma, por parte do legislador¹³¹.

A autora faz questão de afirmar que o DPEN não se confunde com a legística e seus esforços voltados para melhorar a legislação, tampouco com os relatórios de avaliação de impacto legislativo (mais conhecidos pela sigla RIA)¹³². Ocorre que, adiante, reconhece que *“(...) a proposta do DPEN é fomentar a produção de razões e informações sobre as proposições normativa para, assim, permitir ampliar o debate, a crítica e o controle social e político do que se pretende transformar em norma no âmbito do Estado”*¹³³. Ou seja, embora a autora se esforce em negar, ambos os esforços são comuns. Não há por quê rejeitar a relação.

Nada obstante a qualidade e riqueza do trabalho de Ana Paula de Barcellos, acredita-se que existem pontos problemáticos – ou, ao menos, que mereceriam explicação mais detalhada – em seu livro. O primeiro deles, de cara, é a referência a um suposto “direito à justificativa” como parte do que a autora denomina “devido processo na elaboração normativa” e ao longo do texto se refere à sigla DPEN. Discorda-se da autora quanto à concepção que a prática de dar razões dentro do Parlamento deva ser considerado um direito.

Como anunciado logo na introdução do presente trabalho, aqui se teve o cuidado de não fazer referência a um “direito” à existência (por parte dos administrados) ou “obrigação” de apresentação (por parte dos legisladores) de razões para a aprovação das leis. Como se explicou oportunamente, isso conduziria a uma pouco útil discussão quanto aos efeitos da não-apresentação dessas desejáveis motivações para a aprovação das leis. Em não sendo apresentadas razões, pode-se deixar de cumprir a lei? Há nulidade do processo legislativo? Enfim, não vale a pena deixar a discussão seguir por esse caminho. Ou seja, é mais que uma questão de vocabulário.

Além disso, acrescenta-se agora, há mais questões em jogo: entre a racionalidade e a arbitrariedade há matizes. Algumas decisões legislativas, sobretudo as tomadas em circunstâncias de incerteza, acabarão sendo, com razão, arbitrarias. Por fim, registre-se que

¹²⁹ Idem, ibidem, pp. 220-221.

¹³⁰ Idem, ibidem, p. 223.

¹³¹ Idem, ibidem, p. 228.

¹³² Idem, ibidem, p. 244.

¹³³ Idem, ibidem, pp. 249-250.

um certo nível de tolerância às decisões racionalmente arbitrárias faz parte do ordenamento jurídico. Explique-se a afirmação com ilustrações mais concretas.

Um exemplo que pode ser citado aqui é a discussão envolvendo a imposição de limites à emissão de carbono. Existe uma grande discussão sobre as evidências científicas que conectam o aumento desse elemento químico ao aquecimento global e os especialistas discordam sobre tal relação. Nada obstante, a decisão sobre o ponto precisa ser tomada – seja para fixar cotas, seja para regular de outra maneira – e, nesse contexto, em alguma medida a decisão será arbitrária, já que suas razões terão embasamento discutível.

Outro exemplo desse tipo de decisão legislativa “racionalmente” arbitrária são as que envolvem medidas de combate ao terrorismo. É bem verdade que se trata de uma preocupação mais presente nos países anglo-americanos e europeus – em comparação ao Brasil –, mas ajuda a entender como a consideração envolvendo os riscos de ataques terroristas não é um tema estritamente racional. Mesmo assim, a questão pode acabar resultando em decisões legislativas restritivas de direitos arbitrários (em algum sentido), dado que esse domínio envolve uma “incerteza” constante e em um domínio que definitivamente não é racional o tempo inteiro.

Tudo isso foi dito para mostrar que a busca por mais racionalidade na legislação precisa ser trabalhada em graus – até mesmo porque a racionalidade é um conceito gradual –, sobretudo para poder lidar com as situações intermediárias que fazem parte do dia a dia da tomada de decisões. Nessa linha e pelas mesmas razões, não parece adequado verter o ideal normativo aqui compartilhado – de decisões legislativas mais justificadas – em linguagem de “direito à justificativa”, inclusive porque na maioria das situações o eventual descumprimento desse “direito” não teria maiores consequências, como oportunamente explicado. Ou, se fosse levado a cabo a ideia de Ana Paula de Barcellos, de modo estrito, isso implicaria ter uma grande quantidade de leis arrastadas para a inconstitucionalidade.

Segundo a construção da própria autora, a natureza do DPEN é puramente procedimental. Na analogia que ela própria formula, o DPEN é autônomo, tal como o direito de ação o é em relação ao direito material em questão em uma demanda judicial¹³⁴. Ana Paula de Barcellos pretende apenas que seja elaborada uma justificativa e esta, por sua vez, seja tornada pública¹³⁵. A autora expressamente afirma que não está entre os objetivos do DPEN o controle de mérito da justificativa¹³⁶.

¹³⁴ Idem, *ibidem*, p. 96.

¹³⁵ Idem, *ibidem*, p. 195.

¹³⁶ Idem, *ibidem*, p. 118.

Seguindo a linha de críticas aqui lançadas à obra da autora, portanto, vê-se que o modelo precisaria avançar para incorporar critérios de correção. Pedir que haja justificativa, simplesmente, ainda é pouco. Como se verá adiante, um modelo assim abre espaço para a existência motivações ruins, falsas, equivocadas, hipócritas, que não correspondem à verdade, etc., mesmo a autora negando que sua ideia do DPEN não significa que qualquer justificativa sirva. Em suas próprias palavras: “(...) *O devido procedimento na elaboração normativa não garante resultados (...). O DPEN cria um procedimento que, para além de constituir um direito fundamental, fornece um estímulo ao sistema político.*”¹³⁷. A autora, entretanto, não esclareceu de que maneira isso se daria.

Nessa construção, o conteúdo do DPEN é o direito a que exista (e seja dada) uma justificativa. Como se vê, trata-se de uma visão estreita, na medida em que, além da existência de uma justificativa, faz-se necessário que a justificativa seja razoável e, de preferência, que tenha sido alcançada por intermédio do debate parlamentar. Note-se que no DPEN não se inclui a discussão das proposições legislativas. Além disso, a autora se abstém da avaliação do conteúdo das razões dadas, deixando de fora todo um universo sobre o que pode contar como motivação para a aprovação de leis.

Em resumo, mesmo com as críticas aqui apresentadas – conceber a motivação como um “direito” e, a mais grave de todas, a não incorporação da perspectiva argumentativa, o tratamento das falácias e dos maus argumentos, etc. –, trata-se de uma obra importante, que contribui para preencher a escassez de referências brasileiras tratando da elaboração normativa.

2.12. O processo tributário de lege referenda de João Aurino de Melo Filho

Na mesma linha da publicação anterior, o recém-lançado “*Racionalidade legislativa do processo tributário: Desjudicialização e democratização (execução fiscal administrativa, harmonização de instâncias, transação e arbitragem) como fundamentos de um sistema racional (inteligível, juridicamente harmônico, eficaz, eficiente e ético) de resolução de conflitos tributários*”¹³⁸ é mais uma obra destinada a preencher o campo de estudo, comprovando também a crescente importância que se vem dando ao tema da racionalidade das leis.

¹³⁷ Idem, *ibidem*, p. 233.

¹³⁸ Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

Trata-se de uma obra de fôlego, com mais de 700 páginas, fruto da dissertação de mestrado do autor junto à Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

Muito resumidamente, o autor cuida de usar os critérios da teoria da legislação, especialmente a metódica e os níveis de racionalidade de Manuel Atienza, para identificar e organizar os problemas do sistema processual tributário brasileiro, bem como fazer sugestões *de lege refenda* com base em experiências do direito comparado. Sua principal proposta vai no sentido da execução fiscal administrativa, modificando o atual modelo de cobrança da administração tributária de massas.

A primeira parte do livro trata de explorar a irracionalidade legislativa do sistema tributário. No capítulo primeiro, explica o objeto de preocupação da teoria da legislação, as principais referências, com ênfase no modelo de cinco racionalidades de Manuel Atienza. No capítulo segundo, faz uma análise descritiva do sistema normativo de resolução de conflitos tributários no ordenamento brasileiro. No capítulo terceiro, dedica-se a aplicar os níveis de racionalidade para a análise do sistema e avança no preenchimento da racionalidade ética do direito tributário à luz da Constituição brasileira de 1988.

Mostra, por exemplo, problemas na racionalidade jurídico-formal, tendo em vista a sobreposição e desorganização dos meios de defesa; na racionalidade pragmática, em razão da paulatina perda de eficácia da execução fiscal como meio de cobrança – afirma que o modelo de cobrança judicial está inadequado à Administração Tributária de massas –; na racionalidade teleológica, porque o sistema não consegue cumprir seus objetivos (a cobrança efetiva); e na racionalidade ética, dado que na prática acaba favorecendo injustamente os inadimplentes, em detrimento dos contribuintes que pagam em dia.

Feito esse diagnóstico, João Aurino de Melo Filho se dedica a classificar os diversos problemas detectados, classificando-os em três grandes grupos: 1) desorganização dos meios de discussão da obrigação tributária nos planos administrativo e judicial; 2) equivocada distribuição dos atos processuais; e 3) déficit democrático dos métodos de solução dos conflitos.

Na segunda parte, o autor passa a pensar em outro paradigma e se empenha em fundamentar a desjudicialização do sistema de execução fiscal. No capítulo quarto, aborda a crise da justiça e fundamenta a impossibilidade de uma instância única de decisão de conflitos no direito contemporâneo. No capítulo quinto, analisa as experiências racionalizadoras de Portugal, Estados Unidos, França, Alemanha, Espanha, Angola, México, Peru, Argentina e Chile.

A terceira parte propõe o que seria o modelo racional de resolução dos conflitos tributários, pautado em um processo de cobrança justo, efetivo, célere, participativo e democrático. No capítulo sexto, volta ao tema da desjudicialização, investindo no processo administrativo como referencial teórico para o sistema mais racional que propõe. No capítulo sétimo, explica o modelo de execução fiscal administrativa para a cobrança das obrigações tributárias, sempre encaixando suas considerações com os ideais de racionalidade de Manuel Atienza. No capítulo oitavo, apresenta a proposta de um novo código de processo tributário.

O capítulo nono é destinado a esclarecer como funcionariam os métodos alternativos de resolução de conflitos tributários, quais sejam, a transação e a arbitragem, na Administração Pública. No capítulo décimo, tece comentários sobre os projetos de leis em discussão no Congresso Nacional, que versam sobre alterações no sistema de resolução de conflitos tributários.

Por fim, o autor ainda inseriu um adendo para comentar a Lei n. 13.606, de 9 de janeiro de 2018, que instituiu o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e deu outras providências no sentido da adoção, ainda que parcialmente, da execução fiscal alternativa.

O livro revela um profundo grau de conhecimento do autor quanto às questões específicas envolvendo o sistema tributário brasileiro atual. Se por um lado nem todos os comentários e reflexões serviriam para a elaboração de uma teoria da legislação propriamente dita, na linha do que fez José Luis Díez Ripollés – já que estão bem circunscritas ao aperfeiçoamento do que foi analisado em concreto e versam apenas sobre o processo tributário –; por outro, o livro representa uma perspectiva pouco encontrada em trabalhos de dogmática, pois apresenta uma perspectiva crítica construtiva. Como dito, traz propostas *de lege ferenda* inspiradas nas melhores técnicas, atendendo aos níveis de razoabilidade.

2.13. Teses e dissertações sobre a legislação no Brasil

A despeito do contexto acima ilustrado de relativa escassez de referências teóricas mais substanciais sobre a atividade legislativa no Brasil, nos últimos anos algumas dissertações de mestrado e teses de doutorado foram dedicadas ao tema. Neste apartado, então, serão mencionados os trabalhos de Natasha Schmitt Salinas, Rubens Naman Rizek Junior, Luiz Gustavo Bambini de Assis, Carolina Dzimidas Haber e Felipe de Paula, como ilustrativos nesse sentido.

Embora não se possa afirmar haver uma unidade teórica entre tais obras acadêmicas, parece importante marcar aqui uma crescente influência em duas vertentes bastante claras: a primeira, a literatura recompilada pela revista portuguesa *Legislação: Cadernos de Ciência de Legislação*, editado pelo Instituto Nacional de Administração – INA de Portugal¹³⁹ e a abordagem de Carlos Blanco de Moraes¹⁴⁰; e a segunda, uma espécie de renovação da análise das políticas públicas¹⁴¹.

Esse último enfoque, a dimensão jurídica das políticas públicas – cujo fio condutor está em compreender de que modo as formas jurídicas da ação governamental têm influência, catalisando as contribuições para a sociedade –, vem ganhando bastante força no país. Essa circunstância exige algumas breves considerações.

Uma política pública, como definida por Maria Paula Dallari Bucci¹⁴², é o programa de ação governamental coordenando os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, geralmente expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários e o intervalo de tempo em que se espera o atendimento dos resultados. Como se vê, trata-se de um tipo ideal. Na prática, apresenta-se sob a forma de um determinado arranjo institucional.

A vasta literatura dessa perspectiva tem origem norte-americana, com publicações que remontam à década de 1950¹⁴³, e cujo exame apropriado mereceria um trabalho que

¹³⁹ A revista condensa a produção teórica de acadêmicos alemães, suíços e portugueses. Da Alemanha, encontram-se os trabalhos de Werner Maihoffer, Theo Oehlinger, Hans Schneider e Ulrich Karpen. Da Suíça, estão presentes produções de Luzius Mader, Charles-Albert Morand e Jean-Daniel Delley. De Portugal, por seu turno, encontram-se escritos de João Caupers e Marta Tavares de Almeida.

¹⁴⁰ Especificamente o livro **Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Verbo, 2007.

¹⁴¹ Ressalte-se que muitas das referências dessa linha também foram utilizadas por Zapatero. A grande diferença nas incorporações feitas até agora no Brasil e a realizada por esse autor espanhol está na capacidade que este último teve de separar o que visivelmente não se aplica à realidade local. Além disso, Zapatero, com extremo pragmatismo, logrou sintetizar as literaturas mencionadas em forma de recomendações, conselhos e sugestões de implementação extremamente práticas. Essa vertente mais executiva e com olhos às peculiaridades institucionais nacionais ainda não foi alcançada no tratamento brasileiro até o momento.

¹⁴² O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹⁴³ O pós-Segunda Guerra Mundial e a influência dos programas sociais e de estímulo às empresas durante os anos 30 e 40 foram o contexto dessa valorização dos estudos sobre os processos de decisão sobre os programas de apoio público. De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, a Guerra Fria também teria chamado a atenção para o fenômeno do *soft power* explicitado nas formas de indução de comportamentos que não pela coerção. Os principais autores dessa linha são: David Easton, Talcott Parsons, a quem foram se somando Mancur Olson, Herber Simon, Charles Lindblom e, depois, James Buchanan, James March e outros cujas obras seriam posteriormente as referências das teorias da escolha pública, do institucionalismo organizacional e do funcionalismo. Seguem algumas referências sobre a temática: SIMON, Herbert. **Administrative Behavior: A Study of Decision-making Processes in Administrative Organization**. New York: Macmillan, 1947; EASTON, David. **A Framework for Political Analysis**. New Jersey: Prentice Hall, 1965; _____. **Uma teoria de análise política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968; _____. **Modalidades de análise teórica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970; _____. The policial system besieged by the State. **Political Theory**, v. 9, aug. 1981, pp. 303-325; OLSON, Mancur. **The logic of collective action. Public goods and the theory of groups**. Boston: Harvard

excede muito os limites desta tese. Entretanto, deve-se registrar que a inspiração ianque que originou essa abordagem vem sendo adaptada e internalizada à realidade brasileira, merecendo especial destaque as publicações de Maria Paula Dallari Bucci¹⁴⁴, Diogo Coutinho¹⁴⁵ e alguns outros autores¹⁴⁶.

A vertente da análise de políticas públicas contribui para a organização e estruturação do Poder Público, com fórmulas capazes de melhorar sua intervenção, dos pontos de vista da efetividade, racionalidade e inteligibilidade, e, assim, acelerar o alcance dos objetivos de modernização do Estado, redução da desigualdade e inclusão social.

Dado que qualquer política pública é necessariamente uma composição, um arranjo institucional, um conjunto de elementos, normas, órgãos, valores, interesses, devidamente planejados e orientados à implementação de um objetivo, de uma mudança estratégica, deve-se reconhecer que, realmente, existe uma certa sobreposição de preocupações e interesses entre esse enfoque da análise das políticas públicas e as teorias da legislação.

Claramente, no entanto, pode-se perceber que o enfoque das políticas públicas é mais amplo que o tradicionalmente associado ao campo das teorias da legislação. Essas últimas poderiam ser tomadas como uma especialização bastante circunscrita da atividade estatal (a elaboração legislativa, mesmo incorporadas as fases pré e pós à fase legislativa propriamente dita).

De fato, ao acrescentar perspectiva institucional e colocar ênfase nos aspectos administrativos da implementação legislativa (as estratégias de alocação de meios e de execução dos programas, sobretudo para prever bases sólidas para garantir o seu cumprimento e isolar a ação dos interesses vencidos durante o processo legislativo), atividades essas que já

University Press, 1971; LINDBLOM, Charles Edward. **The policy-making process**, 2nd edition. New Jersey: Prentice-Hall, 1984; _____. The Science of "Muddling Through", **Public Administration Review**, v. 19, n. 2, Spring, 1959, pp. 79-88; _____. Still Muddling, Not Yet Through, **Public Administration Review**, v. 39, n. 6, nov.-dec., 1979, pp. 517-526. Já a partir dos títulos mencionados, vê-se que se trata de uma concepção que não se detém na decisão e redação da legislação e valoriza as etapas seguintes da vida institucional, incluindo-as no processo político, e cuja análise deixa de centrar-se exclusivamente no fenômeno do poder e passa a cuidar também de variáveis como a economia, cultura e sociedade e a maneira como as decisões e preferências são influenciadas ou distorcidas por regras e procedimentos.

¹⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013; _____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002; _____. (Org.). **Políticas públicas. Possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008; _____. **Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴⁵ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo, Rio de Janeiro: Unesp, Fiocruz, 2013, pp. 181-200.

¹⁴⁶ SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Mantins; BRASIL, Patrícia Cristina (Orgs). **O Direito na Fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015; FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013; SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006, pp. 20-45.

estão mais a cargo do Poder Executivo, o enfoque em comento das políticas públicas avança na compreensão de outros problemas da legislação (produto) – mas, como se pode ver, já enquanto produto, não atividade – e, embora seja um ramo com grande interesse e importância para o êxito da ação estatal, não foi o escolhido para a tese.

É que não representa a melhor lupa para enxergar muitas sutilezas que permeiam o processo legislativo e são o objeto de preocupação nesta oportunidade, como a argumentação e a negociação dos interesses envolvidos, por exemplo, o movimento dos partidos políticos, a influência da comunicação, da arquitetura ou mesmo a discussão dos valores éticos, do conteúdo da legislação, em consonância com os fins do Estado.

Sem prejuízo, a adoção dessa abordagem não diminui a relevância dos trabalhos que a seguem. Aliás, qualquer conhecimento que se proponha a responder a pergunta *Como fazer leis melhores?* é válido e deve ser considerado.

Quanto aos que se enveredam pelos outros caminhos já indicados, parece bastante indicativo a revelação do *background* teórico que os vem sustentando, sem a utilização de autores brasileiros praticamente. É dizer, os recentes trabalhos acadêmicos corroboram a impressão indicada quanto ao pouco avanço genuinamente nacional sobre temática, em termos de criação de teorias da legislação mais autênticas, voltadas à realidade pátria.

Feitos esses breves esclarecimentos, passa-se à exposição dos trabalhos acadêmicos encontrados.

2.13.1. A avaliação legislativa de Natasha Schmitt Caccia Salinas

A dissertação de mestrado *Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor*¹⁴⁷ apresenta a avaliação legislativa como um instrumento primordial de aperfeiçoar a eficácia da legislação. No modelo teórico adotado, a proposta é a de avaliar os atos normativos sob o enfoque dos efeitos que esses traduzem na sociedade (avaliação retrospectiva ou *ex post*). Nessa perspectiva, a sociologia jurídica é que assume o papel central para aferir a eficácia, efetividade, eficiência e impacto da legislação.

Uma constatação básica de que partiu o trabalho foi a seguinte: na experiência brasileira, a avaliação legislativa segue desacompanhada de estudos que se proponham a polemizar e difundir o tema da elaboração e revisão das leis.

¹⁴⁷ Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

Mesmo considerados ainda embrionários os referenciais teóricos utilizados, o trabalho tem o grande mérito de, além de fazer um estudo empírico e propor uma maneira metódica de proceder à avaliação legislativa, expor a literatura existente e delimitar o conceito de avaliação legislativa como uma das etapas de um processo metódico da produção legislativa, na linha da literatura internacional que concebe esse instrumento, a avaliação legislativa, como a “trave mestra do processo de racionalização” do fenômeno legislativo, a ser utilizada nos diplomas que tenham particular transcendência na sociedade, seja pela natureza, seja pela complexidade.

Deixa-se de detalhar a parte empírica promovida por esse trabalho – dedicada à análise das normas que instituem controles às transferências voluntárias a entidades do terceiro setor –, dadas suas especificidades muito técnicas e a pouca relação que guarda com os interesses da presente tese. Aqui, como já comentado, o propósito é mais destacar os tipos de estudos que vem sendo feitos envolvendo a elaboração normativa, com acento no plano teórico.

A mesma autora aprofundou seus estudos na tese de doutorado *Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental*¹⁴⁸, cujo próprio título já indica o viés de consideração do direito como meio para a realização de fins (no caso, as políticas públicas). Seu objetivo é mostrar as potencialidades e limitações dos instrumentos da “engenharia legislativa” mais usuais e fornecer subsídios para a escolha das normas substantivas e procedimentais mais adequadas à realização dos objetivos.

Assim como em sua dissertação, o enfoque da tese é o da legislação (produto) como instrumento de realização de políticas públicas por parte da Administração Pública, dentro da lógica já assinalada, que se desenvolve em estágios (o ciclo das políticas públicas): 1º) reconhecimento e identificação do problema; 2º) definição da agenda; 3º) formulação da política pública (momento em que ocorrem de modo especial os debates); 4º) adoção da política pública (conversão em lei); 5º) implementação; e 6º) análise da política e avaliação. Desenvolvendo um excelente trabalho de revisão bibliográfica da literatura referente a essa abordagem, logo no primeiro capítulo, a autora também se debruça sobre as limitações e potencialidades da lei.

Sobre a influência do regime político na elaboração da lei, por exemplo, alinha-se às referências norte-americanas que analisam as produções legislativas em diversos países que adotam o sistema presidencialista e parlamentarista, e indicam o impacto do nível de

¹⁴⁸ Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.

conflituosidade entre o Presidente da República e o Poder Legislativo (ou seja, quando liderados por partidos de oposição), sempre mais elevado nos sistemas presidencialistas (a baixa conflituosidade costuma conduzir a leis mais abertas, predominantemente discricionárias, que possam preservar maior flexibilidade e poder decisório durante a aplicação). Outros fatores também têm peso, como a expertise e a capacidade técnica dos legisladores (que podem garantir-lhes mais condições de legislar sobre políticas públicas, o que pode ser importante para a barganha nos sistemas presidencialistas); o grau de incerteza política, sobretudo quanto à rotatividade de cargos (quando essa é alta, há tendência a uma legislação mais detalhada, como modo de garantir o controle do comportamento burocrático em eventuais circunstâncias adversas do futuro).

Ainda fazendo uso dos referenciais norte-americanos (a autora passou quinze meses na *Yale University* para a redação de sua tese de doutorado), explica a influência da cultura jurídica (o conjunto de normas, práticas e crenças vigentes no âmbito da comunidade jurídica) na elaboração legislativa. Quanto ao sistema jurídico, sugere que nos países que adotam o sistema do *common law*, os legisladores tendem a elaborar leis mais detalhadas com o objetivo de inibir o ativismo judicial, ao passo que nos países que adotam o *civil law*, como as decisões judiciais não geram precedentes vinculantes, há menos incentivos para a limitação da discricionabilidade judicial.

Discorre sobre o padrão legislativo norte-americano, explicando de modo especial como esse país assimilou a doutrina da reserva legal (*non delegation doctrine*). A autora dá conta de que, embora esses temas sejam pouco trabalhados na academia de lá, curiosamente, as leis costumam atender às técnicas legislativas materiais e dificilmente são redigidas de modo a conferir discricionabilidade ilimitada aos administradores, estando repletas de procedimentos para a tomada de decisões, com regras e *standards* substantivos.

Na sequência, discorre sobre as estratégias de desenho legislativo, as técnicas de intervenção legislativa e os componentes da legislação, com destaque para o que chama de instrumentos da legislação: as regras e os *standards* (para a legislação externa transitiva), os procedimentos administrativos (para a legislação externa intransitiva) e os *enforcement* (legislação interna). Por *enforcement* entende a mobilização de pessoas e recursos para garantir tudo o que está relacionado ao cumprimento ou descumprimento das prescrições normativas (“aplicação da lei” ou “implementação da lei”). São os instrumentos de “engenharia legislativa” para realizar os objetivos das políticas públicas.

Além de minudenciar o referencial teórico norte-americano, a autora cuida de aplicar as ferramentas para analisar a realidade da produção legislativa brasileira. Comparando os

sistemas, descreve que, nos Estados Unidos, o Poder Legislativo disputa de forma acirrada o controle da Administração com o Poder Executivo e, como consequência disso, as leis tendem a ser excessivamente detalhadas no tocante às regras de funcionamento e organização dos órgãos implementadores. Já no Brasil, contrapõe, a estruturação da organização e funcionamento dos mecanismos de implementação tendem a ser mais vagas e fluidas, o que decorreria de fatores como o controle presidencial da agenda legislativa, a falta de expertise e especialização legislativa, ausência de capacidade burocrática, adoção de continuadas práticas clientelistas entre partidos políticos e burocratas, bem como a cultura jurídica vigente no país, pela qual as questões estruturais e organizacionais da Administração Pública devem ser definidas pelo Poder Executivo¹⁴⁹.

Na tese, faz também um estudo de caso sobre a lei que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), em que critica as principais falhas do desenho institucional dessa lei, como a falta de instrumentos adequados de controle da ação por parte da Administração Pública e para a implementação da política pública de modo efetivo e eficiente, contrariando a percepção dominante no sentido de que o fracasso da Política Nacional do Meio Ambiente se deve a fatores exclusivamente não-legislativos.

Seu foco é explorar as relações existentes entre o desenho legislativo e o comportamento burocrático. Após analisar os traços gerais da Lei n. 6.938/81, a autora apresenta as escolhas legislativas que resultaram problemáticas e possivelmente responsáveis pela inefetividade das políticas. Revela, por exemplo, que a lei em questão não trouxe muitos detalhes, estabelecendo apenas diretrizes gerais para o funcionamento do sistema, entre outras considerações que se deixa de aprofundar, porquanto são mais específicas da matéria ambiental.

As principais ideias da autora sobre a avaliação legislativa foram sintetizadas posteriormente no artigo *Avaliação legislativa no Brasil: apontamentos para uma nova agenda de pesquisa sobre o modo de produção das leis*¹⁵⁰.

2.13.2. A consolidação e a organização legislativa de Rubens Naman Rizek Junior

A tese de doutorado *O processo de consolidação e organização legislativa*¹⁵¹ aborda as técnicas voltadas para a simplificação e racionalização do Direito, mas de uma maneira

¹⁴⁹ **Legislação e políticas públicas: a lei enquanto instrumento de ação governamental.** Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p. 114.

¹⁵⁰ **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 3, n. 2, jul. dez. 2013, pp. 229-249.

conectada com o chamado direito político, e também para as peculiaridades nacionais, forte na premissa de que a confusão legislativa é terreno fértil para a injustiça e pressuposto de práticas autoritárias e constitucionalmente indesejáveis.

O trabalho apresenta um excelente resgate do processo legislativo, desde sua concepção clássica à contemporânea, registrando as adaptações ao longo do tempo, pontuando como a mudança do perfil de composição dos Parlamentos desde então afetou o processo de elaboração da lei. Descreve os vários movimentos internacionais voltados para a consolidação e organização legislativa e, claro, a experiência brasileira sobre o tema. A base teórica vem preponderantemente do jurista e professor português Carlos Blanco de Morais¹⁵², muito bem explorado por Rizek Junior, e das publicações constantes da já comentada revista *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*.

O diagnóstico do autor – de que a lei no Brasil não está sendo bem elaborada – vem agravado por deficiências muito próprias do sistema político nacional: o perfil pouco ideológico dos parlamentares; a falta de órgãos técnicos dedicados à organização sistêmica do ordenamento jurídico e a enxurrada desenfreada de Medidas Provisórias que distorcem a lógica legislativa¹⁵³. Em face disso, propõe a constituição de um órgão oficial independente, com perfil técnico (e não político), ligado ao governo (e não ao Parlamento), coordenado por legistas profissionais, para encarregar-se da tarefa de simplificação do Direito, a partir das ferramentas da Legística¹⁵⁴. Defende que a organização legislativa deve fazer parte de um programa estatal definido formalmente, de médio prazo, com o devido estabelecimento de meios e metas para a respectiva realização¹⁵⁵.

Dados os limites dessa tese, deixa-se para outro momento o detalhamento do caminho percorrido pelo autor, devendo-se registrar o elogio ao seu trabalho, dado que o tema da “adequação” legislativa é raramente abordado, sendo ainda mais difícil encontrar tamanha densidade. Não se tem registro de outras publicações com tal preocupação, mais comuns são as direcionadas à criação legislativa propriamente dita, em lugar dos destinados à simplificação do que já existe (a chamada governança normativa).

¹⁵¹ Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

¹⁵² Especificamente o livro **Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Verbo, 2007.

¹⁵³ RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. O processo de consolidação e organização legislativa. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009, p. 40.

¹⁵⁴ Idem, *ibidem*, pp. 304-305.

¹⁵⁵ Idem, *ibidem*, p. 305.

2.13.3. O processo legislativo orçamentário de Luiz Gustavo Bambini de Assis

Em sua tese de doutorado, *Processo legislativo e orçamento público: a função de controle do Parlamento*¹⁵⁶, Luiz Gustavo Bambini de Assis descreve a construção do orçamento, dado que o processo orçamentário é uma espécie do gênero do processo legislativo, com as particularidades e problemas que lhe são inerentes, como a questão das emendas parlamentares individuais, o papel da Comissão Mista de Orçamento e as alterações subsequentes do orçamento por meio das Medidas Provisórias que abrem crédito extraordinário.

Os desenvolvimentos teóricos se dão a partir das disfuncionalidades verificadas empiricamente, a partir do que emergem as propostas de melhoria do processo legislativo orçamentário, sem contraste com escolas prévias ou experiências internacionais, mas nem por esse último motivo deixam de fazer sentido. Mais uma vez, o mérito reside na tentativa de devolver ao Parlamento suas funções essenciais.

2.13.4. A política criminal de Carolina Dzimidas Haber

Em *A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal*¹⁵⁷, a autora reclama do negligenciamento do processo de elaboração de normas, do que resultam o que considera graves consequências: 1) o jurista não enxerga esse momento como um espaço para o diálogo, o que acarretaria ineficiência do direito; 2) o processo de elaboração normativa não é visto como uma política pública. Ocorre que, segundo defende, a elaboração de normas produz efeitos sociais, políticos e econômicos e tais efeitos deveriam ser medidos, avaliados e ponderados¹⁵⁸.

Nesse sentido, de modo inovador, entende que a elaboração de normas penais deve ser concebida como uma política pública, na medida em que se torna necessário esclarecer qual o problema que se quer evitar, os instrumentos à disposição para combatê-lo e os efeitos que o meio escolhido é capaz de ocasionar¹⁵⁹.

Apresenta o processo legislativo como o ponto de encontro entre o direito e a política. Contrasta que, embora haja consenso no sentido de que o processo de criação de

¹⁵⁶ Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

¹⁵⁷ Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

¹⁵⁸ Idem, ibidem, p. 10.

¹⁵⁹ Idem, ibidem, p. 12.

normas é fruto de uma vontade política, na hora de analisar esse momento, não se faz qualquer referencia a esta. Com mais detalhes, critica o dogma do “legislador racional”.

Argumenta que a aproximação entre o direito e a política permitiria uma mudança na forma de compreender o papel exercido pelo direito na tarefa de regulamentação das condutas sociais¹⁶⁰. Disso resultaria uma visão do direito como uma moldura para a gestão de políticas públicas, de modo que as leis passariam a ser instrumento de transformação da realidade¹⁶¹. Para tanto, na sua opinião, faz-se necessária uma revisão da forma como o Estado concebe o processo de elaboração de normas, o qual deve se orientar pelo conhecimento da realidade social que o direito busca regular e das reações que sua aplicação pode desencadear¹⁶².

Com base no arcabouço teórico da análise das políticas públicas (especialmente Maria Paula Dallari Bucci), de forma incomum, postula que considerar que a elaboração de textos normativos é uma tarefa que se insere na lógica de gestão pública é admitir a necessidade de: a) realização de um trabalho de coleta e tratamento de dados e de estudos prévios destinados a balizar a tomada de decisões; b) recurso a mecanismos de auxílio à decisão e de dispositivos de simulação; c) utilização de processos de experimentação ou de avaliação prospectiva ou *ex ante* dos efeitos possíveis de serem previstos¹⁶³.

Tendo em vista que o processo legislativo precisa ser visto como um lugar de discussão de argumentos, considera que tirar as decisões políticas no âmbito do Poder Legislativo é um atentado à democracia, já que desloca o centro decisório para uma esfera que, por definição, é mais restrita e fechada à participação político-partidária¹⁶⁴.

Especificamente sobre o processo legislativo penal, pondera que a consideração da vontade do povo por si só não assegura a democracia – pois se não houver um debate argumentativo, apenas dá-se abertura ao populismo penal –, de modo que os desejos populistas de vingança, por exemplo, afirmados diante de acontecimentos violentos, só devem ser considerados quando forem testados argumentativamente¹⁶⁵.

Seguindo essa linha, expõe sua maneira de olhar o direito e a política: o direito encontra no processo deliberativo argumentativo um espaço para testar sua teoria e, no limite, rever seus fundamentos; e a política, mediante a contribuição oferecida pelo direito, integra a opinião pública mediante a realização de testes argumentativos. Para a autora, a opinião pública não deve ser assimilada sem passar por tal teste argumentativo.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 72.

¹⁶¹ Idem, *ibidem*, p. 74.

¹⁶² Idem, *ibidem*, p. 81.

¹⁶³ Idem, *ibidem*, p. 82.

¹⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 95.

¹⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 100.

A partir daí, a autora passa a tecer considerações sobre a feição a ser assumida pela atividade de elaboração normativa, como uma política pública e como um processo de aprendizagem (usa aqui François Ost), uma legislação por tentativa e erro. Dedicar, então, algumas páginas para defender a chamada experimentação legislativa, é dizer, a adoção de leis temporárias, no intuito de reduzir a incerteza e alcançar maior consenso sobre a lei. Em sua opinião, a iniciativa se situaria entre a avaliação prospectiva e a avaliação retrospectiva¹⁶⁶.

Elogia a iniciativa da Corte Constitucional alemã, que impôs ao legislador a observância de quatro princípios: 1) consideração prévia de todos os fatos que têm relação com a lei; 2) obrigação de analisar todos os dados e ponderar as alternativas à regulamentação; 3) realização de uma avaliação prospectiva; 4) obrigação de corrigir a lei caso se verifique a produção de efeitos não previstos ou que coloquem em perigo direitos fundamentais¹⁶⁷.

Na parte prática de sua pesquisa, constatou que a justificação dos projetos de leis penais no Brasil, na maioria dos casos, não faz menção a episódios concretos, dados empíricos, decisões judiciais ou questões do cenário internacional, não havendo muito esforço por parte dos legisladores em oferecer razões consistentes para defender suas propostas¹⁶⁸.

2.13.5. *A política legislativa de Felipe de Paula*

Na tese de doutorado *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*¹⁶⁹, uma das melhores encontradas sobre a temática, Felipe de Paula também considera o procedimento de elaboração de normas, especialmente a preparação das propostas de iniciativa governamental, como uma política pública. Trata-se de uma abordagem recente na doutrina brasileira: toma a política legislativa ou a política legislativo-regulatória como na verdade uma *meta* política pública, na medida em que voltada ao aperfeiçoamento do processo de elaboração instrumentos normativos e ao incremento da qualidade das normas em geral, tanto sob o aspecto formal, quanto sob o aspecto material¹⁷⁰.

De fato, considerando que as políticas públicas são instrumentalizadas por intermédio da legislação, as medidas e iniciativas levadas a cabo para a melhoria desta – sob a forma de estruturação de um processo normativo regulatório de modo horizontal –, de

¹⁶⁶ Idem, ibidem, p. 113.

¹⁶⁷ Idem, ibidem, p. 128.

¹⁶⁸ Idem, ibidem, p. 140.

¹⁶⁹ Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

¹⁷⁰ Idem, ibidem, p. 85.

qualquer maneira, contribuirão para o aperfeiçoamento da construção das políticas públicas em totalidade.

As reflexões do autor se dão no marco dos estudos sobre políticas públicas, uma vertente ascendente na temática, como já comentado. As premissas básicas do trabalho são a consideração da legislação como alternativa regulatória importante, porém não exclusiva – deixando implícito que em determinados casos a lei pode não ser a melhor opção regulatória –, e do caráter finalístico-instrumental que vem marcando a produção normativa contemporânea. Daí a necessidade de adoção de parâmetros avaliativos da qualidade da lei e de estratégias metodológicas voltadas aos aspectos internos, como a análise do impacto regulatório – AIR, análise de custo-benefício, de custo-efetividade, o *standard cost model* – *SCM* (mensuração dos ônus administrativos e para o setor privado) e outros aspectos da planificação legislativa tendentes ao seu aperfeiçoamento.

Após descrever a dinâmica institucional da produção normativa brasileira contemporaneamente, explicando como se dá na prática (capítulo segundo), o autor expõe criticamente algumas experiências internacionais no tema das políticas legislativo-regulatórias (capítulo terceiro), apontando os respectivos exemplos, resultados, críticas e limites inerentes nos contextos político-institucionais correspondentes, para, em seguida, lançar as bases para a implantação de uma nova *meta policy* no Brasil (capítulo quarto). Entre as propostas, estão:

1) A definição de um novo marco normativo, é dizer, a revisão completa do Decreto n. 4.176/2002, que estabelece normas e diretrizes para a elaboração, a redação, a alteração, a consolidação e o encaminhamento ao Presidente da República de projetos de atos normativos de competência dos órgãos do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Dá como razão a percepção de que tal norma é incompleta, anacrônica e defasada, trazendo regras de baixa efetividade¹⁷¹;

2) A adoção de um novo arranjo institucional, com a criação de um órgão central de supervisão qualificada da política legislativo-regulatória, para coordenar tal política; a definição dos fluxos político-decisórios com a inclusão de estudos prévios obrigatórios; bem como o reforço na formação dos responsáveis envolvidos, a qualificação técnica e o apoio político;

3) A *meta policy* em comento seria formulada, implementada e avaliada por fases. Felipe de Paula propõe que a nova política legislativo-regulatória precisa passar por três momentos: aprendizado, estruturação e consolidação.

¹⁷¹ Idem, ibidem, p. 286.

Pode-se traçar um paralelo entre a linha desenvolvida pelo autor no âmbito do Brasil e o trabalho realizado por Virgílio Zapatero na Espanha, tendo Felipe de Paula igualmente atuado na burocracia envolvida – trabalhou na Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Além disso, realizou uma interessante confirmação de diversas impressões a partir de questionários enviados a funcionários encarregados da burocracia brasileira.

Nas suas considerações finais, Felipe de Paula entende que há bastante espaço para a construção de uma nova política legislativa no país. Naturalmente, isso não significa dizer que não haverá obstáculos para a efetiva implementação, sobretudo a resistência na mudança de cultura. O grande mérito do trabalho de Felipe de Paula está em ter centrado suas reflexões nas verdadeiras práticas do processo de elaboração legislativa, não nas previsões normativas que disciplinam como este deveria ser.

O mesmo autor publicou o artigo *Does Brazil have a Legislative Policy?*¹⁷², no qual condensa muitas reflexões de sua tese, mostrando que, embora formalmente o Decreto n. 4.176/2002 represente uma política legislativa (*law in books*), essa *meta policy* tem pouco impacto na elaboração legislativa na prática e não é tida como prática à ação governamental contemporânea (*law in action*).

2.13.6. Análise das justificativas para a produção de normas penais

Publicada em 2009, a pesquisa de n. 32 do Projeto Pensando o Direito “Análise das justificativas para a produção de normas penais” propõe-se a oferecer um retrato da atividade legislativa penal, identificando os argumentos mais recorrentes, bem como as teorias da pena mobilizadas como fundamento das propostas de alteração legal, com o objetivo de observar a direção de 100 propostas de alteração da legislação penal (projetos de leis) apresentadas no período de 1988 a 2006, que resultaram na análise de 1.546 normas.

Bastante inovador no Brasil, o estudo partiu da constatação do crescente recrudescimento da intervenção penal no intervalo de tempo analisado: as propostas de aumento de pena e criação de novos tipos penais, tomadas como “monotonia da intervenção jurídica”, no sentido de que são o único tema tratado. Com base nessa hipótese inicial, os trabalhos ofereceram elementos importantes, como o “enclausuramento” do direito penal por um sistema de ideias que tornam extremamente difícil a emergência e a estabilização de soluções alternativas e de inovação na produção de normas penais: reiteradamente são

¹⁷² *The theory and practice of legislation*, v. 4, n. 3, 2016, pp. 329–353.

criminalizados comportamentos, aumentadas as penas e, especificamente sobre estas últimas, utiliza-se quase que exclusivamente a pena de prisão. Quanto ao destino das proposições, a maioria se destina a leis especiais (não às codificações).

O conjunto de justificativas foram organizadas conforme: (i) o tamanho, (ii) a referência a elementos externos, como convenções internacionais, decisões judiciais ou episódios concretos, e (iii) a “gramática de motivos para punir” (teorias da pena e demais argumentos como insegurança social, periculosidade).

Nesse sentido, foram produzidos números interessantes, como, por exemplo, o seguinte dato alarmante: a maioria das justificativas (69%) tem menos de uma página.

Embora não tenha ingressado na análise das argumentações travadas em cada um dos projetos de leis que tiveram suas justificativas analisadas – é dizer, o desenrolar das discussões dentro do Parlamento quanto a esses primeiros argumentos apresentados para legislar –, a pesquisa vai em uma direção importante, na medida em que oferece um diagnóstico dos argumentos (ou se se prefere ds razões apresentadas) mais recorrentes, concretamente utilizados para a legislação em matéria penal no país.

2.14. Comparação e conclusões parciais sobre a produção teórica na Espanha e no Brasil

Até agora, fez-se uma minuciosa exposição do cenário doutrinário sobre as teorias da legislação e da argumentação legislativa na Espanha e no Brasil, apresentando os aspectos dos autores mais destacados que se dedicaram aos estudos do tema. Como tem sido possível perceber, tais perspectivas teóricas, por mais certas e sofisticadas que pudessem se apresentar, deixam alguns vazios teóricos ou desconsideram alguns aspectos importantes da realidade e das práticas legislativas. Um detalhe marcante, por exemplo, e comum a praticamente todas as abordagens encontradas, é a falta de atenção para com a racionalidade política e com o que acontece dentro do Poder Legislativo e, sobretudo, a ausência de reflexão sobre pautas de ação, com medidas concretas, para incrementar racionalidade às práticas dentro do próprio Poder Legislativo. Este ponto será retomado na Parte III.

Nesse contexto, a presente seção se dedica a comparar rapidamente os desenvolvimentos teóricos nos dois países, ressaltando as insuficiências teóricas até agora detectadas, bem como apontando quais são as direções que, segundo se acredita neste trabalho, a construção de uma teoria alternativa, mais global, deve assumir.

Seja porque não se pretende exaurir todos os problemas de uma só vez, seja porque alguns dos pontos aqui comentados serão objeto de maior aprofundamento na parte final desta tese, o tratamento aqui será relativamente superficial, muito mais para apresentar uma lista de problemas ainda pendentes de solução teórica. Por essa mesma razão, as considerações aqui não justificariam a abertura de um capítulo exclusivo. Além disso, alguns dos pontos aqui levantados serão desenvolvidos na Parte III da tese. Assim, por agora, cuida-se mais de dar uma amostra do que virá depois.

Antes de tudo, recorde-se que entre os propósitos das teorias da legislação e da argumentação legislativa está o de desenvolver conceitos que podem contribuir para o progresso da prática jurídica.

Nesse sentido, uma característica presente nas teorias da legislação e da argumentação legislativa estudadas na Espanha se refere à preocupação com a melhoria das práticas. Como comentado, o início dos trabalhos do GRETEL abriu o caminho para os aperfeiçoamentos institucionais subsequentes, a teoria de Manuel Atienza também propôs sugestões de melhorias, a contribuição de José Luis Díez Ripollés implicou um grande avanço na política legislativa criminal espanhola, Virgilio Zapatero trouxe solução para diversos problemas com os quais se deparou. Enfim, no geral, o saldo foi bastante positivo.

Por outro lado, ainda persistem reflexões ingênuas, idealizações que não correspondem à realidade, bem como um profundo desconhecimento dos meandros concretos que a atividade legislativa implica, com muito menos *glamour* do que se poderia imaginar. Isso se dá em todas as perspectivas teóricas estudadas. A perspectiva de Francisco Laporta, por exemplo, mais filosófica e normativa, tem um baixo grau de concreção. Aqui, considera-se que sequer chegou a desenvolver uma teoria da legislação propriamente dita, a despeito da apologia que faz do império da lei, da deferência ao legislador, como pilares de sustentação do Estado de direito.

Os desenvolvimentos de Daniel Oliver-Lalana, por seu turno, jogaram muitas luzes sobre a importância das razões dadas pelos legisladores e sobre como se deve estudá-las, propondo um passo a passo para a análise. Fugindo da armadilha de falar em um legislador idealizado, Oliver-Lalana se propõe a trabalhar as argumentações concretas dos parlamentares, ou seja, os debates reais, tal como registrados nas notas taquigráficas, atas e diários das sessões nas comissões e no plenário.

Se, por um lado, seus avanços são dignos de diversos elogios e apresentam inúmeras vantagens, por outro, jamais tiveram a pretensão de mergulhar empiricamente na realidade de dentro do Poder Legislativo ou sobre o que está por trás dos argumentos dados pelos

parlamentares (se concentram no contexto de justificação, não no contexto da descoberta). Tampouco se voltam para o pensamento sobre o que pode ser feito para melhorar as práticas no Legislativo. Suas principais preocupações, como já comentado, são duas: desenvolver um modelo para avaliar as argumentações legislativas e suas repercussões em um possível controle judicial respectivo.

Já no Brasil, como foi possível ver, a maior parte dos estudos que têm por objeto o momento da elaboração normativa está voltada para a definição e sistematização das regras que regulamentam o procedimento legislativo do ponto de vista formal – é dizer, a disciplina dos atos realizados para a aprovação das leis, a tramitação dos projetos de leis –, em abordagem predominantemente à luz das normas constitucionais sobre iniciativa, *quórum* de aprovação, sanção e veto. Ou seja, tratam somente do processo legislativo.

Os clássicos autores da temática, como José Afonso da Silva¹⁷³ e Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁷⁴, foram seguidos por publicações mais recentes, como a de João Trindade Cavalcanti Filho¹⁷⁵, registrando-se poucas abordagens com tom mais filosófico sobre o tema (ou com a inclusão das regras regimentais em suas análises), na linha do que fez Leonardo Augusto de Andrade Barbosa¹⁷⁶.

Esse tipo de reflexão predominante, como agora se torna mais claro, não capta a dimensão dinâmica do processo legislativo, o que acontece de verdade, na prática técnica e parlamentar (racionalidade política, que mais adiante será comentada), tampouco é capaz de refletir a realidade da decisão legislativa, o momento imediatamente anterior à tramitação legislativa propriamente dita, muitas vezes prévio ao próprio texto da norma, inclusive, que tanto afeta a formação da vontade política, na linha do que vem sendo possível perceber.

A observação das produções teóricas mais próximas ao que se poderia considerar técnica e/ou teoria da legislação, como as encontradas em Victor Nunes Leal e Pinto Ferreira, foram dando espaço a avanços já à luz das teorias da legislação produzidas no exterior, com os trabalhos de Gilmar Ferreira Mendes, Fabiana de Menezes Soares e Adalberto Narciso Hommerding, importando a produção estrangeira. Estes, entretanto, com uma densidade ainda um pouco aquém à exigida pelo tema. A crítica igualmente vale para o livro de Kildare Gonçalves Carvalho, mais voltado para o processo do que para a técnica legislativa propriamente dita.

¹⁷³ **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁷⁴ **Do processo legislativo**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁷⁵ **Processo legislativo constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

¹⁷⁶ **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

De modo geral, outra característica detectada nas produções brasileiras – nas escassas situações em que os desenvolvimentos teóricos ultrapassam o plano da reprodução dogmática, com mera a reprodução dos textos legais e eventuais decisões judiciais –, é a tendência em centrar-se nos problemas (e não na solução), das questões sobre a legislação (“como produto” e “como atividade”). Ou seja, não há um empenho em refletir sobre o que pode ser feito para melhorar a situação.

Mais recentemente, tem sido alvissareiro o surgimento de dissertações de mestrado e teses de doutorado sobre a elaboração legislativa, como as de Natasha Schmitt Salinas, Rubens Naman Rizek Junior, Luiz Gustavo Bambini de Assis, Carolina Dzimidas Haber e Felipe de Paula. Nesses trabalhos acadêmicos, podem ser observadas duas linhas teóricas básicas de influência, como já comentado: a primeira, portuguesa, notadamente a obra de Carlos Blanco de Moraes e o periódico *Legislação: Cadernos de Ciência da Legislação*, que incorpora as principais produções internacionais sobre a Legística; e a segunda, a disciplina de análise das políticas públicas, cuja sistematização teórica igualmente está em curso no país e cujo objeto, de fato, guarda relação com algumas preocupações da teoria da legislação e, como já comentado, em parte se sobrepõe a essa última.

Nesses últimos trabalhos, sim, é verdade, tem início a inserção na doutrina nacional de análises mais aprofundadas sobre o processo de elaboração legislativa, ainda que algumas vezes restritas a determinados aspectos particulares. Finalmente, de alguma maneira, mesmo um pouco tímida, o tema começa a ser objeto de mais preocupação.

Tem sido possível observar que, ao longo do tempo, foi-se abandonando o enfoque da técnica legislativa no plano meramente formal, que equivaleria aos dois primeiros níveis de racionalidade de Atienza (linguística e jurídico-formal ou o campo da chamada legística formal), para incorporar mais preocupações com a avaliação de impacto e da qualidade legislativa (níveis pragmático e teleológico de racionalidade, o campo da legística material ou a metódica da legislação). Entretanto, ainda assim, em nenhum caso, a discussão dos temas sobre a atividade legislativa chega a avançar mais sobre a discussão que envolve a ética, os valores, os fins do Estado, o papel do Direito, o funcionamento da política ou uma ideologia sobre a economia.

Especialmente se contrastada com a produção espanhola, a brasileira ainda não alcançou um plano mais filosófico (ainda segue muito apegada ao processo legislativo, como comentado), nem mais à luz das peculiaridades nacionais e os constrangimentos institucionais decorrentes. É desnecessário enfatizar que os contextos e a cultura jurídica exercem muita influência sobre as práticas. Além disso, ainda falta no cenário do país a leitura da atividade

legislativa à luz do enfoque argumentativo, como se pretende na presente tese, sobretudo com propostas de preenchimento dos níveis de racionalidades da legislação, notadamente a ética.

Isso porque as teorias encontradas ainda carecem de uma articulação com as concepções políticas e econômicas relacionadas aos fins do Estado. Ocorre que a elaboração normativa está sempre a serviço de finalidades estatais previamente estabelecidas, de modo que, concebida de forma isolada, pretensamente autônoma, a legislação (atividade) torna-se vazia ou estéril. Mais que em qualquer outro campo, o procedimento legislativo é sempre instrumental, a técnica está a serviço da política (ou ideologia, se se prefere essa denominação, embora seja um pouco mais controvertida).

Com efeito, ainda não se encontram reflexões que joguem luz sobre a natureza argumentativa (e negocial) envolvida na elaboração legislativa, tampouco estudos empíricos mostrando eventuais desajustes entre a prática observada e um ideal de discussão legislativa (não existe um modelo teórico que trace os requisitos do que seria um debate legislativo ideal). Inexistem teorias que revelem em que momento no Parlamento e por quais razões a argumentação legislativa se converte (ou pode convertê-lo) em um diálogo irracional.

Uma primeira aproximação com a questão poderia estar no modelo de Josep Aguiló Regla explicado no artigo *Cuatro modos de debatir*¹⁷⁷. O autor não se dedica especificamente ao debate parlamentar, de modo que talvez possa persistir alguma dúvida sobre se sua ideia se aplicaria integralmente nessa seara. De todo modo, parece, sim, que pode dar uma chave para ajudar a detectar irracionalidades flagrantes. Explique-se muito rapidamente em que consiste a ideia de Aguiló Regla.

O autor classifica os seguintes quatro tipos ideais de debate: 1) disputa, 2) controvérsia, 3) diálogo racional (deliberação), e 4) consenso, conforme duas variáveis: a primeira, a relação de conflito ou cooperação dos seus atores (ou interlocutores), e a segunda, o grau de separação do objeto de discussão dos sujeitos da discussão.

Muito resumidamente, na disputa, haveria o nível máximo de conflito, sendo igualmente o mais “atoral”, ou seja, o problema principal está nos interlocutores e o “tema” é mais acessório (Aguiló Regla dá como exemplo as brigas de casal). Na controvérsia, tem-se um debate também conflitivo, mas “temático”, ou seja, voltado para o objeto controvertido, não para as pessoas envolvidas (como é o caso de uma mesa redonda ou um debate entre acusação e defesa). O diálogo racional ou deliberação seria um tipo de debate cooperativo e “temático” (os exemplos dados pelo autor são o de uma junta médica para um diagnóstico

¹⁷⁷ **Doxa**, n. 36, 2013, pp. 211-227. O artigo corresponde, com poucas alterações, ao capítulo segundo do livro do mesmo autor *El arte de la mediación: argumentación, negociación y mediación* (Madrid: Trotta, 2015).

clínico ou um tribunal judicial). Por fim, o consenso é classificado como um debate cooperativo e “atoral” (referindo-se aos “atores envolvidos”, como exemplo, o autor cita os debates em uma assembleia constituinte ou entre uma equipe de trabalho).

O Aguiló Regla insere o debate legislativo clássico como um exemplo de controvérsia, ou seja, com as características de conflitivo, mas “temático”. Entretanto, como dito, não tece maiores digressões sobre o Parlamento¹⁷⁸.

Em seu texto, no entanto, o autor chama a atenção de que esse modelo se trata, naturalmente, de uma simplificação, mas que permite reconhecer e interpretar algumas situações sociais de debate. Alerta, ainda, para um detalhe extremamente importante: os debates reais são fluidos e nele se produzem, consciente ou inconscientemente, transições de um tipo de debate a outro, e mais, com frequência tais transições são assimétricas (unilaterais), ou seja, nem todos os interlocutores transitam simultaneamente e na mesma direção¹⁷⁹.

Esse esquema de Aguiló Regla, portanto, oferece uma boa intuição que poderia ser transplantável ao Parlamento, ainda que parcialmente ou com alguma matização. É que talvez não seja o mais adequado inserir o debate parlamentar como “controvérsia”, tanto porque se observam situações de “disputa” (embates entre governo e oposição, mesmo quando os partidos trocam de lugar), quanto porque também se podem verificar episódios “consenso” (com leis aprovadas por unanimidade). É dizer, não seria correto rotular o debate legislativo em apenas uma categoria, como parece sugerir o autor.

Além disso, também é bem provável que um único debate legislativo (e nisso não difere dos demais) vá transitando ao longo do tempo entre tais categorias, conforme o avanço das discussões ou a negociação política propriamente dita. Possivelmente o autor estaria de acordo quanto a esse ponto.

Assim, para finalizar, a intuição de Aguiló Regla que poderia ser aproveitada é a seguinte: quanto mais “conflitivo” e “atoral”, mais irracional, ao passo que, quanto mais “temático” e “cooperativo”, mais oportunizada estaria a racionalidade. Dentro do Parlamento,

¹⁷⁸ No capítulo terceiro (*Sobre la negociación*) do livro que se acaba de mencionar, Aguiló Regla dedica na página 66 uma única nota de rodapé ao tema que aqui interessa. Simplesmente comenta que, em sua opinião, uma das causas do descrédito do debate legislativo é o abuso que os atores políticos fazem das “formas atorais” de debate, em detrimento da “formas temáticas”. Afirma que, por um lado, existe um excesso de disputa em relação aos rivais e um excesso de cooperação em relação aos aliados; e, por outro, um *déficit* de controvérsia e de diálogo racional, tanto em face dos rivais, quanto em face dos aliados. Conclui sintetizando que tal descrédito não provém do fato de que o debate político seja conflitivo (o que seria natural), mas sim do abandono e esquecimento da “noção de problema”, de “tema problemático”, de “questão difícil” e de “questão controvertida”. Tal diagnóstico é feito em simples oito linhas e trata-se, claramente, de uma generalização. O tema não voltou a ser abordado pelo autor em nenhuma outra ocasião.

¹⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 225.

portanto, o caso seria de fazer com que as discussões se afastassem dos dualismos tradicionais governo-oposição, direita-esquerda, liberal-conservador, etc. Contudo, ainda assim faltariam aprofundamentos em busca de formas de concretizar essa ideia.

Dando continuidade ao levantamento sobre os vazios teóricos detectados até o momento, o principal *déficit* das teorias da legislação e da argumentação legislativa estudadas na Espanha e no Brasil é a ausência de atenção para a presença de uma racionalidade política que permeia as práticas legislativas. Guarde-se essa ideia, pois pretende-se aprofundar a noção de racionalidade política na Parte III

Como visto, até existem desenvolvimentos teóricos com pautas para o momento da decisão legislativa, para a redação do texto do projeto de lei, entretanto, enviado este ao Parlamento, já não existem propriamente diretrizes a respeito do que pode ser feito para melhorar os meandros do procedimento parlamentar.

Outro vácuo que chama a atenção nos estudos até agora realizados diz respeito à confusão (não-separação) entre a argumentação escrita e a verbal no âmbito do Poder Legislativo. Daniel Oliver-Lalana jogou uma importante luz sobre a importância de considerar – além dos escritos constantes nos preâmbulos, exposições de motivos e demais “materiais preparatórios” – o conteúdo das razões verbais manejadas pelos parlamentares durante as sessões das comissões e do plenário, ou seja, o que vai para notas taquigráficas. Nada obstante, fica pendente o esclarecimento sobre o que importa mais, se é o caso, bem como se é possível fazer um paralelo com a realidade do Poder Judiciário no que diz respeito ao acórdão (o que vale de verdade) e os debates verbais (que teriam um peso menor ou mesmo entrariam como *obiter dictum* quando não repetidos ou endossados por escrito).

Como visto, o que vai escrito nas exposições de motivos, justificações e preâmbulos pode não ser retomado por ocasião dos debates parlamentares. Inclusive, pode ser o caso de serem discutidas outras questões durante as sessões legislativas. Não separar a argumentação dos funcionários, técnicos e consultores encarregados de assessorar o processo legislativo (e que na verdade são quem redige os textos discutidos) e a argumentação dos parlamentares (eminentemente política, não técnica), colocando ambos em uma mesma categoria, parece ser um erro grave. Talvez seja o caso de diferenciar essas argumentações, ainda que ambas sejam legislativas.

Na esteira desse papel dos funcionários, técnicos e consultores encarregados de assessorar o processo legislativo, avançando mais sobre as lacunas teóricas, observa-se que as teorias da Espanha e do Brasil tampouco se debruçaram para a construção de códigos deontológicos voltados para os assessores legislativos. Como visto, Virgilio Zapatero chega a

oferecer algumas pautas, calcado na literatura anglo-saxã, mas voltadas para o redator (na fase governamental). Ocorre que a rotina dentro do Parlamento está sujeita a outros tipos de constrangimentos (como o assédio da imprensa, o assessoramento a diferentes ideologias políticas, entre outros), o que faria merecer um tratamento teórico diverso ou, ao menos, mais especificado. Esse é um dos pontos que também se pretende aprofundar na Parte III mais adiante.

Paralelamente aos deveres ético-profissionais dos assessores no âmbito do Poder Legislativo, outro ponto não tematizado na literatura espanhola e brasileira diz respeito às virtudes que tais profissionais (e nesse caso também os legisladores) teriam que desenvolver para melhor desempenhar seus papéis e alcançar os fins valiosos. Assim como acontece quanto aos códigos deontológicos, a abordagem das virtudes tem se centrado exclusivamente nas figuras do juiz, do advogado e dos membros do Ministério Público¹⁸⁰.

Com efeito, descrevendo o processo histórico-evolutivo da chamada ciência da legislação, Carlos Blanco de Moraes divide o período nas seguintes fases: 1º) primácias iluministas de uma ciência da legislação; 2º) crise da lei no Estado social e debate sobre a autonomia dessa ciência; 3º) nascimento da ciência da legislação no contexto “terapêutico” da “crise da lei”; 4º) consolidação dessa ciência como complexo metódico e praxiológico da gestão de programas legislativos¹⁸¹. Tal diagnóstico – ao mesmo tempo que apresenta um suposto grau de maturidade – revela também um possível grau de esgotamento como ferramenta para promover uma mudança na cultura jurídica legislativa.

Seja verdade ou não esse exaurimento, o fato é que tanto na Espanha, quanto no Brasil, o que se observa é ainda um certo atraso na abordagem dos temas a respeito de como legislar melhor. Nos dois países, por exemplo, ainda não foram incorporadas importantes ferramentas, como é o exemplo da arquitetura de escolhas, os chamados “empurrõezinhos comportamentais”, com base nos avanços da psicologia e da teoria social reunidos na

¹⁸⁰ Confirmam-se, por exemplo, entre outros: AMAYA, Amalia et ali. Emociones y virtudes en la argumentación jurídica. Ciudad del México: Instituto de la Judicatura Federal, Tirant lo blanch, 2017; LARIGUET, Guillermo. **Virtudes, ética profesional y derecho**: una introducción filosófica. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012; AMAYA, Amalia. Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial. **Diánoia**, v. LVI, n. 67, nov. 2011, pp. 135–142; SALDAÑA SERRANO, Javier. Virtudes judiciales: principio básico de la deontología jurídica. **Reforma Judicial**: Revista Mexicana de Justicia, n. 8, 2006, pp. 81-94; ATIENZA, Manuel. Virtudes judiciales: selección y formación de los jueces en el estado de derecho. **Claves de Razón Práctica**, n. 86, 1998, pp. 32-42; SOTO NIETO, Francisco. Jueces y abogados. Miscelanea sobre sus condiciones y deberes. **La Ley**. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, n. 3, 1995, pp. 897-914.

¹⁸¹ **Manual de legística**: critérios científicos e técnicos para legislar melhor. Lisboa: Verbo, 2007, p. 38.

disciplina economia comportamental (*behavioral law and economics*)¹⁸², na linha dos desenvolvimentos de Cass Sunstein, Richard Thaler e outros¹⁸³.

Os *nudges*, como são conhecidos, representam necessariamente intervenções legislativas mais leves – um simples ajuste na arquitetura das escolhas, como as opções-padrão (regra *default*), por exemplo –, ou mesmo verdadeiras alternativas regulatórias – há casos em que o simples esforço para passar a informação pública de uma maneira mais clara, simples e concreta faz com que sejam alcançados os resultados desejados no comportamento (o exemplo clássico é a informação sobre a quantidade de açúcar). Entretanto, nem sempre o *nudging* terá uma dimensão linguística (por exemplo, pode consistir na limitação da quantidade unitária de produtos ou seu tamanho).

É bem verdade que essas iniciativas, mesmo recentes, já têm recebido críticas. A principal delas vai no sentido de que são propostas que caminham rumo a uma desregulação – com toda a carga pejorativa associada a essa ideia, como algo *per se* negativo. No entanto, não custa lembrar, ter “menos leis” não necessariamente é algo ruim. Tal avaliação dependerá de outras questões, do marco em que inseridas, as necessidades sociais, etc.

Seja como for, na pior das hipóteses, os *nudges* ou “empurrõezinhos” são sugestões que podem ser usadas paralelamente ao uso da legislação, inclusive para otimizar os resultados desta. Ao que parece, tais *insights* comportamentais são ferramentas poderosas, e o potencial de aproveitamento desse conhecimento no âmbito da legislação, em ambos os países, ainda não vem sendo devidamente explorado, nem na Espanha, nem no Brasil¹⁸⁴.

¹⁸² Nessa linha, parece importante registrar quatro das principais constatações dessa matéria quanto ao comportamento humano e que ainda são relativamente pouco exploradas pelo legislador: (i) a forte tendência à inércia e à procrastinação; (ii) o alto grau de influência e sensibilidade à forma pela qual uma informação é apresentada; (iii) a baixa capacidade em compreender e lidar com probabilidades; (iv) a aversão a perdas.

¹⁸³ Notadamente nas obras: SUNSTEIN, Cass R. **Paternalismo libertario**. Barcelona: Herder, 2017; _____. **(Más) Simple: el futuro del Gobierno**. Madrid: Marcial Pons, 2014; _____. **Análisis conductual del derecho. THEMIS: Revista de Derecho**, n. 62, 2012, pp. 53-64; THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Rio de Janeiro: Campus, 2009. O autor também se dedica à elaboração normativa *lato sensu* em: _____. **The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities, Harvard Law Review**, v. 126, n. 7, 2013, pp. 1838-1879; _____. **White House Review of regulation: myths and realities. Regulation lecture at the University of Pennsylvania Law School**, 2013. Disponível em: <<https://www.regblog.org/wp-content/uploads/2013/11/PPR-Regulation-Lecture-2013.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

¹⁸⁴ Uma interessante conferência sobre o potencial do *nudging* foi apresentada por Silvia Zorzetto e Francesco Ferraro – intitulada *Legislation and nudging* – no *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, realizado na Universidade de Zaragoza nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018. A programação está disponível em: <<http://www.legisprudence.es>>. Acesso em: 24 fev. 2018. Posteriormente, será publicado um livro com todas as apresentações. Em breve, os trabalhos do evento serão publicados em livro editado por Springer. Na mencionada conferência, os autores introduzem algumas distinções conceituais importantes, esclarecendo que não necessariamente o *nudging* representa uma expressão do paternalismo libertário, problematizando a necessidade de que essa ferramenta sempre garanta liberdade de escolha dos indivíduos, ou seja, ajude a que decisões racionais sejam tomadas, não impostas; se destine, não à maximização de preferências subjetivas, mas sim às finalidades públicas, entre outras considerações. Os autores dão exemplos

Em ambos os países, a teoria da legislação tampouco dedicou-se a refletir sobre a necessidade de superar os pressupostos positivistas (legalistas) da ciência da legislação no Estado Constitucional. É dizer, ainda não logrou uma compatibilização mais precisa sobre o papel do legislador e o lugar do texto constitucional, por mais óbvia que possa parecer essa questão: a Constituição deve ser considerada em todos os momentos da produção legislativa e os textos e valores constitucionais – por mais fundamentais que possam ser – não suplantam a atividade legislativa quanto a diversos temas, essa atuação do legislador segue sendo necessária, a Constituição não pode resolver todos os assuntos, embora essa constatação ainda não esteja sintetizada com clareza ou sequer assim reconhecida por muitos^{185, 186}.

E mais, ainda em relação com o peso da Constituição por ocasião da produção normativa, outra obviedade rotineiramente esquecida diz respeito à liberdade de que gozam os legisladores, a qual necessariamente varia em relação a determinados temas constitucionais. A margem de configuração normativa que a Constituição dá não é sempre a mesma para todos os assuntos. A título meramente ilustrativo, usando como exemplo a Constituição da República de 1988, é diferente a conformação legislativa que pode ser dada ao direito de reunião, conforme referido no art. 5º, inciso XI¹⁸⁷, ou ao direito de associação, conforme o respectivo inciso XX¹⁸⁸, por exemplo, e os critérios para considerar que uma propriedade

concretos de *nudges* que vem sendo aplicados em diversos países, bem como apresentam a bibliografia que vem cuidando de abordar a temática.

¹⁸⁵ A título de ilustração dessa posição no sentido de que todos os temas encontram uma resposta na Constituição, recorde-se a entrevista dada pelo então Ministro do STF Carlos Ayres Britto que metaforicamente equiparou a Constituição ao “Posto Ipiranga”: “tudo está nela”, em alusão à campanha de publicidade dessa empresa brasileira do ramo de combustíveis, a segunda maior do país. Todos os comerciais traziam perguntas inusitadas e nos vídeos a resposta comum a todos era que tudo estava no Posto Ipiranga (“Posto Ipiranga: lugar completo, esperando por você” era o slogan). Os vídeos da campanha podem ser vistos em: <https://youtu.be/_pxPxSFzRy8>. Na entrevista a que se faz referência aqui, o então Ministro falava no sentido de que a Constituição brasileira representa um patrimônio material e objetivo, um “atestado de povo civilizado”, que colocaria o país no patamar de “primeiro mundo”. No entanto, desnecessário esclarecer que não é bem assim, a legislação, o produto da atividade legislativa, ainda merece consideração. A entrevista concedida ao jornal Correio Braziliense saiu na edição impressa de 09/08/2015. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2015/08/09/internas_polbraeco,493902/estamos-caminhando-para-um-grande-pacto-avalia-ex-presidente-do-sup.shtml>. Acesso em: 19 mai. 2016.

¹⁸⁶ Por mais que o constitucionalismo tenha ganhado destaque e crescido o fenômeno da constitucionalização do direito, colocando a Constituição no centro do sistema jurídico, acredita-se continuarão existindo problemas jurídicos cuja solução não pode ser construída simplesmente a partir de elementos externos ao sistema normativo ou com puro menosprezo ao que está no ordenamento jurídico, sob pena de graves problemas de legitimação das decisões, ainda que bem construídas argumentativamente.

¹⁸⁷ “Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (...)”

¹⁸⁸ “Art. 5º. (...) XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;”

rural cumpre ou não com sua função social e, conseqüentemente, poderá estar sujeita à desapropriação para fins de reforma agrária, à luz dos arts. 184 e seguintes¹⁸⁹.

Em outras palavras, o peso da Constituição deve ser verificado sempre a cada caso e, a posição dos legisladores ou seu poder legislativo para regular certos temas pode limitar-se a assegurar operatividade individual e social, como no caso dos direitos fundamentais que se apresentam como liberdades-autonomia. Assim, o papel da Constituição depende da estrutura concreta da norma constitucional envolvida, ou da sua densidade normativa, se se prefere. Há vários casos nos quais a liberdade legislativa é mínima. Mais exemplos nesse sentido seriam: a inviolabilidade de domicílio (art. 5º, inciso XI¹⁹⁰), o sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII¹⁹¹). Do lado oposto, com muita margem estaria a disciplina da compensação devida pela exploração de petróleo e outros recursos naturais (art. 20, § 1º¹⁹²) ou a forma de distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Fundo de Participação dos Municípios, cujo critério é unicamente a promoção do equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios (arts. 159 a 161¹⁹³).

¹⁸⁹ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei. § 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação. § 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação. § 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício. § 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.”; “Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva. Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.”; “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

¹⁹⁰ “Art. 5º. (...) XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...)”

¹⁹¹ “Art. 5º. (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;”

¹⁹² “Art. 20. (...) § 1º É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

¹⁹³ “Art. 159. A União entregará: (...) I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: (Redação dada pela EC nº 84, de 2014) a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor

Conexo com esse ponto, por exemplo, é a consideração dos legisladores como intérpretes da Constituição e, por conseguinte, da lei como produto de um processo interpretativo (a elaboração legislativa como interpretação legislativa da Constituição) a ser levado em conta mais seriamente nas etapas de interpretação e aplicação do direito.

Se por um lado essa vertente já consta da literatura estrangeira¹⁹⁴, por outro, pouco se fala do tema na Espanha (Daniel Oliver-Lalana o menciona muito superficialmente) e e no Brasil se pode dizer que a questão é omitida. Adalberto Narciso Hommerding ensaia fazê-lo, tomando essa ideia como premissa, mas não chega a formular desenvolvimentos mais profundos sobre como se dá essa atividade. A própria expressão “interpretação legislativa” – para referir-se à interpretação que os legisladores fazem da Constituição – quase não chega a ser entendida nesse sentido, tanto na Espanha, quanto no Brasil.

Além disso, está pendente sobretudo a tarefa de situar os princípios e o impacto desses nas técnicas legislativas e na elaboração normativa em sentido amplo (regulação). As vertentes neoconstitucionalistas, por exemplo, ainda não se dedicaram propriamente ao desenvolvimento de uma teoria da legislação (se é que haveria compatibilidade nesse sentido, pois para alguns teóricos todas as normas já decorreriam do próprio texto constitucional, ainda que implicitamente, sendo desnecessária a atuação do próprio legislador).

Nesse sentido, ensaiando os primeiros passos do que seria uma “teoria da legislação neoconstitucionalista”, se é que isso é possível, Alfonso García Figueroa¹⁹⁵ considera que as profundas mudanças experimentadas pelo Direito aconselham a que a ciência da legislação revise radicalmente os pressupostos formalistas e positivistas de suas origens e se adapte aos novos tempos.

Sugerindo a necessidade de uma interação entre a teoria do Direito e a teoria da legislação no Estado constitucional, com o objetivo de transformar ambas, tece as seguintes

produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer; d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela EC nº 55, de 2007) e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; (Incluída pela EC nº 84, de 2014) (...); “Art. 161. Cabe à lei complementar: I - definir valor adicionado para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I; II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios; (...)”

¹⁹⁴ Por exemplo: PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a Separated System** (Constitutional Conflicts). Durham, NC: Duke University Press Books, 2004; BARNES, Jeb. **Overruled? Legislative Overrides, Pluralism, and Contemporary Court-Congress Relations**. Stanford: Stanford University Press, 2004.

¹⁹⁵ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Legislación y neoconstitucionalismo: sobre la necesidad de superar los presupuestos positivistas de la ciencia de la legislación en el Estado constitucional. In: ARANA GARCÍA, Estanislao (Dir.). **Algunos problemas actuales de técnica legislativa**. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 19-64.

reflexões: a) nem a argumentação, nem a justificação são atividades alheias à atividade legislativa; b) os preâmbulos gozam de renovada importância; c) o emprego de termos valorativos e morais não deveria ser contemplado com o receio que desperta a retórica vazia, mas sim com a atenção e respeito que merecem os valores constitucionais¹⁹⁶.

Nesse sentido, lança três propostas aos teóricos do Direito: 1) desjudicializar a teoria do Direito; 2) desenvolver uma teoria da argumentação legislativa; e 3) dotar a teoria da legislação de um enfoque maximalista (com maior compromisso com a ética).

Quanto ao recomendado desenvolvimento de uma teoria da argumentação legislativa, chama-se a atenção para a sua intuição (que parece bastante equivocada) no sentido de que – a despeito de a técnica legislativa tradicional prezar pela clareza e menosprezar o uso de enunciados de princípio – mais que leis rígidas, são necessários princípios orientadores¹⁹⁷ para regular sociedades em constante transformação. É dizer, as leis deveriam ser mais “flexíveis”, o que somente poderia ser alcançado com o estabelecimento de limites, para o que, por sua vez, seria imprescindível aprofundar a dimensão axiológica dos sistemas jurídicos^{198, 199}.

Justifica sua afirmação explicando que não se pode acudir a regras rígidas para regular realidades desconhecidas e somente se pode dar respostas a essas (realidades) mediante o recurso a argumentos não puramente legais, mas sim morais. Isso deveria, assim, conduzir a técnica legislativa a reconsiderar sua posição frente aos enunciados de caráter valorativo, especialmente nos preâmbulos²⁰⁰.

¹⁹⁶ Idem, ibidem, p. 21.

¹⁹⁷ Idem, ibidem, p. 34.

¹⁹⁸ Idem, ibidem, p. 56.

¹⁹⁹ Infelizmente, a falta de exemplos impede a melhor visualização da proposta desse autor, o que dificulta também as críticas. Como o autor não ilustrou melhor, com casos concretos ou hipotéticos, não é possível compreender claramente o que seriam tais leis “mais flexíveis”. É bem verdade que poderiam ser assim consideradas as técnicas legislativas em matéria de sanções penais ou administrativas, por exemplo, que deixam margens para a livre apreciação conforme as circunstâncias do caso concreto, tanto pelo magistrado penal, quanto pelo administrador público. No entanto, é difícil vislumbrar outros contextos em que tais “intervalos legais” não implicassem a grave perda das mais importantes vantagens de um sistema de regras (leis): precisão, objetividade e segurança jurídica.

²⁰⁰ Idem, ibidem, p. 56. Ilustra sua proposta com um exemplo de já que havia se servido anteriormente, sobre o *Auto 785/07, de 18 de octubre del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla*. Trata-se do caso de um bebê de poucos meses que precisava receber um transplante de fígado para poder sobreviver. Havia compatibilidade para que sua mãe doasse. Entretanto, a lei espanhola proibia os menores de idade de doar órgãos e, no caso, a mãe do bebê era menor de idade. Judicialmente o transplante acabou sendo autorizado, com base em uma argumentação por analogia, considerando outros casos nos quais se procedeu à autorização (e na *ratio* de que a proibição estava voltada para coibir uma doação coercitiva por parte de filhos menores aos pais, por exemplo, mas que não faria sentido tal limitação em se tratando do próprio descendente do doador menor). Tomando esse caso como uma clara falta de previsão por parte do legislador, Alfonso García Figueroa pergunta qual melhora no texto poderia ter dado uma resposta satisfatória no caso. Retoricamente, cogita da inserção de uma exceção à regra de proibição no estilo “salvo quando o destinatário do órgão seja descendente do menor”. Entretanto, reflete que, se juntamente com a regra incondicionada de que “é proibido aos menores doar órgãos”

Nesse sentido, o autor defende que o recurso a princípios é um instrumento nas mãos do legislador que pode contribuir para melhorar sensivelmente a legislação, na medida em que pode ajudar a melhorar sua interpretação e aplicação²⁰¹.

A consequência desse raciocínio, como já assinalado, é a necessidade de o nível R5 (racionalidade ética) seja parte essencial da legislação. E a argumentação legislativa, então, tomada como um caso especial do discurso prático geral, submetida a exigências de correção.

Para Alfonso García Figuerola, a atividade retórica do legislador não deveria ser temida, pois esse ceticismo quanto à capacidade justificativa no âmbito do Legislativo é que seria a causa da máxima “*É o bastante que legislador declare sua vontade irracional e o juiz a aplique logicamente*”²⁰². Acredita que o problema não é que o legislador faça retórica, mas sim retórica má, da qual de fato deveria abster-se, porque converte a democracia em demagogia²⁰³.

Nesse contexto, a argumentação constitucional é tida por Figuerola como um elemento central no discurso dos políticos. Citando Gema Marcilla Córdoba, enfatiza que a contraposição entre legislar e argumentar é dissolvida pela Constituição, pois tarefa de fechar o que a Constituição deixou em aberto é uma tarefa que compromete tanto o legislador como o juiz, mas não necessariamente nessa ordem, nem de forma exclusiva, mas de maneira convergente e cooperativa.

Os desenvolvimentos de Alfonso García Figuerola não convencem muito e precisamente por isso é necessário que se retome o tema.

Também pensando sobre as tendências dos estudos teóricos, em 2004, Pablo Salvador Coderch²⁰⁴ elencou cinco reflexões para o futuro da técnica legislativa espanhola – nesse momento já não mais considerada nos limites estritos da época em que publicado *La forma de las Leyes* –, como espécies de vetores cujo desenvolvimento deverá ocorrer no século XXI:

- 1) Aproveitamento dos avanços da teoria econômica da regulação;

houvesse uma referência clara à sua justificação, como “essa regra pretende velar pelo bem-estar do menor”, tal imprevisão seria sanada (ou, para usar suas próprias palavras, “o trabalho argumentativo do juiz teria sido muito mais fácil e fundamentado”, embora se acredite que, acaso acolhida sua sugestão, sequer haveria a judicialização do caso).

²⁰¹ Idem, *ibidem*, p. 57.

²⁰² Idem, *ibidem*, p. 49.

²⁰³ Idem, *ibidem*, p. 51.

²⁰⁴ Técnica Legislativa y teorías de la regulación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 201-226.

- 2) Consideração do *lobby* (a realidade de que grupos de interesses que influenciam na elaboração das disposições jurídicas)²⁰⁵;
- 3) Reconhecimento de que o processo de elaboração das leis eventualmente passa por processos de negociação dentro e fora do Poder Legislativo;
- 4) Essa negociação deve ser tomada como contenção do poder coercitivo;
- 5) Além disso, deve estar sujeita às exigências de transparência e cautelas para neutralizar os conflitos de interesses.

Como tem sido possível perceber até agora, existem diversas agendas pendentes de desenvolvimento. Somado a isso, também existe uma grande barafunda de concepções sobre os papéis das linhas teóricas. Enquanto alguns autores estão mais preocupados em analisar os argumentos empregados em argumentações legislativas concretas – como Manuel Atienza e Daniel Oliver-Lalana, por exemplo –, em uma análise mais discursiva; para Virgilio Zapatero, o grande objetivo é legislar melhor, ou seja, o que pode ser feito nesse sentido e seus esforços se concentram no momento pré-legislativo, especialmente na decisão.

Aqui, acredita-se que justamente porque as teorias da legislação têm por objetivo fazer leis melhores, a argumentação legislativa não pode se limitar à análise de argumentos concretos. O grande aporte que o enfoque argumentativo pode dar, acredita-se, é construção de uma cultura de dar razões no momento da elaboração legislativa. Ou seja, promover o giro argumentativo dentro do Parlamento.

Com essas considerações, encerra-se o segundo capítulo e a Parte I desta tese. Na sequência, a Parte II cuidará de reconstruir as argumentações legislativas, na Espanha e no Brasil, sobre as leis sobre a violência contra a mulher, usando-as como cenário para problematizar outros elementos e aspectos que não encontram o adequado tratamento no âmbito das teorias espanholas e brasileiras estudadas.

²⁰⁵ O *lobby* aqui claramente é visto como sintoma da falta de canais adequados de comunicação entre o Legislativo e o cidadão. Esse ponto será retomado com mais atenção mais adiante na tese, quando também serão discutidas as controvérsias em torno de sua regulamentação e de como a avaliação do impacto legislativo pode diminuir a força do *lobby* informal.

PARTE II. ESTUDO COMPARADO SOBRE AS ARGUMENTAÇÕES LEGISLATIVAS QUANTO À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NA ESPANHA E NO BRASIL

Capítulo 3. A argumentação legislativa sobre a violência contra a mulher na Espanha

Como anunciado, após a visão do panorama teórico sobre o momento da produção legislativa do ponto de vista filosófico e jurídico (teorias da legislação e da argumentação legislativa) na Espanha e no Brasil, convém agora verificar de que maneira tais tratamentos teóricos correspondem à realidade das práticas, se tratam adequadamente os problemas que surgem durante o processo de elaboração das leis.

Para tanto, e com o objetivo de problematizar outras questões ainda não adequadamente trabalhadas pela doutrina, o presente capítulo e o próximo cuidam de reconstruir as argumentações legislativas concretas, na Espanha e no Brasil, sobre as respectivas leis destinadas a tratar da violência contra a mulher.

Como adiantado na introdução, a escolha do tema recaiu na violência contra a mulher porque se trata de uma questão presente tanto na Espanha, quanto no Brasil, países nos quais se desenvolve a presente tese de doutorado. O problema tinha que ser em comum, para permitir que, além da apresentação de como se desenvolveram as argumentações legislativas em cada um dos países, permitisse a comparação entre ambas, o que se fará no capítulo subsequente, após a exposição do caso brasileiro.

A importância do tema é notória, parecendo desnecessário deter-se em justificá-la. Mesmo para quem eventualmente não se convença quanto a esse ponto, deve ser bastante mencionar a persistência desse problema social, a despeito das leis aprovadas voltadas para combatê-lo. As cifras de mortes anuais permanecem relativamente estáveis, sem grandes oscilações, e são diárias as notícias de mortes e violências praticadas contra as mulheres pelas mãos de seus companheiros sentimentais (atuais ou passados)¹.

¹ Além de importante, trata-se de um problema comum a vários países e, a despeito de sua atualidade e gravidade, ainda é possível encontrar retrocessos. No noticiário russo, por exemplo, chamou a atenção que no último dia 07 de fevereiro, o Presidente Vladimir Putin sancionou lei que descriminalizou a violência doméstica na Rússia (Putin sanciona lei que despenaliza violência doméstica na Rússia. **G1**, 07/02/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/putin-sanciona-lei-que-despenaliza-violencia-domestica.ghtml>>. Acesso em: 22 nov. 2017). Lá, ainda são frequentes notícias como as seguintes: IKEMOTO, Luisa. Após trocar mensagens com homem, mulher tem mãos cortadas por marido. Ela já havia entrado com pedido de divórcio por outros comportamentos agressivos do companheiro. **Metrópoles**, 14/12/2017. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/mundo/apos-trocar-mensagens-com-homem-mulher-tem-maos-cortadas-por-marido>>. Acesso em: 15 dez. 2017; e Marido manda fotos da mulher a amigos após espancá-la até a morte. Ao enviar as imagens, ele dizia que a esposa estava “sob controle”. **O Umarizalense**, 20/12/2017. Disponível em:

Neste capítulo, portanto, dedicado ao caso espanhol, expõe-se a argumentação legislativa que culminou na aprovação da *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, de agora em diante simplesmente LVG, bem como os desenvolvimentos posteriores.

Por argumentação legislativa, recorde-se, são considerados os momentos pré-legislativo, legislativo propriamente dito e pós-legislativo, com a inevitável incursão nos contextos nem sempre captáveis pela simples leitura da lei pronta, bem como em algumas discussões doutrinárias e considerações sobre os argumentos surgidos em cada um desses momentos.

Faz-se uma reconstrução de como se desenvolveram os debates sobre a questão, desde os primórdios, a forma como foi construído o problema social no âmbito da opinião pública, da mídia, como a discussão chegou no Poder Legislativo, as emendas formuladas e modificações feitas no curso do processo legislativo, até o que aconteceu após a aprovação da LVG, juntamente com os seus efeitos, as principais críticas feitas pela doutrina e como se deram a aplicação por parte dos operadores e a interpretação no âmbito do Poder Judiciário.

O capítulo foi dividido em oito partes. Na subseção 3.1, faz-se a revisão das intervenções legislativas anteriores à lei analisada, sem o que qualquer comentário sobre a gênese da LVG seria incompleto. São apontadas as características gerais dessas leis prévias e as sutis evoluções que foram tendo ao longo do tempo, naturalmente não sem muitos defeitos a criticáveis.

Na sequência, no item 3.2, são descritos os antecedentes propriamente ditos da LVG, bem como analisada sua exposição de motivos. No item 3.3, faz-se a descrição do projeto de lei enviado ao Parlamento, expondo seus contornos gerais. No 3.4, são apresentados os argumentos de importantes atores no cenário espanhol e que de alguma maneira marcaram os debates subsequentes dentro do Parlamento e no momento pós-legislativo.

Logo, são apresentados os aspectos formais e procedimentais da tramitação que o projeto de lei recebeu dentro do Poder Legislativo (seção 3.5). Trata-se de ver como o desenho do processo legislativo pode influenciar o debate. Em seguida, aprofunda-se no debate parlamentar, nos aspectos argumentativos desse momento legislativo e no que pode ser inferido dos elementos encontrados (item 3.6). Trata-se do coração da argumentação legislativa.

Na seção 3.7, as atenções se voltam para a lei aprovada e para a argumentação pós-legislativa. Tratando-se de um tema extremamente complexo, delicado e, além disso, polêmico, reputou-se necessário completar a análise sinalizando os contornos da continuação dos debates sobre tal problema social, qual seja, a violência contra a mulher, bem como algumas conclusões parciais sobre a questão (no item 3.8). É dizer, a argumentação pós-legislativa, ou como a argumentação legislativa foi aceita.

Aqui, insista-se, o foco é a análise de como foi sendo construída a argumentação legislativa concretamente – e os respectivos contextos, leituras, críticas e perspectivas que se depreendem disso –, não o aprofundamento das concepções teóricas por trás das discussões, seus equívocos e acertos. Ocorre que, tratando-se de um tema sumamente carregado de ideologia (nem que seja a dos seus detratores), especialmente as oriundas das teorias e dos movimentos relacionados ao feminismo, tornou-se inevitável fazer algumas explicações de ordem mais conceitual e teórica sobre esse movimento.

Tais incursões na teoria feminista foram feitas somente quando se reputaram necessárias e na justa medida necessária para esclarecer conceitos chaves e ajudar a compreender algumas partes das argumentações expostas, sem maiores pretensões críticas sobre essas perspectivas teóricas (feminismo, ideologia de gênero, etc.). Assim, a certa superficialidade com que foram tratados alguns conceitos e tudo o que envolve o movimento feminista foi consciente e intencional, porquanto escapam ao objetivo central do presente trabalho, mais preocupado com o debate no Parlamento, ou em como tais correntes foram por ele assimiladas, do que com as correntes propriamente.

Definida brevemente essa metodologia, passa-se ao que interessa.

3.1. Leis anteriores e contornos dos debates prévios

Para que se possa compreender adequadamente a argumentação legislativa espanhola por ocasião da LVG é necessário voltar no tempo à década de 1980, quando do surgimento das primeiras discussões públicas sobre a violência contra a mulher. Foi um pouco antes, como sabido, no final da década de 1970, que eclodiram o feminismo² e os movimentos de

² Como dito, foge às pretensões desta tese discutir as questões que envolvem o feminismo. Para o que interessa agora, basta dizer muito resumidamente que o feminismo é ao mesmo tempo uma teoria, um movimento social e uma ética propondo uma maior igualdade entre homens e mulheres. Compreender essa forma de pensar e agir como a busca por parte das mulheres em imprimir aos homens as opressões a que estão submetidas, invertendo a lógica atual, ou simplesmente como o contrário do machismo, é equívocado.

mulheres. E justamente nos anos seguintes se situa o período histórico em que apareceram as legislações e políticas públicas voltadas ao tratamento do tema.

No Parlamento Europeu, remonta a 1986 o início do processo que resultou na aprovação de diversas resoluções sobre as agressões às mulheres, pornografia e violação aos direitos fundamentais das mulheres.

A questão da violência contra a mulher ganhou dimensão pública na Espanha especificamente a partir de 12 de maio de 1989, quando a Comissão de Direitos Humanos do Senado espanhol publicou o *Informe de la Comisión de Relaciones con el Defensor del Pueblo y de los Derechos Humanos encargada del estudio de la mujer maltratada*³. Esse documento serviu de impulso ao reconhecimento da relevância social do tema e da necessidade de separá-lo do âmbito íntimo e privado das relações familiares⁴.

Paralelamente à atuação das instituições públicas, o movimento feminista teve grande contribuição nessa etapa de reivindicação de um debate público sobre a realidade dos maus-tratos contra a mulher e o consequente reconhecimento de que se trata de um fato estrutural, produto de razões históricas e culturais que condicionam sua existência. Entretanto, como se poderá ver mais adiante, essa vertente feminista logo foi obscurecida em prol de um modelo legislativo que “explica” a violência contra a mulher como um problema de “segurança individual”⁵.

De acordo com o mencionado informe do Senado espanhol, foi em 5 de novembro de 1986 a sessão em que se decidiu colher dados e investigar o estado da questão, aproveitando os trabalhos de uma iniciativa anterior, com o objetivo de elaborar propostas concretas para erradicar a violência doméstica contra as mulheres e amenizar suas graves consequências tanto no plano individual, quanto no familiar e social.

Trata-se de um documento valioso para o estudo do tema, de leitura obrigatória, especialmente pela clareza e atualidade do diagnóstico que faz (mesmo já passados tantos anos de sua confecção), bem como o cuidado com que trata da questão. Vale a pena, portanto, dedicar alguns parágrafos para sintetizá-lo.

³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Serie I, Boletín General, n. 313, de 12 de mayo de 1989. Senado. III Legislativa. Disponível em: <http://www.senado.es/legis3/publicaciones/pdf/senado/bocg/I_0313.PDF>. Acesso em: 6 out. 2017.

⁴ MAQUEDA ABREU, María Luisa. 1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.). **La violencia de género en la ley**: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 113-130, p. 113.

⁵ BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. Las políticas públicas contra la violencia patriarcal en España y en Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de. **Revista da EMERJ**, v. 15, n. 57 (Edição Especial – I Encontro Internacional sobre violência de gênero Brasil-Espanha), 2012, pp. 43-58.

O lúcido informe de 1989 reconhece, pela primeira vez na Espanha, a raiz histórica e cultural dos maus-tratos às mulheres, inclusive com permissão legal para tanto, remontando à época em que as mulheres eram consideradas “bens” do homem (pai ou marido) e sobre os quais este podia exercer controle exclusivo. Mesmo com a evolução dos ordenamentos jurídicos e a correção *de jure* desta injustiça – registra o documento –, as práticas continuaram contando com a tolerância.

A respeito das causas, o informe aponta tanto os fatores desencadeantes da agressão concreta (o álcool, drogas, o desemprego, a pobreza, etc.), como a situação estrutural de desigualdade real em que ainda se encontra a mulher dentro da sociedade, tendo como manifestação a dependência econômica; a divisão de papéis e funções dentro da família, fazendo com que a mulher continue tendo uma função subordinada; a manutenção de estereótipos sexuais, como causas mais profundas dos maus-tratos às mulheres. Dessa forma, de acordo com o documento, os primeiros fatores não são muito mais que causas “próximas”, acidentais e coadjuvantes na persistência dos maus-tratos às mulheres, já que se trata de um tipo de violência que não encontra fronteiras, nem é exclusiva de um grupo ou classe social, afetando um grande número de mulheres.

Explica o informe do Senado espanhol que o âmbito no qual se desenvolvem os maus-tratos, qual seja, a família, a relação amorosa (*relación de pareja*) ou a convivência dentro de um espaço doméstico privado, caracteriza essa forma de violência, diferenciando-a das demais, o que a torna menos transparente, mais complexa e mais difícil de prever e erradicar. Isso, somado à concepção “patriarcal”^{6, 7} predominante, faz com que se trate de um “assunto privado”, o que provoca, como consequência, uma ocultação social de sua existência e uma falta de consciência da sociedade e dos agentes públicos em contato com a questão (médicos, juízes, policiais, testemunhas, vizinhos, parentes, etc.).

⁶ O conceito de patriarcado é bastante usado no jargão do feminismo para referir-se ao sistema social no qual os homens adultos mantêm o poder primário e predominam em funções de liderança política, autoridade moral, privilégio social e controle. Na teoria feminista, mais do que ressaltar essa característica predominante, busca-se enfatizar a injustiça do sistema e a opressão que implica às mulheres, porquanto presentes diversos mecanismos de opressão e dominação masculina sobre essas. As feministas mais ativistas e radicais chegam a afirmar que o sistema patriarcal tornou as mulheres simples objetos de satisfação sexual dos homens, reprodutoras de herdeiros e de força de trabalho (CISNE, Mirla. **Feminismo e consciência de classe no Brasil**. São Paulo: Cortez Editora, 2015, p. 74). Para referir-se à mesma ideia, o vocabulário feminista já usou os termos “chauvinismo masculino” e “sexismo”, que caíram em desuso após as décadas de 1970 e 1980. Entretanto, o desuso de alguns sinônimos não alcança o conceito propriamente dito, bastante frequente na literatura feminista. Em outras áreas, o termo patriarcado assume outros significados. Literalmente, por exemplo, quer dizer “a regra do pai”. Para os fins desta tese, entenda-se a referência de forma mais genérica à ideia de “dominação masculina”.

⁷ Para um interessante estudo sobre as origens do patriarcado, confira-se: COBO, Rosa. **Fundamentos del patriarcado moderno**. Jean Jacques Rousseau. Valencia: Ediciones Cátedra, 1995.

Segue o documento senatorial pontuando que tal âmbito doméstico proporciona, ainda, outra característica dessa violência que dificulta sobremaneira o tratamento judicial e policial como crime: a dificuldade da prova, o que beneficia a impunidade do delito. Além disso, o agressor é uma pessoa de quem a vítima depende sentimentalmente e muitas vezes economicamente, de modo que o grau de tolerância do crime por parte da própria vítima é muito maior do que em outros casos.

Do ponto de vista jurídico, menciona que a Constituição espanhola de 1978 estabeleceu a igualdade de sexos (art. 14⁸), o direito da pessoa à liberdade e à segurança (art. 17⁹), à vida, à integridade física e moral, sem que possa ser submetida à tortura, nem a tratamentos desumanos ou degradantes (art. 15¹⁰), e a intimidade pessoal e familiar (art. 18¹¹), bem como a obrigação dos poderes públicos de garantir tais direitos (art. 53¹²).

O informe, então, repassa dados, números e estatísticas que revelam a magnitude do problema; expõe os serviços sociais então existentes, destacando as “Casas Refúgio” (àquela época já implantadas em quase todas as Comunidades Autônomas); e critica a falta de dados globais sobre o tratamento judicial dado à questão, porque a quantidade de denúncias

⁸ “Artículo 14. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.”

⁹ “Artículo 17. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.”

¹⁰ “Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.”

¹¹ “Artículo 18. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.”

¹² “Artículo 53. 1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). 2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.”

formalizadas era ínfima, já que o pensamento social predominante era a de que os maus-tratos à mulher são um assunto privado (não um crime contra a pessoa).

Tal mentalidade – explica o relatório – afeta também às próprias mulheres que, diante da situação de maus-tratos e tentando sair dela, caem em sentimentos de culpa, “aceitam” a agressão e, de certa maneira, demoram a se dar conta de que não só não são culpadas da situação, mas sim são as vítimas. Essa é uma das explicações para o baixo número de denúncias apresentadas – avança o relatório –, ao que devem ser somados os fatores ambientais, a situação em que vivem, o entorno social em que se desenvolvem, o desconhecimento de seus direitos, a dependência econômica (se têm que abandonar o domicílio conjugal), os problemas quando envolvem os filhos existentes. Tudo isso igualmente conduz as mulheres a uma situação de grande deterioração psicológica.

A respeito do perfil da mulher maltratada, o documento traz suas características mais frequentes e conclui que a principal dificuldade dessas mulheres para iniciar uma vida própria, de forma autônoma, é a falta de trabalho e moradia.

No que diz respeito aos maus-tratos, o documento os divide em físicos e psíquicos e, naturalmente, os que envolvem ambos (psicofísicos). Traz, ainda, uma tipologia dos maus-tratos, retomando as considerações sobre a causalidade e as consequências para justificar a necessidade de penalização social das condutas, para quebrar a cadeia de violência, com base na convicção de que violência gera violência.

O informe, então, historia as ações levadas a cabo pelas instituições espanholas: Ministério do Interior, órgãos envolvidos na Administração da Justiça, Ministério de Assuntos Sociais e as Comunidades Autônomas.

Reconhece que a redação do Código Penal espanhol de então não era a adequada para lidar com a situação concreta. Além disso, considerou que o tratamento do problema requeria uma perspectiva multidisciplinar, minimamente: 1) a formação de mais conhecimento e pesquisas sobre a questão, dado que as informações disponíveis então eram parciais, incompletas e não-sistemáticas; 2) a prevenção dos maus-tratos, com ações de informação direcionadas a provocar uma mudança de mentalidade para que se deixasse de considerar o problema como algo privado e voltadas para mudar o *status* de desigualdade da mulher na sociedade, considerada a causa profunda do problema; 3) medidas no terreno policial e judicial, com a criação de mais serviços de atenção especializados; e 4) serviços sociais, recomendando uma série de medidas desde a assistência social, saúde à educação ou emprego.

Naquele momento, mesmo reconhecendo o marco geral da violência que a sociedade produz sobre a mulher – a dependência, a desigualdade, o assédio no trabalho, agressões sexuais, violações (estupros), comércio de mulheres, prostituição, etc. –, o informe delimitou seu alcance exclusivamente à violência sofrida dentro do âmbito familiar, privado.

Na redação do relatório, nota-se uma clara influência das ideias feministas, como, por exemplo, a consideração da violência contra a mulher como um fenômeno estrutural, produto de razões históricas e culturais, e a especificidade desse problema (a violência contra a mulher), o que justificaria um tratamento diferenciado das demais formas de violência contra a pessoa. Cuidadosamente escrito, no entanto, o documento evitou enfatizar seu foco na violência *en la pareja* (nas relações amorosas, cometida pelo cônjuge ou companheiro sentimental, atual ou ex), de forma separada daquela praticada por outros membros da família.

Essa não diferenciação das violências é um aspecto importante, pois as primeiras legislações sobre a questão incorreram em uma verdadeira confusão, misturando as etiquetas (reunindo fenômenos diversos) – a violência contra a mulher, violência doméstica, violência intrafamiliar, juntamente com a violência praticada pelo cônjuge ou companheiro (atual ou ex) e a violência praticada pelos demais membros da família – como se fossem o mesmo, uma única categoria. No entanto, são fenômenos diversos.

No futuro tal escolha veio a ser considerada um “descuido” ou verdadeiro equívoco legislativo e o fato é que essa abordagem específica da violência contra a mulher nas relações amorosas – separando-a das demais modalidades de violência praticadas no contexto intrafamiliar – demorou a ser acolhida no ordenamento espanhol. Por ora, guarde-se o ponto, que será retomado oportunamente.

Por agora, é suficiente registrar que esse importante documento elaborado pelo Senado espanhol embasou uma reforma penal no mesmo ano em que publicado: a *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal*, que inseriu no então vigente Código Penal espanhol de 1973, o novo artigo 425¹³, de acordo com o qual quem habitualmente, e com qualquer propósito, exerce violência física contra seu cônjuge ou pessoa a que esteja vinculado por uma relação de afetividade análoga, bem como sobre os filhos sujeitos a seu pátrio poder, ou tutelado, menor ou incapaz sob sua tutela ou guarda de fato, será punido com a pena de prisão.

¹³ Eis a redação do dispositivo em comento: “**Artículo 425.** *El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor.*”. Antes da lei de 1989, o referido artigo trazia outro tipo penal (o de mutilação com o propósito de eximir-se do serviço militar obrigatório).

Chama a atenção que não se tenha feito qualquer menção específica à “mulher” como vítima. A linguagem completamente neutra da exposição de motivos também se estendeu à redação do tipo penal criado pela nova lei de maus-tratos no âmbito familiar. E mais, da forma como foi redigido, permitia a punição do agressor independentemente do gênero, embora pareça desnecessário frisar que as principais vítimas eram as mulheres.

Na exposição da motivos que acompanhou essa lei, explicou-se que a novidade legislativa se destinava à proteção dos “membros fisicamente mais frágeis (vulneráveis) da família” em face das condutas sistematicamente agressivas de outros membros do grupo familiar, ressaltando a habitualidade dos maus-tratos, a exigir uma interpretação conjunta da sucessão de faltas¹⁴.

Essa linguagem imparcial – ou indiferente, acusaram depois alguns setores mais críticos do feminismo¹⁵ – acabava negando o verdadeiro problema (na verdade, sua causa profunda): a violência estrutural contra a mulher, ou seja, uma sociedade predominantemente patriarcal, machista e misógina¹⁶ que faz uso instrumental da violência para a perpetuação da dominação masculina. Guarde-se esta ideia, pois é importante para a compreensão da argumentação legislativa aqui analisada, como será retomado adiante.

Logo após sua edição, aplaudiu-se a inovação legislativa de 1989, a qual de fato representava um aperfeiçoamento em relação aos tipos até então existentes de lesões corporais em sentido estrito (que figuravam entre os artigos 418 e 427 do Código Penal de 1973). Nada obstante, logo foi crescendo a sensação de que o novo tipo penal de maus-tratos era insuficiente para afrontar o problema social subjacente. Ainda assim, sua *ratio* foi essencialmente mantida na reforma penal seguinte, ocorrida em 1995, que instituiu um novo Código Penal na Espanha.

A *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, abrigou o tipo de maus-tratos no artigo 153¹⁷, localizado sistematicamente da mesma forma que o anterior,

¹⁴ No original: “Respondiendo a la eficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual.”.

¹⁵ Por exemplo, entre outros: MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios penales sobre violencia doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, pp. 659-688.

¹⁶ A misoginia, que significa o ódio ou a simples aversão às mulheres, também é outra palavra frequente no vocabulário feminista.

¹⁷ Estava assim redigido: “**Artículo 153.** El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.”

dentro do título dedicado às lesões, o que continuou despertando críticas por parte da doutrina. Isso, sob o argumento de que o bem jurídico protegido no tipo de maus-tratos intrafamiliares teria mais a ver com a integridade moral (e a saúde) ou mesmo o direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante. Além disso, o tipo de maus-tratos claramente pode ser consumado sem a ocorrência de qualquer ferimento físico, daí a impropriedade de sua localização entre as lesões.

Houve alguns retoques no tipo reformado em 1995, tendo a nova norma: a) ampliado os sujeitos passivos (para incluir, além dos filhos próprios, os do cônjuge ou convivente, e os ascendentes); b) inserido a exigência de convivência; c) aumentado a pena (no tipo anterior, a privação de liberdade era de um mês e um dia a seis meses, ao passo que no novo se incrementou para de seis meses a três anos); e d) mencionado de forma expressa a possibilidade de concurso com outros tipos penais (especialmente o de lesões corporais).

Conforme historia Lorenzo Morillas Cueva¹⁸, a doutrina continuou reputando o tipo insuficiente para um tema que cada vez mais demandava ações mais contundentes e completas.

No âmbito comunitário, em 14 de abril de 1997, o Parlamento Europeu aprovou a Resolução sobre a violação dos direitos das mulheres, na qual se afirma que os direitos das mulheres constituem uma parte inalienável, íntegra e indissociável dos direitos universais das pessoas, de modo que os direitos das mulheres são parte integrante dos direitos humanos.

Ainda nesse plano comunitário, em 16 de setembro do mesmo ano de 1997, aprovou-se uma nova resolução (A4-0250/1997) para promover uma campanha de tolerância zero em face da violência contra a mulher, convidando os Estados-membros a elaborar legislações específicas para a proteção das vítimas de violência baseada no gênero e promover a elaboração de estatísticas. A resolução textualmente afirma que essa violência reflete o desequilíbrio nas relações de poder e representa um obstáculo para superar as desigualdades na sociedade.

Foi então quando, em 17 de dezembro de 1997, um crime bárbaro comoveu o país: Ana Orantes Ruiz (60 anos) foi queimada viva por seu ex-marido, José Parejo (61 anos), diante da filha de ambos de 14 anos à época^{19, 20}. O episódio teve grande repercussão e gerou

¹⁸ Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios penales sobre violencia doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, pp. 659-688, p. 661.

¹⁹ O crime aconteceu no quintal da casa em que o ex-casal morava, mesmo estando separado há mais de dois anos quando do delito. O ex-casal ainda convivia porque a sentença judicial que tinha determinado a separação dos dois os obrigou a continuar coabitando sob o mesmo teto: a mulher vivia com seus dois filhos no primeiro andar da casa, enquanto o homem vivia no andar de baixo. De acordo com os vizinhos, as agressões, brigas e

discussões eram frequentes e também a última ação foi precedida de uma forte discussão, e, ato contínuo, o homem deu uma surra, amarrou a mulher, jogou gasolina e ateou fogo. O caso também ganhou grande repercussão também porque Ana Orantes Ruiz tinha ido a um programa de televisão no dia 4 de dezembro de 1996, cerca de um ano antes, para denunciar os constantes maus-tratos sofridos. Segundo consta, nessa ocasião Ana Orantes Ruiz contou as surras que levava, as relações sexuais às quais era forçada quando o marido chegava bêbado em casa, isso ao longo dos 40 anos de casamento (com 8 filhos em comum). Relatou, ainda, que havia denunciado seu agressor em pelo menos 15 ocasiões e que temia por sua própria vida. Ana Orantes Ruiz foi a vítima número 59 desse ano de 1997, no qual morreram no total 97 mulheres pelas mãos de seus familiares. Em sua memória, foi erguido um monumento no município de Cúllar Vega, perto de Granada, onde aconteceu o crime. José Parejo foi condenado a 17 anos de prisão e morreu na cadeia em 2004. Mais detalhes sobre a história podem ser encontrados em: *Un hombre mata a su ex mujer prendiéndole fuego tras atarla*. **El mundo**, 18 nov. 1998, versão *online*. Disponível em: <<http://www.elmundo.es/elmundo/1997/diciembre/18/nacional/malostratos.html>>. Acesso em 26 jul. 2017; *Un centenar de personas despide entre aplausos el ataúd de la mujer quemada viva por su ex marido*. **El país**, 19 dez. 1997, versão *online*. Disponível em: <https://elpais.com/diario/1997/12/19/esp_ana/882486023_850215.html>. Acesso em 26 jul. 2017; e *Muere en la cárcel el asesino de Ana Orantes, a quien quemó viva*. **ABC**, 17/11/2004. Disponível em: <http://www.abc.es/hemeroteca/historico-17-11-2004/abc/Nacional/muere-en-la-carcel-el-asesino-de-ana-orantes-a-quien-quemo-viva_963477426556.html>. Acesso em: 6 out. 2017. Um trecho do programa de televisão em que apareceu Ana Orantes Ruiz está disponível em: <<https://youtu.be/kD-u5G3MkJE>>. Acesso em: 6 out. 2017.

²⁰ No dia 13/12/2017, a filha de Ana Orantes Ruiz que presenciou o assassinato da própria mãe, Raquel Orantes, teve publicada uma emocionante carta dirigida a sua mãe. Confira-se um pequeno trecho (destaques no original): ***“Hola, mamá. Te escribo en la distancia y pasado el tiempo, pero con la esperanza de que mis palabras lleguen de alguna manera a ti. Hace ya 20 años que te arrancaron de nuestras vidas. Un desgraciado 17 de diciembre que ha marcado nuestras vidas de tu ausencia y ha llenado de lágrimas cada día. Me gustaría decirte que tu testimonio, ese con el que rompiste un silencio para denunciar un matrimonio de más de 40 años de maltrato, ha quedado marcado en la memoria de un país que hoy en día te recuerda; que muchas mujeres ven reflejado su dolor en tu dolor; que gracias a ese acto de valentía impulsaste, por fin, la creación de una ley integral contra la violencia de género; y que, en muchos casos, denuncias como la que tú realizaste no quedan impunes. Me gustaría contarte que ni una mujer más ha tenido que abandonar su hogar, como lo hacías tú cuando tu agresor rompía en cólera, con todos nosotros avanzando delante de tu partida. Me gustaría contarte que las sentencias son justas, que los jueces no las siguen “interpretando”. Que al igual que tú, ninguna mujer tiene que convivir con su maltratador, que ninguna mujer, aunque haya roto la relación, tiene que vivir con el miedo de que en cualquier momento su agresor entre en casa. Que ningún hijo o hija tiene que permanecer alerta en sus sueños como lo hacíamos nosotros. (...) Me encantaría decirte que todo ha cambiado. Que hay voluntad política, que las movilizaciones sociales son a una, y que todas las personas que trabajan para que se erradique la violencia hacia la mujer han conseguido avanzar. Ojalá decirte que hoy en día hijos e hijas de mujeres valientes como tú no somos los grandes olvidados de la barbarie. Desearía contarte que nos protegen, que ya ningún niño ni niña llora en silencio su desgracia, acurrucados como lo hacía yo en la soledad gris y triste de su habitación. Que esos críos ya no son maltratados, mutilados psicológicamente, arrancados de sus hogares, asesinados en muchos casos... Pero, mamá, eso no es así. Las víctimas, palabra que no me gusta porque somos supervivientes de la violencia -y tú lo sabes mejor que nadie-, siguen siendo las mismas. Siguen asesinando con impunidad; seguimos siendo, desgraciadamente, ciudadanas de segunda; y ley, hoy por hoy, no ha conseguido todo lo que debería. Sabes que nuestras vidas, como hijos, nunca ha sido fácil. Presenciamos demasiadas peleas y agresiones; muchas de ellas, en carne propia. Sufrimos tanta hostilidad y desprecio de una persona que, se suponía, te quería, nos quería, pero que nos consideraba tan sólo objetos de su dominio, juguetes que manejaba a su antojo. Un ser destructor, autoritario, frío y agresivo en casa, pero gentil y agradable de puertas para afuera. (...) Te echo tanto de menos, mamá. Me haces tanta falta... En mis decisiones, en mi camino, en mi vida. Has sido y serás la mujer más valiente y honesta que he conocido. Me has inculcado valores, y me has educado desde el respeto y el cariño. Has sido capaz de sacar adelante a tus 8 hijos, y has logrado que seamos hombres y mujeres de bien, como tú siempre has querido. Con el orgullo de un apellido, ORANTES, que significa todo. Cuanto daría, mamá, por que siguieras aquí. (...) Ojalá estuvieras aquí para poder escribir ese libro que querías, porque como tú decías, tenías experiencias para hacerlo. Te extraño cada día, estás en mí y eso me consuela pero daría mi vida por otro último abrazo tuyo. Te echo de menos y siempre estás en mi pensamiento y en mi corazón. Hasta que nos volvamos a encontrar... Te quiero, mamá.”*** A carta está disponível em: <http://cadenaser.com/programa/2017/12/13/hoy_por_hoy/1513184779_475648.html>. Acesso em: 13 dez. 2017.

um aumento exponencial, nos veículos de comunicação, das notícias envolvendo agressões a mulheres por seus cônjuges (ou ex), com o esperado peso na formação da opinião pública que solicitava mais providências por parte do governo para enfrentar a questão.

A mudança de perspectiva, convertendo o assunto em um problema urgente – provocada, enfatize-se, especialmente pela mídia espanhola²¹ –, fez com que o tema entrasse definitivamente na agenda dos políticos e das instituições governamentais no país. O caso de Ana Orantes Ruiz representou um marco no tratamento legislativo da violência contra a mulher.

Como era de se esperar, formou-se um grande consenso na Espanha: definitivamente, a resposta legal e do sistema jurídico penal eram inapropriadas para o tratamento da chamada *violencia en la pareja* (ou seja, nas relações afetivas)²².

Pouco tempo depois desse episódio (e talvez mesmo como consequência dele), o governo espanhol ecoou as demandas social e doutrinária que consideravam obsoleta e tecnicamente mal construída a plataforma para proteger as mulheres vítimas dessa condição, tendo elaborado o *I Plan de Acción contra la violencia doméstica*, aprovado por Acordo do Conselho de Ministros da Espanha em 30 de abril de 1998. Nessa ocasião, governava o Partido Popular, que havia ascendido em 1996.

O plano de ação tinha a principal pretensão de dar uma resposta à situação da violência que sofrem muitas mulheres e ao clamor social respectivo, traçando objetivos e medidas necessários para erradicar tal violência e possibilitar recursos suficientes destinados a amenizar as consequências ocasionadas^{23, 24}. Foi articulado em seis partes: a) sensibilização e prevenção; b) educação e formação; c) recursos sociais; d) saúde; e) pesquisa; f) legislação e prática jurídica. Nesta última parte, foram sugeridas novas modificações legislativas em reação ao tipo de maus-tratos habituais.

²¹ Nessa linha se manifesta SOTO NAVARRO, Susana. La delincuencia en la agenda mediática. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, n. 112, 2005, pp. 75-130.

²² A sequência de eventos ocorridos após o caso Ana Orantes Ruiz é muito bem relatada por MEDINA, Juan José. **Violencia contra la mujer en la pareja**: investigación comparada y situación en España. Valencia: Tirant lo blanch, 2008, pp. 37 e ss.

²³ À essa época, como historia Manuela Carmena Castrillo, já havia uma proposta formulada pelo Partido Socialista, e rejeitada pelo governo do Partido Popular de então, de elaborar uma lei integral, no lugar de um plano. Esse desacordo entre o governo e a oposição (sobre aprovar uma lei ou um plano) acabou sendo politizado – a ponto de, depois, o Partido Socialista ter inserido a aprovação de tal lei integral em seu programa eleitoral – e a discussão de fundo acabou assumindo caráter secundário. Os parlamentares, por seu turno, perderam uma janela de oportunidade para desenhar a melhor estratégia para eliminar a violência de gênero. (CARMENA CASTRILLO, Manuela. Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley integral de Violencia de Género. **Jueces para la Democracia**, n. 53, 2005, pp. 29-38, p. 32).

²⁴ Tal plano foi duramente criticado pelos grupos de mulheres, por incompleto e excessivamente setorial (MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Violencia de género versus violencia domestica. Uma reflexión a propósito de la Ley Integral. In: DÍAZ, María José Jiménez. **La Ley Integral: un estudio multidisciplinar**. Marid: Dykinson, 2008, pp. 19-36, p. 21).

Como consequência do plano, foram aprovadas duas leis em 1999: a *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal*, e a *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Mesmo tendo-se acolhido uma nova concepção normativa dos maus-tratos, esses continuavam sendo considerados algo fundamentalmente “familiar”, não uma “questão de gênero”²⁵. A principal novidade se refere à introdução da violência psíquica, até então sem qualquer cobertura legal no ordenamento espanhol, sob o rótulo dos maus-tratos.

²⁵ O uso da expressão “de gênero”, a despeito de sua polissemia, caiu no uso comum. Não existe, no entanto, uma definição genericamente aceita para o significado dessa expressão, nem sobre o que seja a chamada “ideologia de gênero”. Vários autores usam a expressão com significados diversos, inclusive contrários, o que gera grande dificuldade para delimitar seu significado. Tradicionalmente, o “gênero” era tomado como sinônimo de “sexo” (biológico). O advento da chamada “ideologia de gênero” subverte essa identidade de conceitos, passando a representar o “gênero” como uma construção social, um produto histórico-cultural desenvolvido tacitamente pela sociedade. De acordo com essa ideia, os seres humanos nascem iguais e os comportamentos “masculino” e “feminino” seriam projeções do que a sociedade e a cultura esperam que sejam típicos em cada caso. A “ideologia de gênero”, então, prega que tais comportamentos não precisam obrigatoriamente estar ligados ao sexo atribuído pelo nascimento. Resumidamente, o que defende essa ideologia é que o gênero é uma “construção social” desvinculada da biologia. Isso não se confunde com a orientação sexual (que pode ser heterossexual, assexual, homossexual, bissexual e pansexual, etc.). Existe uma ampla bibliografia e desenvolvimentos sobre esse tema. Para os fins desta tese, basta que se registre o principal objetivo do uso dessa expressão no âmbito da teoria feminista, qual seja, o de ressaltar a “o papel oprimido ocupado pela mulher”. A origem da chamada “ideologia de gênero” também é controvertida. Uns atribuem a obra de Friedrich Engels escrita em 1884, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, que teria aberto o caminho para desenvolvimentos marxistas posteriores no sentido de que, além da posse (propriedade), a autoridade (o patriarcado) também surge no âmbito familiar, como origem e sustentáculo da aristocracia capitalista. A mudança social desejada passaria, portanto, pelo ataque a essas estruturas familiares mantenedoras do *status quo*. Uma origem menos remota dessas teorias vincula a autoras como Kate Millet (em sua obra *Política Sexual*, de 1969), Shulamith Firestone (*Dialética do Sexo*, de 1970) e Simone de Beauvoir (*Segundo sexo*, de 1975). Contemporaneamente, a filósofa norte-americana Judith Butler é considerada a maior teórica da “teoria de gênero”. Autora de diversos livros sobre a temática (*Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*, de 1990, é tida como sua principal obra), são suas as ideias e conceitos que vêm sendo implementadas por um grande número de políticas públicas de direitos humanos e documentos internacionais firmados aos auspícios da ONU. Judith Butler é uma das fundadoras da chamada “teoria *queer*”, que busca ir além da oposição entre homens e mulheres, e avança nos estudos sobre os papéis sexuais de bissexuais, *gays*, lésbicas, transgêneros, também usando a premissa fundamental de que não existem papéis adstritos à natureza humana. Aqui, os comportamentos, inclusive a identidade sexual (e a orientação sexual), são frutos de construções sociais (e poderiam ser escolhidos). A teoria *queer*, portanto, funcionaria como uma espécie de “evolução” da ideologia de gênero, em uma perspectiva comprometida já não somente com as mulheres, mas sim com os socialmente estigmatizados por seus “desvios” sociais, mais próxima aos movimentos *gays* e lésbicos do que propriamente de mulheres. Como se pode imaginar, existe uma infundável discussão sobre todos esses assuntos em diversos campos do conhecimento, como a psicologia, antropologia, educação, sociologia e política, etc. Resulta muito difícil transitar por todas essas correntes e mesmo dentro da teoria feminista há críticas ao uso da expressão “de gênero” por se tratar de uma linguagem que encobriria as relações de poder entre os sexos. Essa é, por exemplo, a posição de Silvia Tubert (**Del sexo al género: los equívocos de un concepto**. Madrid: Ediciones Cátedra, 2003, p. 8). Judith Butler também se manifesta contra o uso indiscriminado do conceito “de gênero”, mas já por outras razões, porque entende que o gênero como interpretação cultural do sexo não compreende toda a “subjetividade do ser humano” (Idem, *ibidem*, p. 10). Diante de toda essa barafunda, no entanto, predomina dizer que a violência é “de gênero” com o significado de que é exercida com o propósito de perpetuar o *status quo* da “dominação masculina”, impedindo a igualdade real entre homens e mulheres. De todo modo, para evitar qualquer carga ideológica implicada na teoria de gênero, além da própria polissemia da expressão, bem assim em prol de uma maior clareza, nesta tese se usa preferentemente a expressão “violência contra a mulher”, reservando os outros termos (“de gênero”, machista, etc.) para as referências a terceiros autores que adotam tal léxico específico ou para quando se repetem as expressões constantes da própria lei.

As modificações da primeira lei se centraram em três blocos principais: um, de caráter geral, com destaque para inclusão da proibição de aproximação à vítima como pena acessória; dois, a ampliação da situação de matrimônio (ou relação análoga de afetividade) aos casos nos quais já se tenha desaparecido o vínculo matrimonial ou situação de convivência, bem como a previsão da violência psíquica (ou psicológica, até então inexistente) e a definição de habitualidade²⁶; e três, quanto à pena de limitação de fim de semana ou de multa, acrescenta a consideração da possível repercussão econômica que a pena possa ter sobre a própria vítima ou o conjunto do grupo familiar, e a supressão da exigência de denúncia da mulher para a persecução penal, exceto para a persecução das injúrias.

A segunda lei, em síntese: i) criou novas medidas cautelares, como a proibição de residir ou frequentar determinados lugares, de aproximar-se (*orden de alejamiento*) ou comunicar-se com determinadas pessoas (a mulher e filhos), conforme seja necessário (art. 544), inclusive como medida de adoção entre as primeiras diligências (art. 13), ii) permitiu a persecução de ofício dos maus-tratos (art. 104) e iii) introduziu a cobertura legal para se evitar, na medida do possível, a confrontação visual entre as vítimas ou testemunhas menores de idade e os processados (arts. 707 e 713).

À época, essa reforma em dose dupla representou mais um grande avanço no tratamento do tema, na medida em que completou e enriqueceu as disposições legais até então vigentes²⁷. Coincidentemente, o mesmo ano de 1999 havia sido declarado como o Ano Europeu contra a violência contra a mulher.

²⁶ Os critérios que orientam a consideração da habitualidade foram incluídos na própria redação dada ao art. 153: “*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*”

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.”.

²⁷ Assim se manifesta Lorenzo Morillas Cueva: “*Las señaladas incorporaciones de la prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares o comunicarse con ellos, de la violencia psíquica, de los sujetos que hayan estado casados o en convivencia more uxorio, de las premisas básicas de la habitualidad, de las faltas específicamente cualificadas, o de las medidas cautelares como primeras diligencias en la Ley, son todas ellas meritorias realidades de una acción, la lucha contra este tipo de criminalidad y su prevención, que aunque inacabada ha progresado de manera estimable y a la que necesariamente hay que continuar prestando relevante atención.*” (Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios penales sobre violencia doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, pp. 659-688, p. 664).

A riqueza da regulação de 1999 rendeu interessantes comentários e análises na doutrina²⁸. Entretanto, ficará para outro momento uma exposição mais detalhada, pois, por ora, a ideia aqui é mais apresentar o panorama de como a discussão na Espanha foi evoluindo e ganhando forma ao longo do tempo até chegar na lei de 2004 cuja argumentação legislativa será analisada mais detidamente.

Como já é possível perceber, essa trajetória crescente das discussões se deve, em parte, ao processo de aprendizagem institucional, que pode ser lento, mas observado; e em outra parte, à própria complexidade do problema social em questão. De fato, dificilmente uma única lei é capaz de resolver os assuntos de grande dimensão e complexidade, como é o caso da violência contra a mulher. Na verdade, há ocasiões em que nem mesmo várias leis serão capazes de resolvê-lo, ou seja, nenhuma lei é capaz de fazê-lo. Além disso, a própria dinâmica social parece estar em contradição permanente e, ao mesmo tempo em que se avançam nas medidas para a proteção da mulher, persistem (e surgem novos) desafios à atuação estatal.

Já se vê, portanto, que mais uma vez as previsões legais de 1999 não foram o suficiente para eliminar, sequer de modo parcial, o dramático e triste contexto da violência contra a mulher²⁹. Em se tratando desse tema, ademais, parece que o simples surgimento de novas leis provoca uma automática ampliação dos horizontes de atuação, com a imediata aparição de novas propostas de reforma para melhorar o tratamento jurídico dado.

Nesse sentido, em 11 de maio de 2001, o Conselho de Ministros da Espanha, ainda sob o governo do Partido Popular, aprovou o *II Plan Integral contra la Violencia Doméstica 2001-2004*, com o propósito de seguir o caminho do primeiro e também corrigir suas carências.

As medidas do plano foram agrupadas em quatro grandes grupos: a) medidas preventivas, sobretudo voltadas à sensibilização, educação e formação/capacitação; b) medidas legislativas e procedimentais para aperfeiçoar a cobertura legal e agilizar os processos; c) medidas assistenciais e de intervenção para dar uma resposta às necessidades

²⁸ Por exemplo, entre outros: BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José. Estudio de una regulación anunciada: El delito de maltrato habitual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pp. 403-450; MAQUEDA ABREU, María Luisa. 1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.). *La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 113-130.

²⁹ Há correntes que matizam tal afirmação quanto à (in)eficácia desse tipo de lei, argumentando sobre a dificuldade (na verdade, impossibilidade) de medir quantos homicídios (ou outros episódios de violência em geral) deixaram de acontecer por causa da lei. É dizer, a inexistência de um cenário alternativo que permitisse a comparação. O problema desse argumento é que costuma implicar um tom mais de acomodação do que de otimismo quanto aos resultados alcançados pela lei. É bem verdade que a eficácia é um conceito gradual, não tudo ou nada. No entanto, objetivamente, enquanto continuar existindo a violência, pode ser de apenas uma única mulher ao ano, a lei será mais ineficaz que eficaz, e não podem ser usadas quaisquer escusas para deixar de seguir tentando melhorar tais números. Mais diante esse debate será retomado quando da análise da LVG.

das vítimas, facilitando a denúncia, o acompanhamento de saúde, econômico, trabalhista e psicológico, bem como a até então inexistente reabilitação do agressor; e d) medidas de pesquisa, com o propósito de obter dados confiáveis e completos sobre a violência doméstica. Esse segundo plano reuniu diversas sugestões da *Fiscalía General* (equivalente ao Ministério Público no Brasil) e o *Consejo General del Poder Judicial* (homônimo do Conselho Nacional de Justiça brasileiro)³⁰.

Chega-se, assim, à quinta providência legislativa adotada pela Espanha, qual seja, a *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*. Nessa lei, pela primeira vez apareceu na exposição de motivos a expressão “violência de gênero”, embora ainda camuflada, como subespécie da violência doméstica. Assim se depreende da motivação: “*A violencia ejercida no entorno familiar e, em particular, a violencia de género, constitui um grave problema de nossa sociedade que exige uma resposta global e coordenada por parte de todos os poderes públicos*”³¹.

Nessa lei, como indica seu próprio nome, foram disciplinadas as chamadas “ordens de proteção”, ou seja, as medidas cautelares de ordem civil ou penal destinadas à vítima de “violência doméstica”, nas situações de risco à integridade física ou moral. Foi alterado o art. 544 ter da *Ley de Enjuiciamiento Criminal* para permitir que essas providências sejam solicitadas diretamente à autoridade judicial, bem como ao Ministério Público (*Fiscal*), polícia, serviços de atenção à vítima ou instituições assistenciais vinculadas à Administração Pública, situação em que tal requerimento é remetido de forma imediata ao juiz competente. As medidas podem ser de vários tipos, como saída do domicílio (*vivienda*) familiar, regime de custódia dos filhos, visitas, comunicação, prestação de alimentos.

Menos de dois meses depois, veio sexta lei reformadora do ordenamento espanhol nessa matéria, qual seja, a *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*³².

³⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. El derecho penal y la violencia doméstica. In: **Encuentros “Violencia Doméstica”**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 227-278, p. 245.

³¹ No original: “*La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos*”.

³² Uma coincidência cultural muito importante deve ser registrada. Nesse mesmo mês de setembro de 2003, foi lançado um filme de grande interesse sobre o tema da violência contra a mulher dentro das relações afetivas, chamado *Te doy mis ojos*, dirigido por Icíar Bollaín, com roteiro dela mesma e de Alicia Luna. Abordando o problema de forma real, atemporal, imparcial e com linguagem sensível e poética quase impensável para o tema, o filme deve ser visto obrigatoriamente por quem se interessa pela questão, já que infelizmente permanece atual. Logo após o seu lançamento, o filme ganhou diversos prêmios com o objetivo de contar uma história de amor, medo, controle e poder, conforme a diretora. Para maiores detalhes sobre o filme, sua repercussão à época e as contribuições que trouxe para a discussão do tema, confira-se: LIFANTE VIDAL, Isabel. Amor, dominación y

Conforme registra Lorenzo Morillas Cueva, a reforma em questão sofreu intensas modificações durante sua tramitação parlamentar³³, as quais inclusive teriam piorado a proposta original³⁴. Certamente isso explica a má-técnica legislativa empregada, com a confusa divisão da conduta criminal em subtipos com a pena agravada.

Muito resumidamente, a lei de setembro de 2003 alterou mais uma vez a redação do art. 153 do Código Penal espanhol, referente ao tipo penal de maus-tratos³⁵, mas dessa vez promovendo uma modificação substancial, pois transferiu parte do conteúdo para os parágrafos 1 e 2 do art. 173³⁶, dentro do Título VII das torturas e outros crimes contra a integridade moral. Ao que parece, essa providência veio atender uma das críticas doutrinárias quanto à correta localização do tipo de maus-tratos habituais no âmbito intrafamiliar no Código Penal (antes, como visto, o art. 153, estava situado no Título III sobre as lesões).

Derecho: uma reflexión a propósito de *Te doy mis ojos*. **InterseXiones**, n. 3, 2012, pp. 1-20. Aproveita-se para agradecer publicamente à Professora Isabel Lifante Vidal por ter apresentado ao tesouro que é esse filme.

³³ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. El derecho penal y la violencia doméstica. In: **Encuentros “Violencia Doméstica”**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 227-278, p. 272.

³⁴ Idem, ibidem, p. 273.

³⁵ A redação dada foi a seguinte: “**Artículo 153.** *El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.*

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.”.

³⁶ “**Artículo 173.** 1. *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

2. *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.*

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. *Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.”.*

A outra alteração promovida pela lei em comento foi a conversão automática das contravenções (*faltas*) em crimes (*delitos*) quando o sujeito ativo da conduta seja um homem e o passivo, uma mulher³⁷.

Mesmo a curta vida da reforma de 2003, que vigeu por menos de um ano, não a impediu de receber comentários de reservas quanto ao seu conteúdo. As principais críticas à novidade legislativa podem ser assim resumidas: a) o conceito de habitualidade permaneceu sujeito a avaliações excessivamente subjetivas, pois não foram estabelecidos critérios mais objetivos ou valorativos capazes de afastar a simples frequência (quantidade de vezes ou automatismo numérico), pelo qual somente a partir de determinada quantidade de repetições estará caracterizada a permanência no trato violento; b) os contornos gerais da violência psíquica igualmente ficaram sem qualquer delimitação; e c) a definição do papel do consentimento na violência doméstica, já que de acordo com o art. 155³⁸ do Código Penal espanhol a presença desse reduz a pena do tipo de lesão.

³⁷ Na exposição de motivos, encontram-se as razões para tais modificações. Eis o trecho: “O fenômeno da violência doméstica tem um alcance certamente multidisciplinar. É preciso abordá-lo com medidas preventivas, com medidas de assistência e intervenção social a favor da vítima, com medidas de incentivo à pesquisa e também com medidas legislativas destinadas a dissuadir a comissão desses crimes. Por isso, os crimes relacionados à violência doméstica foram objeto desta reforma com atenção preferencial, para que o tipo criminoso alcance todas as suas manifestações e que sua regulamentação cumpra seu objetivo nos aspectos preventivos e repressivos. A penalidade também foi aumentada de forma coerente e proporcional e todos os comportamentos que possam afetar o bem jurídico protegido foram incluídos. Nesta linha, em primeiro lugar, os comportamentos que são considerados no Código Penal como a contravenção de lesões, quando são cometidos no âmbito doméstico, são considerados crimes, o que abre a possibilidade de impor uma pena de prisão e, em todo caso, a pena de privação do direito à posse e ao porte de armas. Por esta razão, a falta regulada no artigo 617 é tecnicamente ajustada. Em segundo lugar, no que diz respeito aos crimes de violência doméstica cometidos com habitualidade, foram dotados de uma melhor sistemática, foi ampliado o círculo de suas possíveis vítimas e, em todo caso, é imposta a privação do direito à posse e porte de armas e aberta a possibilidade de o juiz ou tribunal determinar a privação de autoridade parental, tutela, curatela, guarda ou cuidados de acolhimento.”. No original: “*El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos. Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido. En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617. En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el juez o tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.*”

³⁸ A redação original estabelecia: “**Artículo 155.** *En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.*”. A *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*, deu a seguinte redação: “**Artículo 155.** *En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en*

A despeito de não ter sido utilizada a melhor técnica legislativa e das críticas doutrinárias, no geral, a reforma de 2003 foi considerada positiva³⁹. Isso, no entanto, jamais significa que não fosse necessário seguir melhorando seu conteúdo.

A sétima providência legislativa também foi praticamente simultânea: a *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Foram introduzidas várias modificações, especialmente quanto às penas – como a ampliação da duração mínima da pena de prisão, ampliação das penas de afastamento e não-aproximação à vítima, etc. –, as quais se deixa detalhar, porquanto se menciona a existência da lei com o único fim de introduzir o advento da oitava intervenção legislativa, que aqui será estudada com mais profundidade: a *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*.

Antes de entrar propriamente na análise da referida lei, convém enfatizar alguns aspectos que permearam as sete intervenções legislativas anteriores aqui brevemente mencionadas.

Como foi possível notar até agora, a legislação espanhola seguiu uma tendência de tratamento quase exclusivamente penal e redução do conceito de violência contra a mulher: em todos os casos, o âmbito de aplicação se limitou ao intrafamiliar. Ao mesmo tempo, claramente optou-se por uma não-diferenciação entre os tipos de violência sofrida pela mulher, equiparando os possíveis agressores dentro da família.

Em outras palavras, a violência cometida pelo cônjuge ou análogo (*violencia en la pareja*) teve o mesmo tratamento das outras formas de violências cometidas dentro do lar por outros parentes (ascendentes, descendentes, colaterais, etc.), os quais também poderiam ser sujeitos passivos do tipo de maus-tratos. Como comentado, ao que tudo indica, tratam-se de fenômenos diversos, mas que acabaram sendo agrupados sob uma única denominação.

Igualmente chama a atenção a linguagem normativa utilizada nas referidas leis até então, abstendo-se de usar as chamadas “categorias de gênero” (“violência machista”, etc.), usando o único rótulo da “violência intrafamiliar”, sem fazer referência ao gênero (sexo) do agressor ou da vítima. Ou seja, os tipos criminais permitiam que o homem também fosse sujeito passivo (e a mulher, ativo) dos tipos penais de maus-tratos e conferiam o mesmo tratamento punitivo quando agressora fosse uma mulher, com igualdade “absoluta” entre

uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.”

³⁹ MORILLAS CUEVA, Lorenzo. El derecho penal y la violencia doméstica. In: **Encuentros “Violencia Doméstica”**. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2003, pp. 227-278, p. 278.

homens e mulheres. Em outras palavras, a violência doméstica ainda não era uma “questão de gênero”, ao menos não ainda no universo jurídico-normativo (positivo) espanhol até então.

As características acima levaram um setor mais crítico da teoria feminista a considerar sexista a própria legislação que pretendia dar resposta à violência contra as mulheres⁴⁰. Para esse segmento, essa construção legislativa “neutra” minimizava o conflito (reduzindo o que são demandas sociais mais amplas a conflitos individuais, uma disputa entre apenas duas pessoas dentro da família), negando as relações de poder existentes em outros âmbitos da sociedade (trabalho, universidade, escola, etc.), deixando de considerar que a violência contra a mulher (mesmo a ocorrida no âmbito intrafamiliar) se trata de (parte de) um fenômeno mais amplo, estrutural, com raiz cultural⁴¹. “Doméstico” diz respeito apenas ao contexto em que praticada a violência, não correspondendo a uma categoria que pudesse abarcar propriamente todas as espécies respectivas. Os defensores dessa corrente compartilhavam a visão de que o problema da violência contra a mulher cometida por seus (ex-)companheiros sentimentais necessitava uma proteção legislativa diferente e específica.

Também foi objeto de crítica a ênfase no aspecto penal. Argumentou-se que as intervenções legislativas destinadas a combater o problema da violência contra a mulher se limitavam à tutela penal (punição do agressor), sem cuidar dos outros aspectos da proteção às vítimas.

Nada obstante tudo isso, o cenário que parecia propício à discussão dessas questões acabou se revelando um palco de disputa de diversos atores interessados em rentabilizar a visibilidade política da discussão, o que pouco contribuiu para racionalizar a resposta legal.

Conforme comenta Raquel Osborne⁴², de um lado, as instituições estavam empenhadas em capitalizar o interesse social e dar a impressão de que realizavam uma “política feminista”; ao passo que, de outro, o próprio feminismo, que estava desmobilizado

⁴⁰ Por exemplo, entre outros: BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José. Estudio de una regulación anunciada: El delito de maltrato habitual. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pp. 403-450; MAQUEDA ABREU, María Luisa. 1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.). *La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 113-130.

⁴¹ Outras críticas importantes à legislação espanhola, mas já relacionadas à aplicação, são a excessiva ênfase no perfil das vítimas e dos agressores, estigmatizando alguns coletivos. Afirma-se que são as mulheres estrangeiras, mais que as espanholas, as que sofrem violência. E, da mesma maneira, que os agressores são mais os homens estrangeiros. Um entendimento equivocado desse dado levaria à conclusão de que a cultura espanhola é menos machista. Ocorre que a única conclusão que se pode tirar é a tendência de esses grupos usarem mais o sistema penal espanhol, provavelmente, como ocorre em qualquer país, por serem os setores mais fragilizados. Em regra, são os vulneráveis os que recorrem ao sistema penal.

⁴² OSBORNE, Raquel. De la «violencia» (de género) a las «cifras de la violencia»: una cuestión política. *Empiria* (Revista de Metodología de Ciencias Sociales), n. 15, enero-junio, 2008, pp. 99-124, p. 104.

no país desde o fim dos anos 80, procurava se reorganizar, reconfigurar e remobilizar contra os maus-tratos às mulheres, que acabava de se converter em uma “questão política”.

A partir desse breve apanhado histórico, pode-se observar que a aprovação da *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LVG)* é a culminação de quase trinta anos de estudos, debates, reflexões, naturalmente repletos de intercorrências e experimentos legislativos prévios (relativamente ineficazes). O impulso legislativo, pode-se dizer, remonta a sucessivas tentativas e erros no tratamento do tema, foram cinco reformas na legislação penal espanhola entre 1989 e 2004⁴³, em um claro processo de aprendizado e aperfeiçoamento institucional.

A LVG, assim, não partiu de um vazio normativo anterior, tendo sido construída como reforma do que, entendia-se, não estava funcionando bem, ou seja, a partir da avaliação da (in)eficácia e (in)efetividade das leis anteriores. Em geral, quando isso se dá, as questões legislativas (os problemas concretos) já estão mais bem situados e existe uma maior clareza na solução que se apresenta. Isso até pode parecer um detalhe, mas marca a trajetória legislativa de uma lei reformadora, pois são propostas que tendem a encontrar menor resistência para aprovação.

Outro ponto deve ser esclarecido. Até pela própria natureza do tema, é reconhecida a participação do movimento feminista espanhol. No entanto, seria exagero dizer que a atuação dessas entidades de mulheres foi o principal móvel da nova lei, pois, como foi possível ver, a discussão já estava “politizada” há algum tempo na Espanha.

Da mesma maneira, tampouco se pode dizer que a investida legislativa tenha se iniciado após um crime bárbaro que tenha gerado comoção nacional a partir dos sistemas de imprensa, o que costuma acontecer com frequência quanto a diversas leis penais (embora se saiba que a LVG não é somente penal, envolvendo um espectro mais amplo, com outras medidas).

A afirmação se faz porque o caso de Ana Orantes Ruiz ocorreu em 1997, e tal crime já tinha sido o responsável pela onda de reformas legislativas ocorrida em 1999, tendo-se decorrido um longo período até a aprovação da lei aqui analisada, em 2004.

⁴³ Como já visto, foram elas: 1) *Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal*; 2) *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*; 3) *Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal*; 4) *Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*; e 5) *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*.

Enfim, feito esse apanhado de informações reputadas importantes para melhor compreender e avaliar a argumentação e o conteúdo da LVG, avança-se na sua análise propriamente dita.

3.2. Os antecedentes e a exposição de motivos

Na Espanha, um antecedente que parece ter sido bastante importante para a aprovação da LVG em análise foram as eleições gerais de março de 2004, tendo o governo passado ao comando do Partido Socialista. A aprovação de uma lei integral para combater a violência “de gênero” (como já tinham passado a denominá-la amplamente) tinha se tornado um compromisso assumido pelo ainda candidato a Presidente do Governo, José Luis Rodríguez Zapatero, durante a campanha eleitoral⁴⁴.

Sinalizando as políticas sociais entre as suas prioridades, o novo governo anunciou a criação de uma *Secretaria-Geral de Políticas de Igualdade* dentro do Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais. Esse gesto não se limitou ao plano simbólico e, concretamente, foi muito indicativo que justamente a LVG tenha sido a primeira proposta de lei enviada (e aprovada) na legislatura por esse governo.

Foi o novo órgão criado (a *Secretaria-Geral de Políticas de Igualdade*) quem elaborou o anteprojeto de lei para discussão dentro do governo. E já no Conselho de Ministros houve modificações ao anteprojeto de lei, antes mesmo do envio ao Parlamento.

Uma das principais características que se queria ver marcada na LVG era a mudança no discurso legislativo no que diz respeito à proteção da mulher. Como se acaba de ver, em um primeiro momento (a partir de 1989), a legislação espanhola havia adotado uma espécie de eufemismo, denominando como simples “maus-tratos” o que não podia receber outro nome que não “violência” praticada contra a mulher. Logo a realidade mostrou que se tratavam de condutas muito mais graves do que simplesmente “tratar mal”.

Entretanto, havia uma certa resistência em reconhecer o verdadeiro problema da violência dirigida contra a mulher, especialmente a praticada nas relações afetivas (*en la pareja*), predominando uma perspectiva de que se tratava de uma questão doméstica, íntima,

⁴⁴ Conforme narra Nuria Varela (**Feminismo para principiantes**. Barcelona: B De Bolsillo, 2013, p. 220), na campanha eleitoral do ano 2000, todos os candidatos se comprometeram a, se ganhassem as eleições, levar adiante uma lei integral. Nessa época, José María Aznar ganhou as eleições, mas não cumpriu sua promessa. Nesse contexto, em dezembro de 2001, o grupo socialista dentro do *Congreso de los Diputados* apresentou sua proposta de *Ley Orgánica Integral* contra a violência de gênero, entretanto essa proposta não foi aprovada. Após o debate celebrado no dia 10 de setembro de 2002, o resultado da votação foi o de 165 votos contra e 151 votos a favor. À época, todos os grupos políticos, à exceção do grupo popular, apoiaram a iniciativa. Então, como se vê, tratava-se de uma promessa de campanha antiga do partido socialista espanhol.

intrafamiliar, em uma clara confusão de etiquetas, como já comentado. E mesmo a consideração da especificidade da questão em um segundo momento (a partir de 1999) ainda foi tímida.

O advento da LVG, com a pretensão de abandonar a trajetória anterior, veio com a declaração de uma lei contra a “violência de gênero”, com caráter mais amplo. A escolha dessa expressão, como era de se esperar, recebeu diversas críticas⁴⁵. Como se verá mais adiante, a própria exposição de motivos (EM) afirma querer proteger a mulher a respeito de “todos os tipos de violência de gênero”, e não somente a que se manifesta no entorno doméstico ou familiar⁴⁶. No entanto, a sequência não é totalmente coerente, já que a lei dedica-se preponderantemente a esse campo mais restrito da violência – qual seja o doméstico ou intrafamiliar –, isto é, há uma contradição entre a declaração (a pretensão dita na lei) e o efetivamente feito.

A EM foi dividida em três partes: a primeira se dedica ao problema social a que se dirige a lei, qual seja, a violência de gênero; a segunda aborda o âmbito de aplicação da lei, ao mesmo tempo em que justifica (ainda que sem muita profundidade) a edição da lei; e a terceira, maior de todas, trata de explicar a estrutura e o conteúdo da lei, em uma espécie de resumo das principais medidas adotadas.

A argumentação da EM começa muito bem, afirmando de cara:

A violência de gênero não é um problema que afeta o âmbito privado. Ao contrário, se manifesta como símbolo mais brutal da desigualdade existente em nossa

⁴⁵ A *Real Academia Española (RAE)* – instituição fundada em 1713 com a missão de velar para que as mudanças que experimente a língua espanhola em sua constante adaptação às necessidades de seus falantes não quebrem a essencial unidade que mantém em todo o âmbito hispano –, chegou a elaborar um parecer completo sobre a expressão “*violencia de género*”. No documento, de 13 de maio de 2004, recomendando o uso da denominação “*violencia doméstica*” ou “*por razón de sexo*”, e não “*de género*”, por essa última forma representar um anglicismo, tradução direta das expressões usadas na IV Conferência Mundial da ONU sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995, “*gender-based violence*” ou “*gender violence*”. A RAE recordou que no espanhol não existe a tradição de usar a palavra “*género*” como sinônimo de “*sexo*”. Por outro lado, considerou que a expressão “*violencia doméstica*” tem um uso mais arraigado. Por fim, advertiu que a opção legislativa adotada resultaria decisiva para o uso comum da língua, admoestando o governo a rever o título da lei. O desfecho já é sabido, predominou a expressão “*violencia de género*”, pois o objetivo foi o de fazer alusão a uma categoria sociocultural que implica diferenças ou desigualdades de índole social, econômica, política, laboral, etc., assimilando que o termo “*doméstica*” alude somente a um dos contextos em que a violência é praticada. (La RAE recomienda usar la expresión ‘violencia doméstica’ y no ‘de género’. **Elmundo.es**, 27/05/2004. Disponível em: <http://www.elmundo.es/elmundo/2004/05/27/sociedad/108_5660217.html>. Acesso em: 26 out. 2017). Para mais detalhes sobre toda a polêmica, veja-se: VELANDO CASANOVA, Mónica. La RAE y la violencia de género: reflexiones en torno al debate lingüístico sobre el título de una ley. **Cultura, Lenguaje y Representación**, Revista de Estudios Culturales de la Universitat Jaume I, vol. II, 2005, pp. 107-124. O movimento feminista tomou a postura da RAE como uma resistência à causa (o combate à violência contra a mulher).

⁴⁶ É o que se infere da afirmação constante da EM no sentido de que “A lei pretende atender às recomendações dos organismos internacionais no sentido de proporcionar uma resposta global à violência que se exerce sobre as mulheres” (“*La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres.*”).

sociedade. Se trata de uma violência que se dirige sobre as mulheres, por serem consideradas por seus agressores carentes de direitos mínimos de liberdade, respeito e capacidade de decisão.⁴⁷

Na sequência, faz referência aos dispositivos da Constituição espanhola e do direito internacional que condenam esse tipo de violência. Afirma que as agressões às mulheres têm especial incidência na sociedade espanhola. De alguma maneira, reconhece que o problema social em questão é antigo – ao afirmar que hoje existe uma maior consciência (que em épocas anteriores) sobre as agressões às mulheres –, atribuindo às organizações de mulheres o esforço na luta contra todas as formas de violência “de gênero”. Registra textualmente: “*Já não é um ‘delito invisível’, e sim que produz uma rejeição coletiva e um evidente alerta social*”⁴⁸.

Na sequência, justifica a atuação do Estado:

Os poderes públicos não podem ficar alheios à violência de gênero, que constitui um dos ataques mais flagrantes a direitos fundamentais como a liberdade, a igualdade, a vida, a segurança e a não-discriminação proclamados na nossa Constituição. Esses mesmos poderes públicos têm, conforme o disposto no art. 9.2 da Constituição, a obrigação de adotar medidas de ação positiva para tornar reais e efetivos ditos direitos, removendo os obstáculos que impedem ou dificultam sua plenitude.⁴⁹

A EM encaminhada pelo governo não historiou as medidas legislativas adotadas anteriormente e evitou referir-se a quaisquer “falhas” ou “fracassos” na efetividade das leis anteriores em lograr reduzir o número de agressões contra as mulheres. Limitou-se a afirmar que as respostas até então existentes eram “parciais”, com textos dispersos e que era chegada a hora de uma resposta global à violência exercida contra a mulher. Já na versão final aprovada pelo Parlamento, foram incluídos os números das leis orgânicas anteriores, bem como acrescentado que a lei vinha atender as recomendações dos organismos internacionais no sentido de proporcionar a mencionada “resposta global”.

⁴⁷ No original: “*La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.*”

⁴⁸ No original: “*En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.*”

⁴⁹ No original: “*Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.*”

A EM adianta que a lei abarca tantos os aspectos preventivos, educativos, sociais, assistenciais e de atenção posterior às vítimas, como a normativa civil que incide no âmbito familiar ou de convivência. Explica que a violência contra a mulher é enfocada de modo integral e multidisciplinar, começando pelo aspecto de socialização e educação. Elenca as medidas de sensibilização e intervenção no âmbito educativo, da publicidade, sanitário, bem como as medidas de proteção voltadas para os menores que se encontram dentro do entorno familiar, vítimas indiretas ou mediatas dessa violência.

A terceira parte da EM já cuida de expor a estrutura da lei. Da proposta encaminhada pelo governo à aprovada pelo Parlamento, foram incorporadas diversas disposições que já serão objeto de comentário.

Entre os antecedentes mencionados na EM, estão a dimensão das agressões sofridas pelas mulheres, a necessidade de uma resposta estatal – faz-se referência à legislação existente, mas não aos problemas específicos e falhas da normativa em vigor⁵⁰ –, os avanços do direito espanhol quanto ao tema, bem como as recomendações internacionais⁵¹.

Na EM, chama a atenção, ainda, a escolha dos termos “violência de gênero” e “violência de gênero nas relações intrafamiliares”. Como já adiantado, houve uma certa ambiguidade no discurso da lei. Embora tenha pretendido combater a violência de gênero *lato sensu* (ocorrida nos diversos contextos da sociedade), a maior parte das medidas se destina unicamente à proteção da mulher no âmbito intrafamiliar.

De toda forma, o fato é que “violência de gênero” e “violência de gênero nas relações intrafamiliares” são expressões mais abrangentes do que as comumente faladas na

⁵⁰ Eis o trecho: “*En los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial. Todas ellas han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas.*”.

⁵¹ No seguinte excerto: “*La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Al respecto se puede citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Muy recientemente, la Decisión n.º 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.*”.

Espanha “maus-tratos”, “violência *en la pareja*” ou mesmo “violência doméstica”, por exemplo, representando uma grande virada no discurso legislativo sobre a questão.

Como já comentado, afirmar que a violência é “de gênero” dá uma outra dimensão à discussão do tema, sem prejuízo da enorme controvérsia em torno desse ponto⁵². O foco nas medidas legais, entretanto, realmente foi para essa última modalidade de violência, a praticada no contexto doméstico, que à época representaria 9 de cada 10 denúncias, embora esse número não conste da EM⁵³.

A propósito, uma falha grave da EM foi precisamente não ter mencionado estatísticas a respeito da violência contra a mulher. Em nenhum momento apareceram os números das vítimas de agressões em determinado intervalo de tempo, como se supõe que deveria ter sido feito, já que se trata de um problema social cuja dimensão se torna mais claramente visível a partir desses dados mostrando que a violência é alta e persistente, mesmo diante das várias medidas legislativas anteriores⁵⁴. A EM limitou-se a afirmar que as agressões

⁵² É que o uso da expressão “de gênero” atrai uma grande carga ideológica, sobretudo no que diz respeito à explicação desse tipo de violência praticada contra a mulher. Atribuir suas causas a um propósito de perpetuar a “dominação masculina” também implica consequências que agravam esse tipo de violência, notadamente a obstaculização da igualdade entre homens e mulheres. Desnecessário enfatizar que essa descrição da violência contra a mulher oriunda das teorias de gênero e feminista está longe de ser um consenso. Outras abordagens teóricas apontam para explicações diferentes do fenômeno, sem recorrer a formulações assim mais amplas e estruturais. Nesse sentido, por exemplo, são algumas as perspectivas criminológicas, outras psicológicas, etc.

⁵³ El Gobierno mantiene que la ley contra la violencia ampare sólo a las mujeres. **El país**, 26/06/2004. Disponível em: <https://elpais.com/diario/2004/06/26/sociedad/1088200802_850215.html>. Acesso em 11 out. 2004.

⁵⁴ Raquel Osborne (De la «violencia» (de género) a las «cifras de la violencia»: una cuestión política. **Empiria**. Revista de Metodología de Ciencias Sociales, n. 15, enero-junio, 2008, pp. 99-124) problematiza como até mesmo a compilação desses números da violência é uma questão política. A autora explica muito bem que a forma de abordar conceptualmente o problema dos maus-tratos influirá decisivamente nos resultados obtidos. Um conceito muito limitado (por exemplo, que as próprias mulheres declarantes tenham “se considerado” vítimas de “maus-tratos”) pode conduzir a uma cifra não correspondente à realidade, ao passo que albergar um leque muito amplo de situações sob o rótulo de “maus-tratos técnicos” leva a uma cifra que certamente extrapolará o conjunto da população. Concretamente, a autora lista treze situações consideradas para esse efeito [a existência de maus-tratos], quanto a um agressor que: 1) a impede de ver a família ou ter relações com amigos, vizinhos; 2) retira o dinheiro que a vítima declarante ganha ou não lhe dá o suficiente que necessita para sua manutenção; 3) a insulta ou ameaça; 4) decide as coisas que a vítima declarante pode ou não fazer; 5) em certas situações, produz-lhe medo; 6) não considera as necessidades da vítima declarante (a deixa no pior lugar da casa, a pior comida, etc.); 7) quando sente raiva, chega a empurrar e bater; 8) pergunta aonde vai sem ele, que não é capaz de fazer nada por si só; 9) diz que todas as coisas que faz estão mal, que a vítima é desajeitada; 10) ironiza ou não valoriza suas crenças (ir à Igreja, votar em algum partido político, pertencer a alguma organização); 11) não valoriza o trabalho que a vítima declarante realiza; 12) diante dos filhos, diz coisas para deixar a vítima declarante em um mau lugar; 13) insiste em ter relações sexuais, mesmo sabendo que a vítima declarante não sente vontade. A categoria dos “maus-tratos técnicos”, no entanto, é o que ajuda a revelar as situações de “maus-tratos ocultos”. A autoconsciência a respeito dos maus-tratos tem que ser considerada algo relevante? Parece não existir um consenso sobre a resposta certa. Não se trata de defender que “tudo é violência”, mas sim de afirmar que as situações de violência não surgem da noite para o dia, costumam ter seu início em “pequenos abusos” (ou “micro-machismos” para usar a expressão de Luis Bonino Méndez) como forma de o homem exercer controle ou dominação “suave”. Diante desse contexto – isto é, dos diferentes critérios para quantificar o que conta como violência –, é possível que não se tenham usado os números da violência em razão desse desencontro sobre o seu próprio conceito, evitando um embate adicional a respeito do que deve entrar para as estatísticas. Outra abordagem sobre os usos políticos da violência contra as mulheres

sobre mulheres têm “*especial incidência na realidade espanhola*”, sem maiores desenvolvimentos⁵⁵.

O esforço em justificar o caráter “integral” da lei se vê em mais de uma passagem na EM. A integralidade, recorde-se, enfatiza o caráter multidisciplinar, as várias frentes utilizadas para combater e amenizar os efeitos da violência doméstica, tangenciando providências além do âmbito penal⁵⁶. Logo na sequência, declara vagamente que “*a conquista da igualdade e o respeito à dignidade humana e à liberdade das pessoas têm que ser um objetivo prioritário em todos os níveis de socialização*”⁵⁷. Como se vê claramente, o trecho se absteve de referir-se de forma expressa à paridade entre o homem e a mulher, justamente quando pareceria ser essa a raiz profunda do problema. Guarde-se também esta ideia, sumamente importante para a compreensão da violência contra a mulher, a ser retomada adiante.

Mesmo no trecho em que se dedica a narrar as medidas penais, registra que a lei se destina à “*ciudadanía, coletivos de mulheres e especificamente para as que sofrem esse tipo de agressão*”, com o propósito de “*dar uma resposta firme e contundente e mostrar firmeza traduzindo-as em tipos penais específicos*”⁵⁸. Tal afirmação é interpretada como a consciência, por parte dos legisladores (mais precisamente, dos técnicos redatores do anteprojeto), das limitações do Direito Penal para acabar com o problema em questão, confiando mais em suas funções simbólicas⁵⁹.

pode ser encontrada em: PITCH, Tamar. La violencia contra las mujeres y sus usos políticos. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 19-29.

⁵⁵ Eis o trecho: “*En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.*”.

⁵⁶ Como comentado antes, após uma fervorosa discussão durante o governo do Partido Popular – que havia optado pela adoção de um plano em lugar de uma lei –, a aprovação de uma lei integral tinha se tornado uma promessa de campanha do Partido Socialista, que veio a ganhar as eleições em 2004. Sobre esse ponto, de forma bastante perspicaz, Manuela Carmena Castrillo critica a lei integral porque grande parte de seu conteúdo se limitou a anunciar que “*distintas áreas de sensibilização elaborariam seus planos*”, ou seja, repetiu as previsões já previstas nos planos integrais anteriormente aprovados durante o governo do Partido Popular. E o que foi pior, na opinião da autora, foi a falta de avaliação desses planos anteriores por ocasião dos trabalhos parlamentares de elaboração da lei já durante o governo do Partido Socialista. A mesma crítica quanto à falta de avaliação é repetida em relação às declarações de princípios e direitos feitas anteriormente. A autora pondera que, embora consolide, isso pode debilitar a confiança na lei. (Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley integral de Violencia de Género. **Jueces para la Democracia**, n. 53, 2005, pp. 29-38, p. 32).

⁵⁷ No original: “*La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización.*”.

⁵⁸ No original: “*Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos.*”.

⁵⁹ Nesse sentido: PRIETO DEL PINO, Ana María. La incidencia de la Ley Integral en el Derecho penal substantivo español. In: NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. de la Fuente; LIÑÁN GARCÍA, A. (Coords.). **Género y**

A LVG foi a primeira a inserir a chamada “perspectiva de gênero” no sistema jurídico espanhol. Diz-se que a introdução dessa perspectiva tem o objetivo de trazer visibilidade à posição subordinada das mulheres nos diferentes setores sociais e cuja origem não se deve à sua “natureza inferior”, nem a que tenham tido menos oportunidades ou menos educação, mas sim à estrutura de gênero sobre a qual está baseada a sociedade, que mantém as mulheres em posição subordinada aos homens de seu mesmo setor ou classe e com menor poder, relativamente, nesse contexto^{60, 61}.

A LVG também representou uma mudança significativa quanto ao enfoque puramente repressor predominante até então. Foram incluídas medidas extrapenais e preventivas destinadas a reforçar a autonomia das mulheres afetadas pela violência de gênero e favorecer a mudança nos valores sociais que sustentam e perpetuam esse tipo de agressão.

Derecho. Luces y sombras en el ordenamento jurídico español. Málaga: Diputación Provincial de Málaga, 2008, pp. 209-240.

⁶⁰ Na Espanha, existe uma maior pressão para a introdução da perspectiva de gênero em todos os campos, inclusive o as pesquisas científicas. Assim, no Direito, isso não seria diferente. A perspectiva de gênero na análise do Direito se pretende como uma mudança de perspectiva – e não como uma simples análise que se soma às análises jurídicas tradicionais – destinada ao estudo das construções sociais e culturais próprias para homens e mulheres. Mais especificamente, introduzir a perspectiva de gênero significaria revelar como foi construída a subordinação das mulheres dentro do próprio Direito e a quem isso beneficia. Na premissa desse tipo de abordagem está a consideração de que o sexo de uma pessoa é uma categoria socialmente relevante para a compreensão do alcance social dos papéis representados, o seu simbolismo e de como funciona a dinâmica para a manutenção da ordem social “patriarcal”. A chamada perspectiva de gênero tem sua origem no documento resultante da Quarta Conferência sobre a Mulher, celebrada em 1995 na cidade de Pequim, tendo sido concebida como um elemento estratégico para promover a igualdade entre homens e mulheres. De acordo com a lógica construída, rejeitar a perspectiva de gênero equivaleria a aceitar que os homens continuam tendo, com base no Direito e em sua aplicação – embora não somente por conta do sistema normativo –, privilégios baseados em uma construção injusta da sociedade. A perspectiva de gênero, portanto, é lançada como um novo paradigma que implicará um avanço do conhecimento, de acordo com os defensores dessa corrente, produzindo maior objetividade ao “fazer visível o que o patriarcado trata de ocultar.” (RUBIO, Ana. La ley integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta. In: LAURENZO COPELLO, Patricia (Coord.) **La violencia de género en la ley: reflexiones sobre veinte años de experiencia en España.** Madrid: Dykinson, 2010, pp. 131-174, pp. 141-145).

⁶¹ Antes da perspectiva de gênero, a chamada *Feminist Jurisprudence*, surgida nos anos 80, englobando um conjunto de doutrinas e autores, já cuidava de revelar a posição da mulher na sociedade, procurando entender as razões da sua subordinação, a despeito dos avanços em termos de igualdade de tratamento (no âmbito da lei formal) entre homens e mulheres. Entre as conclusões dessa corrente, estão a constatação do “compromisso” do Direito com os interesses masculinos e que tal situação é injusta, pois deve ser considerado não somente o sistema normativo (que formalmente veio trazendo avanços em termos de igualdade), mas o conjunto de princípios, métodos e outros modos de proceder, com os quais o Direito opera (o método jurídico). A insistência no Direito como “mascarador” da dominação de um gênero sobre o outro é a constante desses estudos feministas, em sua grande maioria voltados para descobrir e jogar luz sobre esses componentes discriminatórios dos ordenamentos jurídicos atuais. Vê-se a essência do Direito na mecânica do poder entre os sexos. Nessas formulações, há uma marcada influência do movimento *Critical Legal Studies*, apresentando a ideia comum de que, por mais que a norma se apresente como geral e abstrata, não é imparcial, nem aporta realmente um padrão firme de resolução dos conflitos, pois deixa aberta a porta para as avaliações não imparciais de quem as aplica. Para um primeiro contato com os temas tratados pela “Jurisprudência Feminista” ou teoria feminista do direito, escrito bastante antes de a perspectiva de gênero se tornar tão em voga, confira-se: GARCIA AMADO, Juan Antonio. ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 9, 1992, pp. 13-42. Para mais detalhes sobre o movimento *Critical Legal Studies*, confira-se o melhor que já foi escrito sobre o tema: PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. **El movimiento Critical Legal Studies.** Madrid: Tecnos, 1996.

Em 26/06/2004, após um pouco menos de três meses de discussão dentro do governo, o Conselho de Ministros enviou o projeto de lei ao Legislativo espanhol.

3.3. Os contornos do projeto de lei enviado ao Parlamento

A análise da argumentação legislativa exige uma apresentação prévia a respeito dos termos do projeto de lei que será discutido, da proposta original, pois assim já se pode ter uma ideia dos contornos do debate parlamentar vindouro. A apresentação da primeira versão também ajuda na compreensão das emendas parlamentares formuladas (invariavelmente oferecidas com o propósito de melhorar a proposição legislativa – nenhum parlamentar propõe uma emenda para “piorar” o texto). Conhecer essa versão inicial do projeto de lei ajuda, consequentemente, a esclarecer eventuais problemas de falta de sistematicidade provocadas pelo emendamento legislativo. Assim, mesmo um pouco enfadonha, já que a lei é extensa, trata-se de uma etapa inevitável nesse trabalho.

O anteprojeto de lei enviado pelo Conselho de Ministros ao Parlamento⁶² espanhol contou com 60 artigos, distribuídos em um título preliminar, cinco títulos, nove disposições adicionais, duas disposições transitórias, uma disposição derogatória e quinze disposições finais.

O primeiro artigo, dentro título preliminar, trata do objeto da lei, qual seja, atuar contra a violência que – como manifestação da discriminação, da situação de desigualdade e das relações de poder dos homens sobre as mulheres – se exerce sobre estas por parte de quem sejam ou tenham sido seus cônjuges ou de quem estejam ou tenham estado ligados a elas por relações similares de afetividade, mesmo que sem convivência⁶³. O segundo parágrafo afirma que pela lei se estabelecem medidas de proteção integral cuja finalidade é prevenir, sancionar e erradicar essa violência e prestar assistências às suas vítimas. O terceiro parágrafo desse artigo estabelece que a violência de gênero a que se refere a lei compreende todo ato de violência física e psicológica, incluídas as agressões à liberdade sexual, as ameaças, as coações ou a privação arbitrária da liberdade.

⁶² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, n. A-2-1, 01/07/2004, pp. 1-31. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_002-01.PDF>. Acesso em: 12 out. 2017.

⁶³ O dispositivo em comento foi aprovado pelo Parlamento tal qual proposto e foi objeto de críticas. Manuela Carmena Castrillo, por exemplo, reputou o objeto da lei vago. Considerou que “atuar contra a violência” não quer dizer o mesmo que “vencer a violência”. Em sua opinião, deveria ter sido sinalizado um objetivo mais arriscado e atrevido, qual seja, a diminuição, real e comprovada, da violência. (Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley integral de Violencia de Género. **Jueces para la Democracia**, n. 53, 2005, pp. 29-38, p. 34).

O segundo artigo enumera os princípios vetores da lei (a versão final aprovada contou com mais dois além dos mencionados): a) fortalecer as medidas de sensibilização cidadã, dotando os poderes públicos de instrumentos eficazes no âmbito educativo, assistencial, sanitário e publicitário; b) consagrar direitos das mulheres vítimas de violência de gênero, exigíveis ante as Administrações públicas, e assim assegurar acesso rápido, transparente e eficaz aos serviços sociais estabelecidos; c) estabelecer um sistema de serviços sociais de atenção, de emergência, de apoio e de recuperação integral; d) garantir direitos no âmbito laboral e funcional que conciliem os requerimentos da relação laboral e de emprego público com as circunstâncias daquelas trabalhadoras que sofram violência de gênero; e) garantir os direitos econômicos para as mulheres vítimas de violência de gênero, com o fim de facilitar sua integração social; f) estabelecer um sistema integral de tutela institucional, no qual a Administração Geral do Estado, através da Delegação do Governo contra a Violência contra a Mulher, em colaboração com o Observatório Nacional da Violência contra a mulher, impulse a criação de políticas públicas dirigidas a oferecer tutela às vítimas da violência contemplada na lei; g) fortalecer o marco penal e processual penal vigente para assegurar uma proteção integral, nas instâncias jurisdicionais, às vítimas de violência de gênero; h) coordenar os recursos e instrumentos de todo tipo de distintos poderes públicos para assegurar a prevenção da violência contra a mulher e, se for o caso, a sanção adequada aos respectivos responsáveis; i) promover a colaboração e participação das entidades, associações e organizações da sociedade civil que atuam contra a violência de gênero.

O artigo terceiro, já inaugurando o Título I, trata das medidas de sensibilização. Pelo primeiro parágrafo, os poderes públicos, no marco de suas competências, impulsionarão campanhas de informação e sensibilização com a finalidade de prevenir a violência de gênero. O parágrafo segundo garante o acesso das pessoas com deficiência (*discapacidad*) a tais campanhas de informações (por exemplo, legendas e material em *braile*).

O Capítulo I do título em comento começa com o artigo quarto, que trata dos princípios e valores do sistema educativo. Pelo parágrafo primeiro, o sistema educativo espanhol incluirá entre seus fins a informações sobre os direitos e liberdades fundamentais e a igualdade entre homens e mulheres, assim como o exercício da tolerância e da liberdade dentro dos princípios democráticos de convivência.

Da mesma forma, previu-se que os sistema educativo espanhol incluirá a eliminação dos obstáculos que dificultam a plena igualdade entre homens e mulheres e a formação para a prevenção de conflitos e sua resolução pacífica em todos os âmbitos da vida pessoal, familiar e social. Os parágrafos seguintes explicam como cada uma das educações infantil, primária e

secundária contribuirão nesse sentido, bem como a educação superior (*bachillerato*), a formação profissional e o ensino para adultos o farão.

O artigo quinto trata do fomento à igualdade. O artigo sexto se destina à formação inicial e permanente do professorado. E o artigo sétimo prevê a adoção das medidas necessárias para assegurar que nos Conselhos Escolares integrem pessoas destinadas a impulsionar as medidas educativas referidas.

O artigo oitavo já inaugura o Capítulo II, sobre a publicidade e os meios de comunicação. Considera publicidade ilícita a que utilize a imagem da mulher com caráter vexatório e discriminatório.

O artigo nono confere à Delegação do Governo contra a Violência contra a Mulher, aos Institutos da Mulher, às associações de consumidores e usuários e às que tenham como único objetivo a defesa dos interesses da mulher, a legitimidade ativa para solicitar a cessação ou retificação da publicidade ilícita por utilizar a imagem da mulher de forma vexatória ou discriminatória.

O artigo 10 prevê que os meios de comunicação de titularidade pública fomentarão a proteção e a salvaguarda da igualdade entre homem e mulher, evitando toda discriminação entre eles.

O âmbito sanitário é o tema do Capítulo III, cujo artigo 11 estabelece que as administrações sanitárias promoverão e impulsionarão atuações dos profissionais para a detecção precoce da violência contra a mulher e proporão as medidas que repute necessárias a fim de otimizar a contribuição do setor sanitário na luta contra esse tipo de violência. Pelo parágrafo segundo, serão desenvolvidos programas de sensibilização e formação continuada do pessoal sanitário com a finalidade de melhorar e impulsionar o diálogo precoce, a assistência e a reabilitação da mulher nas situações de violência de gênero. O parágrafo terceiro assegura a inclusão nos currículos de conteúdos dirigidos à capacitação respectiva.

Pelo artigo 12, dentro do Conselho Intersetorial do Sistema Nacional de Saúde, será constituída uma Comissão contra a violência de gênero que apoie tecnicamente e oriente o planejamento das medidas sanitárias, avalie e proponha as necessárias para a aplicação do protocolo sanitário e quaisquer outras medidas que se repute necessárias para a erradicação dessa forma de violência. Essa Comissão emitirá um informe anual que será remetido ao Observatório Nacional da Violência contra a Mulher e ao Pleno do Conselho Intersetorial.

Na sequência, o Título II aborda os direitos das mulheres vítimas de violência. O Capítulo I desse título disciplina o direito à informação, à assistência social integral e à assistência jurídica gratuita, os quais, segundo o artigo 13, contribuem para tornar reais e

efetivos os direitos constitucionais à integridade física e moral, à liberdade, à segurança, à igualdade e não-discriminação em razão do sexo das vítimas de violência de gênero.

O artigo 14 garante às mulheres vítimas de violência de gênero o direito a receber plena informação e assessoramento adequado sobre sua situação pessoal, através dos correspondentes serviços sociais. O parágrafo segundo estende às vítimas com deficiência o mesmo direito.

O artigo 15 versa sobre o direito à assistência social integral. Pelo parágrafo segundo, a atenção multidisciplinar inclui: a) informação às vítimas, b) atenção psicológicas, c) apoio social, d) seguimento das reclamações dos direitos da mulher, e) apoio educativo à unidade familiar, f) formação preventiva em valores de igualdade direcionada ao desenvolvimento pessoal e à aquisição de habilidades na resolução não-violenta de conflitos, g) apoio à formação e inserção laboral. Os parágrafos seguintes cuidam de detalhar tais serviços e estendê-los aos menores que se encontrem sob a guarda da mulher agredida.

A assistência jurídica é o tema do artigo 16.

O artigo 17, já dentro do Capítulo II, disciplina os direitos laborais e as prestações da seguridade social. A trabalhadora vítima de violência de gênero terá direito à redução ou reordenação de sua jornada de trabalho, à remoção geográfica, à suspensão da relação laboral com manutenção de seu posto de trabalho e à extinção do contrato de trabalho. O parágrafo segundo garante que a suspensão e a extinção do contrato darão lugar à situação formal de desemprego, bem como o tempo de suspensão se considera como período de contribuição efetiva para fins de prestações da seguridade social e de desemprego. Pelo parágrafo terceiro, as empresas que formalizem contratos temporários para substituir trabalhadoras vítimas de violência de gênero (que tenham suspenso seus contratos de trabalho) terão direito a uma bonificação de cem por cento das contribuições patronais à seguridade social por contingências comuns, durante todo o período de suspensão da trabalhadora substituída. A reincorporação da trabalhadora se realizará nas mesmas condições existentes no momento da suspensão do contrato de trabalho. O parágrafo 4 determina que as ausências ou faltas de pontualidade ao trabalho motivadas pela situação física ou psicológica derivada da violência sobre a mulher se consideram justificadas quando assim o determinem os serviços sociais de atenção ou serviços de saúde, conforme a procedência, sem prejuízo de que tais ausências sejam comunicadas pela trabalhadora à empresa com a maior brevidade.

O artigo 18 estabelece um programa de ação específico para as vítimas de violência de gênero inscritas como demandantes de emprego.

O artigo 19 prevê que as situações de violência que ensejam o reconhecimento dos direitos regulados no capítulo se comprovam com a ordem de proteção a favor da vítima. Excepcionalmente, será prova o relatório do Ministério Público que indique a existência de indícios de que a demandante é vítima de violência de gênero até que se prolate a ordem de proteção.

Em seguida, o Capítulo III trata dos direitos das funcionárias públicas. Conforme o artigo 20, a funcionária vítima de violência de gênero terá direito à redução ou à reordenação de seu tempo de trabalho, à mobilidade geográfica e à licença nos termos da legislação específica. Pelo artigo 21, as ausências totais ou parciais também se consideram justificados nos termos da legislação específica.

O artigo 22 considera que a prova das circunstâncias que dão lugar ao reconhecimento dos direitos de mobilidade geográfica, licença e redução ou reordenação da jornada de trabalho se realizam nos termos estabelecidos no artigo 19.

Os direitos econômicos são o tema do Capítulo IV. O artigo 23 determina que, quando as vítimas de violência de gênero maiores de 55 anos careçam de rendas mensais superiores a 75% do salário mínimo da categoria profissional, excluída a parte proporcional dos pagamentos extraordinários, receberão uma ajuda de pagamento único, sempre que se presuma que, devido à falta de preparação geral ou especializada e circunstâncias sociais, a vítima terá especiais dificuldades para obter um emprego e por essa circunstância não participará de programas de emprego estabelecidos para sua inserção profissional. Pelo parágrafo segundo, o valor dessa ajuda será equivalente ao de seis meses de subsídio por desemprego. O parágrafo terceiro fixa que as ajudas serão concedidas pelas Administrações competentes em matéria de serviços sociais. Na tramitação do procedimento de concessão, deverá ser incorporado o relatório do Serviço Público de Emprego sobre a previsibilidade de que, pelas circunstância a que se refere o parágrafo primeiro, a aplicação do programa de emprego não afete de forma substancial na melhora da empregabilidade da vítima. De acordo com o parágrafo quarto, no caso de que a vítima tenha responsabilidades familiares, o requisito de idade se reduz para 50 anos, e seu importe poderá alcançar o período equivalente ao de 18 meses de subsídio, nos termos que estabeleçam as disposições regulamentares. O parágrafo quinto define que essas ajudas serão compatíveis com as previstas na *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*.

O artigo 24 garante que as mulheres vítimas de atos de violência de gênero serão consideradas coletivos prioritários no acesso a casas protegidas e residências públicas para idosos.

O Título III cuida da Tutela Institucional. O artigo 25 dispõe sobre a Delegação de Governo contra a Violência contra a Mulher, que formulará política pública e impulsionará as atuações nessa matéria. O parágrafo segundo prevê que o titular dessa Delegação terá legitimidade ante os órgãos jurisdicionais para intervir na defesa dos direitos e interesses tutelados na lei. O parágrafo terceiro remete ao regulamento seu *status* e suas funções concretas.

O artigo 26 determina a constituição do Observatório Nacional de Violência contra a Mulher, como órgão colegiado vinculado do Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais, com as atribuições de assessoramento, avaliação, colaboração institucional, elaboração de relatórios e estudos, e propostas de atuação em matéria de violência de gênero. O parágrafo segundo ordena que o Observatório remeta ao Governo, com periodicidade anual, um relatório sobre a aplicação dos artigos 148.4 (lesão corporal contra a esposa ou mulher a quem estivesse ou tivesse estado ligado o autor por uma relação análoga de afetividade, mesmo sem convivência), 171.4 (ameaça com as vítimas indicadas no tipo referido) e 172.2 (coação ou constrangimento ilegal com as mesmas vítimas referidas) do Código Penal e sua posterior incidência na proteção das vítimas. Tal relatório destacará também as necessidades de reforma legal com o objetivo de garantir a máxima tutela para as mulheres que sofrem a violência de gênero. O parágrafo terceiro remete ao regulamento a disciplina de suas funções, regime de funcionamento e composição, garantida em todo caso a participação de organização de mulheres e associações de consumidores e usuários.

O artigo 27 trata das Forças e Corpos de segurança, ordenando que o Governo estabeleça unidades especializadas na prevenção da violência contra a mulher e no controle da execução das medidas judiciais adotadas. Pelo parágrafo segundo, o Governo, com a finalidade de tornar mais efetiva a proteção das vítimas, promoverá as atuações necessárias para que as Polícias Locais cooperem para assegurar o cumprimento das medidas determinadas pelos órgãos judiciais quando essas sejam algumas das previstas no próprio artigo.

O artigo 28 disciplina os planos de cooperação.

O Título IV trata da Tutela Penal. Os artigos 29 a 34 cuidam de conferir novas redações aos artigos 148, 153, 171, 172, 468, 620 do Código Penal. Essa parte foi intensamente modificada durante o debate parlamentar. Foi também a que reorientou a estratégia político-

criminal adotada nas leis anteriores, sobretudo por ter criado tipos penais específicos dirigidos à proteção da mulher, nos quais o sujeito ativo há de ser somente o homem. O mesmo critério já havia sido usado na lei anterior (*Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*) para a conversão automática das contravenções (*faltas*) em crime. Justamente por isso, a lei foi atacada em sua constitucionalidade.

Como se verá com detalhes mais adiante, uma emenda parlamentar inseriu como sujeito passivo, além da mulher, a figura da “pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor” – independentemente de ser homem ou mulher, com o propósito de estender a proteção aos acidentados, crianças e ao companheiro homossexual –, o que desfigurou bastante o conceito de uma lei contra a violência “de gênero”⁶⁴. Como se trata de um debate importante, deixa-se para mais adiante o detalhamento.

O artigo 35 prevê que a Administração penitenciária realizará programas específicos para os internos condenados por delitos relacionados com a violência de gênero. O parágrafo segundo estabelece que as Juntas de Tratamento avaliarão, nas progressões de regime, concessão de permissões e liberdade condicional, o progresso e aproveitamento desses programas específicos por parte dos internos referidos.

O Título V se dedica à Tutela Judicial e o seu Capítulo I, sobre os *Juzgados* (Varas) de Violência sobre Mulher. O artigo 36 versa sobre sua organização territorial; o artigo 37, sobre sua competência (funcional); o artigo 38, os recursos em matéria penal; o artigo 39, os recursos em matéria cível; o artigo 40, sua formação; o artigo 41, sua jurisdição (competência territorial); o art. 42, sobre sua sede; o art. 43, sua distribuição (planta); e artigo 44, sua constituição.

O Capítulo II traz normas processuais civis, objeto do artigo 45.

O Capítulo III reúne normas processuais penais, tema dos artigos 46 a 48.

O Capítulo IV dispõe sobre as medidas judiciais de proteção e segurança das vítimas. O artigo 49 fixa as disposições gerais, determinando que tais medidas serão compatíveis com quaisquer outras medidas cautelares e de garantia que possam ser adotadas nos processos civis e penais. Pelo parágrafo segundo, em todos os procedimentos relacionados com a

⁶⁴ Consta que a emenda parlamentar foi inserida justamente com objetivo de evitar os questionamentos quanto à sua constitucionalidade, já que, em se tratando de “pessoa especialmente vulnerável”, não importa se o sujeito passivo é homem ou mulher. A emenda também pretendeu estender a proteção aos casais homossexuais, além dos menores e anciãos. Sem prejuízo, sua inserção certamente veio atender a um objetivo mais prático, qual seja, o de alcançar a maioria parlamentar necessária para a aprovação da lei. A emenda claramente afeta a coerência do texto, já que seu espírito era o de contemplar exclusivamente a violência “de gênero”. Ao mesmo tempo, cria uma espécie de presunção de especial vulnerabilidade da mulher, ao lado da correlata presunção de periculosidade do homem agressor.

violência sobre a mulher, o juiz competente, de ofício ou a pedido das vítimas, dos filhos, das pessoas que convivam com elas ou que estejam sujeitas à sua guarda ou custódia, do Ministério Público ou da Administração de que dependam os serviços de atenção às vítimas ou sua acolhida, deverá pronunciar-se em todo o caso sobre a pertinência da adoção das medidas cautelares e de garantia contempladas no capítulo, determinando seu prazo.

O artigo 50 versa sobre a ordem de proteção.

O artigo 51 se refere à proteção de dados e às limitações à publicidade dos processos, protegendo a intimidade das vítimas, especialmente seus dados pessoais, os dos filhos e os de qualquer outra pessoa que esteja sob sua guarda ou custódia. Pelo parágrafo segundo, o juiz pode determinar de ofício ou a pedido da parte que as vistas se deem a portas fechadas.

O artigo 52 aborda as medidas de saída da residência, afastamento ou suspensão das comunicações. O juiz poderá ordenar a saída obrigatória do acusado do domicílio no qual estivesse convivendo ou tenha residência a unidade familiar, bem como a proibição de lá retornar. Pelo parágrafo segundo, o juiz poderá proibir o acusado de aproximar-se da pessoa protegida, o que o impede de abordá-la em qualquer lugar onde se encontre, assim como aproximar-se de seu domicílio, lugar de trabalho ou qualquer outro que seja frequentado por ela. O juiz fixará uma distância mínima entre o acusado e a pessoa protegida que não se poderá ultrapassar, sob pena de responsabilidade penal. Conforme o parágrafo terceiro, a medida de afastamento poderá ser determinada independentemente de que a pessoa afetada ou àquelas que se pretende proteger tenham abandonado previamente o lugar. O parágrafo quarto prevê que o juiz poderá proibir ao acusado toda forma de comunicação com a pessoa ou pessoas indicadas, sob pena de responsabilidade penal. Pelo parágrafo quinto, tais medidas poderão ser fixadas cumulada ou separadamente.

O artigo 53 autoriza o juiz a suspender o poder familiar ou a guarda e custódia dos menores a que se refira. O artigo 54 permite que o juiz ordene a suspensão de visitas do acusado aos seus dependentes. O artigo 55 libera o juiz para determinar, a respeito dos acusados, a suspensão do direito ao porte e posse de armas, com a obrigação de depositá-las nos termos da normativa vigente.

O artigo 56 define que as medidas restritivas de direitos referidas no capítulo deverão ser adotadas mediante decisão motivada na qual se aprecie sua proporcionalidade e necessidade e, em todo caso, com intervenção do Ministério Público, e em respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa.

O artigo 57 estabelece que as medidas poderão ser mantidas após a sentença definitiva e durante a tramitação de eventuais recursos correspondentes. Nesse caso, deverá constar da sentença a manutenção de tais medidas.

O Capítulo V trata do *Fiscal* (Procurador) contra a Violência contra a Mulher. Os artigos 58 a 60 modificam as legislações vigentes para cuidar do tema.

Na sequência, o que vêm são disposições adicionais. E aqui é o momento para um esclarecimento sobre o alcance e a diferença de uma disposição adicional e os demais artigos de uma lei na Espanha. Trata-se de uma questão de técnica legislativa. A

Diferentemente do Brasil, onde as “disposições” costumam dar nome aos títulos (agrupamento de artigos) nas leis; na Espanha, as chamadas disposições adicionais costumam ser articuladas na parte final das leis, não existem em todos os casos, e destinam-se a disciplinar as seguintes questões: a) regimes jurídicos especiais que por alguma razão não foram tratados no articulado (conjunto de artigos) da própria lei; b) as exceções, dispensas e reservas quanto à aplicação da lei ou de alguns de seus preceitos, quando não seja possível ou adequada a regulação desses aspectos no próprio articulado; c) os mandatos e autorizações não-dirigidos à produção de normas jurídicas; d) os preceitos residuais que, por sua natureza ou conteúdo, não se encaixaram em nenhuma outra parte do texto.

Além das disposições adicionais, a técnica legislativa espanhola ainda prevê as disposições transitórias, as disposições derogatórias e as disposições finais, cujos próprios nomes já indicam os respectivos objetos, guardando semelhança com o ordenamento brasileiro, exceto quanto a tais preceitos virem separados do articulado. Na Espanha, como já visto, as diretrizes de técnica legislativa foram aprovadas pelo *Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005*⁶⁵, documento que traz a forma e a estrutura que devem assumir os anteprojetos de lei.

Voltando ao tema, como dito, a proposta original em análise contou com 9 disposições adicionais. A primeira ordena que quem for condenado por homicídio doloso ou lesões, tendo como ofendido seu cônjuge ou ex-cônjuge, perderá a condição de beneficiário da pensão por morte correspondente instituída pela vítima, exceto se sobrevier reconciliação entre ambos. Pelo parágrafo segundo, quem for condenado por crime doloso com resultado morte, tendo como ofendido seu cônjuge ou ex-cônjuge, não será considerado beneficiário, a título de vítima indireta, das ajudas previstas na *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual*.

⁶⁵ Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/29/pdfs/A26878-26890.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

A disposição adicional segunda estabelece que o Governo organizará os serviços forenses de modo que contem com unidades de avaliação forense integral encarregadas de desenhar protocolos de atuação global e integral em casos de violência de gênero.

A disposição adicional terceira determina que o Governo procederá à modificação do Regulamento penitenciário.

A disposição adicional quarta prevê que o Governo, em colaboração com as Comunidades Autônomas, após 3 anos da entrada em vigor da lei, remeterá ao *Congreso de los Diputados* um relatório de avaliação dos efeitos de sua aplicação na luta contra a violência de gênero.

A disposição adicional quinta trata das referências normativas. A sexta dispõe sobre a dotação do Fundo referido no art. 15.6. A sétima, sobre os convênios para promover processos específicos de moradias protegidas às vítimas de violência contra a mulher. A oitava, sobre a coordenação dos Serviços Públicos de Emprego para facilitar o acesso ao mercado de trabalho das vítimas de violência de gênero que se vejam obrigadas a mudar de domicílio e isso implique mudança de Comunidade Autônoma. Por fim, a disposição adicional nona determina que as Administrações adotem as medidas necessárias para garantir a escolarização imediata dos filhos nos casos de mudança de residência motivados pela violência contra a mulher.

Então, seguem-se duas disposições transitórias, uma única disposição derogatória e mais quinze disposições finais, as quais se deixa de detalhar aqui em razão de seu conteúdo mais técnico, e de certa forma já secundário para a ideia geral que se pretendia fornecer nesta proposta legislativa apresentada pelo governo.

Como foi possível perceber, trata-se de uma grande evolução no tratamento legislativo que vinha sendo dado ao tema até então. Em uma única lei, foram incluídas disposições educativas, sanitárias, medidas de proteção e cautelares de ordem cível e penal, além das normas institucionais. O modelo inovador tinha potencial para provocar bastante polêmica. Isso porque, muito embora grande parte das medidas já estivesse nos *Planos* já comentados anteriormente, a previsão no âmbito da lei dá mais visibilidade.

Ainda durante as discussões dentro do governo, as oposições mais contundentes se centraram nas medidas penais e as críticas partiram dos juízes e doutrinadores em matéria penal. O argumento desses setores era o de que o projeto do governo contrariava os princípios básicos que devem informar a legislação em um Estado social e democrático de direito, por incorporar ao Código Penal tipos agravados de violência em função da condição sexual de um

dos membros do casal⁶⁶. De acordo com essa corrente, a reforma adotava um “Direito penal do autor”, violava o princípio da culpabilidade e representava uma proteção assistemática do bem jurídico tutelado, na medida em que o tratamento desigual não conduziria à igualdade entre homem e mulher⁶⁷.

Além disso, mais problemas podem ser encontrados na proposta de lei, a começar pela própria premissa de que partiu, notadamente a explicação de que a violência contra a mulher se dá pelo próprio fato de “ser mulher”⁶⁸.

Ainda sem entrar no mérito, o uso dessas construções pareceria um caso de argumentação circular, também se podendo reputar como falaciosa, incorrendo no chamado *circulus in probando*, pois os fatos são usados como explicação de si próprios, ou *non sequitur* (em latim, literalmente significa “não se segue”), já que a evidência (a vítima ser mulher) é apresentada como causa da conclusão (a violência contra a mulher), sem que uma se suporte na outra com clareza. Resumindo, faltam mais explicações (ou que essas sejam mais detalhadas) sobre as causas dessa violência.

3.4. Os argumentos de outros atores importantes no momento pré-legislativo

Na discussão espanhola sobre a violência de gênero, manifestou-se o *Consejo General del Poder Judicial* (de agora em diante, CGPJ, equivalente ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ brasileiro), por determinação então vigente art. 108 da *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*⁶⁹.

⁶⁶ Chega-se a usar o termo “aberração jurídica” com referência ao projeto, além de implicar um “retrocesso de duzentos anos no pensamento jurídico penal”. (MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. Una rectificación insuficiente del Gobierno. **La voz de Galicia**, 28/06/2004. Disponível em: <https://media.lavozdeg Galicia.es/noticia/opinion/2004/06/28/rectificacion-insuficiente-gobierno/0003_2_811704.htm>. Acesso em: 26 out. 2017).

⁶⁷ Nesse sentido, por exemplo: BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel; RUEDA MARTÍN, María Angeles. La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal: reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. **Aequalitas**: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, n. 15, 2004, pp. 65-73.

⁶⁸ A ideia consta logo do primeiro parágrafo da exposição de motivos: “La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.”.

⁶⁹ Trata-se de dispositivo revogado pela *Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. Sua redação original era: “Artículo ciento ocho. 1. El Consejo General del Poder Judicial deberá informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales en relación con las siguientes materias: a) Determinación y modificación de demarcaciones judiciales en los términos del artículo 35 de esta ley. b) Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces, Magistrados, Secretarios y personal que preste servicios en la Administración de Justicia. c) Estatuto orgánico de Jueces y Magistrados. d) Estatuto orgánico de los Secretarios y del resto del personal al servicio de la Administración de Justicia. e) Normas procesales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y

Trata-se de um momento importante do processo legislativo desse tipo de lei, na medida em que a manifestação do CGPJ equivale ao posicionamento do Poder Judiciário sobre as propostas legislativas, ou seja, uma espécie de adiantamento das discussões que serão travadas no momento pós-legislativo. Parece desnecessário fazer referência ao peso de tal opinião em se tratando de modificações sobre as matérias designadas, no caso, normas processuais, de jurisdição, que afetam o funcionamento dos órgãos jurisdicionais, a tutela dos direitos fundamentais, normas penais e sobre o regime penitenciário.

O *Informe* apresentado e aprovado pelo CGPJ em 24/06/2004 é um extenso documento (quase duzentas páginas, se somados os votos particulares) que não se limita a questões de técnica legislativa, e tece considerações de mérito, que pretendem contribuir para a efetiva aplicabilidade da norma⁷⁰. À época, seu conteúdo teve grande repercussão pública⁷¹.

No informe, o CGPJ criticou duramente os seguintes aspectos do anteprojeto: i) a “discriminação positiva” no âmbito penal, reputando-a inapropriada; ii) a definição de violência contra a mulher constante do primeiro artigo e sobre a qual se baseou o restante do projeto; iii) as mudanças nos tipos penais; e iv) a criação dos *juzgados* (varas) de violência contra a mulher, com competências civis e penais.

Quanto ao primeiro ponto, afirma que a chamada discriminação ou ação positiva – o informe usa os dois termos como sinônimos⁷² – não se aplica ao Direito Penal⁷³, com o

Tribunales. f) Régimen penitenciario. g) Aquellas otras que le atribuyan las leyes. 2. El Consejo General del Poder Judicial emitirá el informe en el plazo de treinta días. Cuando en la orden de remisión se haga constar la urgencia del informe, el plazo será de quince días. 3. El Gobierno remitirá dicho informe a las Cortes Generales en el caso de tratarse de anteproyectos de leyes. (...)”. A competência para manifestação do órgão referido agora consta do art. 561 da *Ley Orgánica 4/2013*.

⁷⁰ O informe pode ser encontrado na página do *Poder Judicial en España*. Há dois arquivos, um com o informe aprovado e outro com o *voto particular* (voto vencido) de sete membros do CGPJ. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contrala-violencia-ejercida-sobrela-mujer>>. Acesso em: 28 dez. 2017.

⁷¹ Mais bastidores podem ser encontrados em: REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. *Ley Orgánica Integral de Violencia sobre la Mujer y el Informe del consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto*. **Revista jurídica de Castilla y León**, n. 4, 2004, pp. 13-42.

⁷² Na doutrina, no entanto, existe uma extensa discussão se tais expressões têm significado intercambiante ou não. É bem verdade que para alguns autores, como Manuel Atienza, por exemplo, tratam-se de termos sinônimos. Para ele, a eventual distinção feita entre ação afirmativa (ou positiva) e discriminação positiva, indireta ou inversa seria tão-somente retórica, com o objetivo de soar melhor ao auditório. Para outra corrente, entretanto, existe, sim, uma diferença. Deve-se reconhecer que o uso da palavra “discriminação” acaba trazendo uma carga pejorativa, associada a uma diferenciação necessariamente injusta. A maioria dos autores que trabalham o chamado “direito antidiscriminatório” empregam o termo nesse contexto. Nada obstante, deve-se registrar que tal palavra tem, de fato, um significado original neutro, como mera diferenciação, conforme sua apresentação clássica no sentido de que discriminar significa romper com a regra de justiça segundo a qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, de maneira desigual. Os autores que diferenciam “ação positiva” e “discriminação positiva” o fazem sob a expicação de que a primeira expressão (“ação positiva”, tradução da inglesa *affirmative action*) é mais ampla, abarcando medidas integradoras (para evitar a exclusão do grupo social beneficiado) em geral, tanto as diferenciadoras, quanto as medidas indiferenciadoras, conjuntamente. Já o uso da palavra “discriminação” (positiva ou inversa, esta última tradução da usada *reverse*

argumento de que tal discriminação alude a políticas voltadas para melhorar a qualidade de vida de grupos desfavorecidos, proporcionando-lhes chances (meios) de conseguir o mesmo nível, quanto ao gozo de oportunidades e de exercício de direitos, dos mais favorecidos.

discrimination, em inglês) deveria ser reservada às medidas que, subvertendo a importância do “mérito”, se propõem a integrar indivíduos pertencentes a determinados grupos, implicando na alegação de “discriminação prejudicial”, por parte dos indivíduos não-pertencentes a esses coletivos. É dizer, trata-se de uma expressão usada para qualificar as “ações afirmativas ou positivas” como inconstitucionais. Explique-se. A expressão “discriminação inversa” (*reverse discrimination*) surgiu do caso paradigmático caso *Regents of the University of California v. Bakke* (438 US 265, 1978), julgado pelo Tribunal Supremo estadunidense. Muito resumidamente, Allan Bakke, estudante branco americano, não foi admitido na Faculdade de Medicina Davis da Universidade da Califórnia pela terceira vez. De acordo com as normas de tal faculdade, das cem vagas disponibilizadas anualmente, dezesseis eram reservadas para candidatos pertencentes a alguma minoria. Na hipótese concreta, os estudantes aprovados nessa última categoria tinham obtido uma qualificação mais baixa que a de Bakke. Na verdade, o programa da faculdade implicava na existência de dois sistemas de admissão diferentes: o “regular”, exigindo-se a nota mínima de 2,5 (até 4); e o “especial”, considerando a situação de desvantagem econômica e/ou educativa dos candidatos pertencentes a alguma das minorias negra, de ascendência mexicana, asiática e indo-americana, sem exigir-se a nota mínima de 2,5. Inconformado, Bakke demandou a universidade alegando ser vítima de “discriminação inversa” e argumentando a violação da cláusula da igual proteção da XIV Emenda à Constituição dos EEUU. À época, o consenso alcançado pelos magistrados foi bastante complicado: por um lado, foi concedida a vaga a Bakke; por outro, os programas especiais foram considerados lícitos sempre que baseados em “outros critérios” (referindo-se às formas de aferir o mérito), além da apresentação das “características pessoais” (leia-se, pertencimento a alguma minoria). Ou seja, a inconstitucionalidade residiria no “critério único” de seleção de pertencimento aos grupos beneficiados, ainda quando em prol da inclusão social, por força da mencionada cláusula da igual consideração. O julgamento do caso inaugurou uma nova etapa nas discussões sobre as políticas de ações afirmativas nos Estados Unidos. Assim, esclarece-se que a expressão “discriminação inversa” surgiu, não para designar uma ação voltada para combater a discriminação de grupos marginalizados, mas sim tem sua origem no uso por parte dos que se consideraram “injustiçados” por tais ações diferenciadoras, em um sentido negativo, equiparado à inconstitucionalidade. Sobre as distintas acepções desses vocabulários e expressões, confira-se a explicação esclarecedora de: BARRÈRE UNZUETA, María Angeles. De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español. **Jueces para la democracia**, n. 51, 2004, pp. 26-33. A autora adverte que a expressão “discriminação positiva” gera uma confusão desnecessária (Idem, *ibidem*, p. 30).

⁷³ Igualmente existe uma extensa bibliografia dedicada à reflexão sobre esse ponto, qual seja, o cabimento de tais medidas de “ação positiva” no Direito Penal. Os contrários a essa possibilidade sustentam a inexistência de vinculação entre “violência” e “discriminação”. Tal associação é, de fato, muito recente, tendo surgido pela primeira vez de forma explícita em 1992, no bojo da Recomendação Geral n. 19 do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, cujo primeiro parágrafo adota o seguinte teor: “*A violência baseada no gênero é uma forma de discriminação que inibe a capacidade das mulheres de gozarem os direitos e liberdades numa base de igualdade com os homens.*”. Problematizando essa discussão, confirmam-se: REY MARTÍNEZ, Fernando et alii. Protección penal “desigual” y violencia de género. In: HUERTA TOCILDO, Susana; PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral**. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 631-642; GONZÁLEZ RUS, Juan José. La constitucionalidad de LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 483-502; RUEDA MARTÍN, María Angeles; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n.º 5, 2004, pp. 1574-1580; REY MARTÍNEZ, Fernando. Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género. **Teoría y realidad constitucional**, n. 14, 2004, pp. 505-526. Entendendo que não há problemas, ou seja, que as ações positivas são compatíveis com o direito penal: DURÁN FEBRER, María. Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género. **Artículo 14, una perspectiva de género**: Boletín de información y análisis jurídico, n. 17, 2004, pp. 4-13; BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Comentario al Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. **Artículo 14, una perspectiva de género**: Boletín de información y análisis jurídico, n. 16, 2004, pp. 22-23.

Trata-se do que dispõe o artigo 9, parágrafo 2, da Constituição espanhola⁷⁴. De acordo com o informe do CGPJ, a ideia básica é que essas medidas sejam retiradas de forma paulatina à medida que o grupo desfavorecido comece a ser respeitado. No entanto, no caso do anteprojeto analisado pelo CGPJ, reclama tal instituição, nem havia “ação positiva”, nem se tinha previsto qualquer limitação temporal.

De acordo o CGPJ, são quatro os pressupostos para a ação positiva: 1º) uma situação de desequilíbrio real do grupo das mulheres; 2º) a necessidade de medidas para remover os obstáculos que impidam a igualdade de oportunidade entre homens e mulheres; 3º) que esses obstáculos possam efetivamente ser removidos com medidas de apoio ao coletivo desfavorecido com o objetivo de assegurar a igualdade real de oportunidades; 4º) que o tratamento especial mais favorável seja necessário como consequência da escassez de bens aos que as mulheres devem alcançar.

A partir disso, depreende que as medidas de ação positiva são inaplicáveis aos âmbitos nos quais não exista uma situação de desequilíbrio prévio e, ademais, não haja escassez de bens, como é o caso da proteção penal e da proteção judicial às mulheres⁷⁵. Muito resumidamente, o argumento é o de que existiria possibilidade de tutela para todos, sem excluir, postergar, eliminar ou discriminar ninguém, é dizer, não há escassez (como no mercado de trabalho, por exemplo). Consequentemente, de acordo com o CGPJ, o que o anteprojeto chama de “ação positiva” não seria sequer um caso de discriminação positiva, enquadrando-se na verdade como “discriminação negativa”⁷⁶.

No que diz respeito ao segundo ponto, deve-se esclarecer que constava no que era o parágrafo segundo do artigo primeiro da versão submetida ao CGPJ, a definição de violência contra a mulher aquela que se exerce como “*instrumento para manter a discriminação, a*

⁷⁴ Eis o seu teor: “**Artículo 9.** (...) 2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*”.

⁷⁵ Nas palavras usadas pelo próprio informe: “*En este sentido la figura de la discriminación positiva aplicada al estatuto de la mujer, tiene su lugar natural como instrumento para fomentar la igualdad hombre-mujer. Su función consiste en que, debido a circunstancias, rémoras o atavismos sociales, etc. la mujer está en una situación de inferioridad respecto del hombre. A la vista de tal situación el Estado opta por fomentar esa igualdad -en especial para mujeres en situación de mayor debilidad- creando condiciones que permitan que socialmente se avance con mayor rapidez que lo haría la propia sociedad dejada a su libre evolución. Desde este punto de vista la discriminación positiva se plasma en tratos de favor consistentes en medidas de tipo laboral o funcional, de compatibilización de la vida familiar y profesional, de acceso a ciertos bienes (vivienda, información, sanidad etc.) o de especial protección (vgr. publicidad vejatoria). (...)*

Como la acción positiva no puede plantearse a través de medidas de naturaleza punitiva, el ámbito de lo judicial es en principio ajeno a aquellos otros ámbitos propios de iniciativas inspiradas en esa acción positiva, y de ahí que sea distorsionante una norma que pese a titularse “integral”, es en buena medida judicial y, sin embargo, se basa en la acción o discriminación positiva.” (CGPJ, Informe al anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, pp. 21-24)

⁷⁶ Idem, ibidem, p. 27.

desigualdade e as relações de poder dos homens sobre as mulheres”. Após as críticas do CGPJ sobre o descabimento de tal elemento intencional na definição, o *Consejo de Ministros* acabou retirando sua menção. De toda maneira, vale o registro de que o informe do CGPJ recomendou que a definição abarcasse todo o fenômeno, sem conotações de intencionalidade, nem de tipo sociológica, tendo proposto outras definições consideradas “não-ideologizadas”⁷⁷.

Foi também no informe que se criticou a “exclusão” de seu âmbito de proteção dos “homens, menores e anciãos”. Mesmo essa crítica não tendo sido acolhida ainda na fase governamental, parece ter reverberado para a aprovação da emenda, como já adiantado, que inseriu as “pessoas especialmente vulneráveis que convivam com o autor” como sujeitos passivos, além da mulher.

No que diz respeito às alterações promovidas no Código Penal espanhol, notadamente as agravantes nos crimes de ameaças e coações leves (artigos 148 e 173) quando praticadas por homens contra suas companheiras afetivas (atuais ou ex), o CGPJ advertiu que poderia cair nas concepções do Direito Penal do autor.

Quanto ao quarto ponto, o CGPJ foi especialmente crítico. Opinou contrariamente à criação dos *juzgados* (varas) de violência contra a mulher, com competências civis e penais, sob o argumento de que, na prática, equivaleriam a uma jurisdição especial determinada somente em função do sexo da vítima, não da matéria, o que implicaria na falta de justificativa razoável para mudar uma regra de organização judicial; que tais órgãos especializados atentavam contra a imparcialidade que deve presidir todos as instâncias jurisdicionais, pois sua finalidade única seria a proteção da mulher; e que sua criação comprometia o direito ao juiz natural predeterminado por lei, tal como prevê a Constituição espanhola em seu art. 24.2⁷⁸.

O informe do CGPJ ainda abordou outras questões consideradas problemáticas à sua ótica, como as competências territoriais (autorização para fixação no lugar de domicílio da vítima, adicionalmente ao lugar onde foi cometido o delito), os protocolos, a publicidade

⁷⁷ Mesmo com as alterações promovidas, José Luis Requero Ibáñez continuou considerando a redação impregnada de uma “visão muito militante” da concepção dessa violência (Ley Orgánica Integral de Violencia sobre la Mujer y el Informe del consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto. **Revista jurídica de Castilla y León**, n. 4, 2004, pp. 13-42, p. 26)

⁷⁸ “Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

vexatória, as funções do Ministério *Fiscal* (Público), etc. Deixa-se, no entanto, de aprofundar tais detalhes nesta oportunidade. O objetivo aqui foi o de registrar a argumentação pré-legislativa dessa instituição, não somente pela sua importância, como se comentou, mas sobretudo porque representou uma posição manifestamente contrária à proposta então em discussão.

Como vai ser visto mais adiante, esse caráter de confrontação acabou se perdendo durante o processo legislativo. Nada obstante, algumas emendas feitas ao projeto de lei (a comentada ampliação do sujeito passivo, por exemplo) parecem ter considerado a opinião do CGPJ, que também repercutiu ainda no âmbito do *Consejo de Ministros* (que modificou a definição da violência *de gênero*, retirando o elemento de intencionalidade). Daí a importância de sua menção nesta seção.

Dito isso, sem mais demora, avance-se nos acontecimentos seguintes.

3.5. A tramitação dentro do Poder Legislativo

Conforme as informações colhidas na própria página do *Congreso de los Diputados*⁷⁹, o projeto de lei foi apresentado pelo *Consejo de Ministros* em 25/06/2004 (no dia seguinte à aprovação do informe do CGPJ) tendo sido qualificado em 29/06/2004.

Já dentro do Legislativo, recebeu o número 121/000002, com a seguinte referência: “*Projeto de lei orgânica de medidas de proteção integral contra a violência de gênero*”⁸⁰. O projeto de lei passou apenas pela Comissão de Trabalho e Assuntos Sociais antes de ir a votação em plenário. Essa única instância prévia conferiu uma maior celeridade à tramitação⁸¹.

⁷⁹ A página do *Congreso de los Diputados* com a tramitação da LVG está disponível em: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000002*.NDOC.%29>. Acesso em 11 out. 2017. Na página estão reunidas as informações das duas casas legislativas (*Congreso de los Diputados* e *Senado*).

⁸⁰ Disponível em: <[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWXTDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20040701000201.CODI.%29#\(Página1\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWXTDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20040701000201.CODI.%29#(Página1))>. Acesso em 11 out. 2004.

⁸¹ No processo legislativo espanhol, os projetos de lei passam por apenas uma comissão. É o que se depreende da leitura dos arts. 109 a 129 do *Reglamento del Congreso de los Diputados*. A escolha da comissão se dá pela matéria predominante. Conforme o art. 46, as comissões permanentes são as seguintes: 1. *Constitucional*; 2. *Comisión de Asuntos Exteriores*; 3. *Comisión de Justicia*; 4. *Comisión de Interior*; 5. *Comisión de Defensa*; 6. *Comisión de Economía, Industria y Competitividad*; 7. *Comisión de Hacienda y Función Pública*; 8. *Comisión de Presupuestos*; 9. *Comisión de Fomento*; 10. *Comisión de Educación y Deporte*; 11. *Comisión de Empleo y Seguridad Social*; 12. *Comisión de Energía, Turismo y Agenda Digital*; 13. *Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente*. 14. *Comisión de Sanidad y Servicios Sociales*; 15. *Comisión de Cooperación*

Seguindo os trâmites regimentais, a publicação do projeto de lei se deu entre 29/06 a 01/07/2004⁸², conforme determina o art. 109 do Regimento do *Congreso de los Diputados*⁸³. A publicação oportuniza o conhecimento do assunto a ser discutido, dos seus termos e seu conteúdo. Trata-se de medida necessária à tramitação, na medida em que dá os meios para que as minorias se articulem, seja apresentando emendas, corrigindo o rumo dos debates; seja obstruindo as discussões.

Na sequência, foi aberto o prazo para emendas entre 01/07 a 21/09/2004. O processo de emendamento está disciplinado no art. 110 do Regimento do *Congreso de los Diputados*: o prazo para a apresentação de emendas é de quinze dias e as propostas de emendas devem vir acompanhadas da assinatura de ciência do líder do grupo do qual o parlamentar faz parte⁸⁴. No caso, o prazo para a apresentação de emendas *al articulado* (ou seja, as emendas pontuais, que não pretendam modificar substancialmente o projeto) foi prorrogado em duas ocasiões⁸⁵.

Em 24/09/2004, foram publicadas as emendas apresentadas em um total de 478 propostas de modificação do projeto de lei⁸⁶. Em qualquer contexto, trata-se de um número vultoso, revelando o grande interesse no tema e participação parlamentar. Em determinados contextos, essa profusão de emendas também pode funcionar como um instrumento para

Internacional para el Desarrollo. 16. Comisión de Cultura; 17. Comisión de Igualdad; 18. Comisión para el Estudio del Cambio Climático; 19. Comisión para las Políticas Integrales de la Discapacidad.

⁸² Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A – Proyectos de Ley, n. 2-1, 1 de julio de 2004. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_002-01.PDF>. Acesso em: 11 out. 2004.

⁸³ Assim dispõe o dispositivo em comento: “*Artículo 109. Los proyectos de ley remitidos por el Gobierno irán acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para poder pronunciarse sobre ellos. La Mesa del Congreso ordenará su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío a la Comisión correspondiente.*”.

⁸⁴ É o seguinte o conteúdo: “*Artículo 110. 1. Publicado un proyecto de ley, los Diputados y los Grupos Parlamentarios tendrán un plazo de quince días para presentar enmiendas al mismo mediante escrito dirigido a la Mesa de la Comisión. El escrito de enmiendas deberá llevar la firma del portavoz del Grupo a que pertenezca el Diputado o de la persona que sustituya a aquél, a los meros efectos de conocimiento. La omisión de este trámite podrá subsanarse antes del comienzo de la discusión en Comisión.*

2. Las enmiendas podrán ser a la totalidad o al articulado.

3. Serán enmiendas a la totalidad las que versen sobre la oportunidad, los principios o el espíritu del proyecto de ley y postulen la devolución de aquél al Gobierno o las que propongan un texto completo alternativo al del proyecto. Sólo podrán ser presentadas por los Grupos Parlamentarios.

4. Las enmiendas al articulado podrán ser de supresión, modificación o adición. En los dos últimos supuestos, la enmienda deberá contener el texto concreto que se proponga.

5. A tal fin, y en general, a todos los efectos del procedimiento legislativo, cada disposición adicional, final, derogatoria o transitoria tendrá la consideración de un artículo, al igual que el Título de la ley, las rúbricas de las distintas partes en que esté sistematizado, la propia ordenación sistemática y la Exposición de motivos.”

⁸⁵ Observando as datas – a primeira prorrogação foi em 20 de julho e a segunda, em 16 de setembro –, imagine-se que o motivo pode ter sido as férias de verão. Disponível em: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI8&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28121%2F000002*.NDOC.%29>. Acesso em: 12 de out. 2017.

⁸⁶ Disponível em: <[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pw8&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20040924000204.CODI.%29#\(Página37\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=pw8&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20040924000204.CODI.%29#(Página37))>. Acesso em 12 out. 2004.

tumultuar e travar as discussões durante o procedimento legislativo. No entanto, esse não parece ter sido o propósito no caso e o elevado número de emendas parece ser uma praxe no sistema espanhol. Além disso, parte das emendas foi formulada pelos próprios grupos interessados⁸⁷. As emendas versavam sobre diversos temas, a maioria se atinha a melhorar a redação (a linguagem), e pretendiam apenas o aperfeiçoamento da técnica legislativa. Quanto ao mérito propriamente dito, foram poucas.

A própria burocracia encarregada do Legislativo cuidou de organizar as emendas por grupos, publicando em 27/09/2004 um índice sistemático com os números das emendas, a respectiva autoria e o artigo da proposta original a que se referiam⁸⁸.

De acordo com o procedimento legislativo espanhol (art. 113 do Regulamento do *Congreso de los Diputados*⁸⁹), um grupo reduzido de deputados (*Ponencia*) com representantes de todos os grupos parlamentares, designado pela própria Comissão, fica encarregado de estudar as emendas uma a uma, e preparar um relatório (*Informe*) sobre quais delas devem ser acolhidas⁹⁰. No caso em análise, esse documento foi publicado no dia 30/09/2004⁹¹. Na prática, esses deputados (*Ponencia*) debatem a portas fechadas sobre quais emendas devem ser incorporadas, fazendo um filtro sobre o que será discutido na sessão da Comissão, em cuja reunião se avaliará o relatório (*Informe*) e se as demais emendas, ou seja, as que não foram prontamente aceitas pela *Ponencia*, devem ser efetivamente incorporadas ao texto.

⁸⁷ É o que deixa entrever a manifestação da Deputada Bonàs Pahisa (EAJ-PNV) por ocasião do debate no plenário do *Congreso de los Diputados* em 07/10/2004. Cf. Diario Sesiones. Congreso de los Diputados, n. 39, de 07/10/2004, pp. 1703-1729, p. 1711.

⁸⁸ Disponível em: <[<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20040927000205.CODI.%29#\(Página209\)>](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20040927000205.CODI.%29#(Página209))>. Acesso em: 12 out. 2017.

⁸⁹ De seguinte teor: “*Artículo 113. 1. Finalizado el debate de totalidad, si lo hubiere habido, y en todo caso el plazo de presentación de enmiendas, la Comisión nombrará en su seno uno o varios ponentes para que, a la vista del texto y de las enmiendas presentadas al articulado, redacte un informe en el plazo de 15 días. 2. La Mesa de la Comisión, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3 del artículo 43 del presente Reglamento, podrá prorrogar el plazo para la emisión del informe, cuando la trascendencia o complejidad del proyecto de ley así lo exigiere.*”.

⁹⁰ Para o projeto de lei em análise, os membros da *Ponencia* no *Congreso de los Diputados* foram os seguintes: Uxue Barkos Berruelo (*Grupo Mixto*), Rosa María Bonás Pahisa (*Grupo Izquierda Republicana*), Susana Camarero Benítez (*Grupo Popular*), Esperanza Esteve Ortega (*Grupo Socialista*), María del Carmen García Suárez (*Grupo Izquierda Unida*), María Virtudes Monteserín Rodríguez (*Grupo Socialista*), María Mercé Pigem Palmés (*Grupo Catalán*), Román Rodríguez Rodríguez (*Grupo Coalición Canaria-Nueva Canaria*), Ana Torme Pardo (*Grupo Popular*), Margarita Uría Etxebarria (*Grupo Vasco*) e Julio Villarubia Mediavilla (*Grupo Socialista*).

⁹¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A – Proyectos de Ley, n. 2-6, 30 de septiembre de 2004. Disponível em: <[<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20040930000206.CODI.%29#\(Página225\)>](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw8&FMT=PUWTXDTS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=%28CDA20040930000206.CODI.%29#(Página225))>. Acesso em 12 out. 2017.

No documento elaborado pela *Ponencia* (o *Informe*), são mencionadas apenas as emendas que estão sendo acolhidas, nada sendo mencionado sobre as excluídas. Praticamente não há fundamentação para essa decisão: o relatório se limita a qualificar as emendas que aceitas como “pertinentes”, “adequadas”, “oportunas”, etc., sem maiores explicações. Ao final, é juntado o texto do projeto de lei compilado, com os acréscimos e modificações feitas assinalados em negrito e sublinhado, o que facilita a comparação das versões (original e emendada). No caso em análise, as diferenças foram poucas, como se verá melhor mais adiante.

Na sequência, esse relatório (*Informe*) é submetido à Comissão, que o debaterá conforme as regras procedimentais constantes dos arts. 114 a 116 do Regulamento do *Congreso de los Diputados*⁹². Como produto dessa discussão, a Comissão emite um parecer (*Dictamen*) dirigido ao Presidente da Casa Legislativa, o que aconteceu no dia 04/10/2004, tendo sido publicado no dia 07/10/2004.

Esse novo documento (*Dictamen*), no entanto, é ainda menos transparente que o anterior, o relatório (*Informe*), pois não mais faz referências às emendas, apresentando apenas um texto compilado, ou seja, já incorpora (ou não) as emendas ao projeto sem discriminá-las de forma destacada, nem especificando as razões, dificultando a análise das sugestões acolhidas pela Comissão.

Ao final do parecer (*Dictamen*) em referência, alguns grupos parlamentares (*Grupo Parlamentario Popular, Mixto, Vasco, Catalán, de Coalición Canaria, de Esquerra Republicana e Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds*) insistiram nas emendas apresentadas que não tinham sido acolhidas pela Comissão, solicitando sua

⁹² “Artículo 114. 1. Concluido el informe de la Ponencia, comenzará el debate en Comisión, que se hará artículo por artículo. En cada uno de ellos podrán hacer uso de la palabra los enmendantes al artículo y los miembros de la Comisión. 2. Las enmiendas que se hubieren presentado en relación con la Exposición de Motivos se discutirán al final del articulado, si la Comisión acordare incorporar dicha Exposición de Motivos como Preámbulo de la ley. 3. Durante la discusión de un artículo, la Mesa podrá admitir a trámite nuevas enmiendas que se presenten en este momento por escrito por un miembro de la Comisión, siempre que tiendan a alcanzar un acuerdo por aproximación entre las enmiendas ya formuladas y el texto del artículo. También se admitirán a trámite enmiendas que tengan por finalidad subsanar errores o incorrecciones técnicas, terminológicas o gramaticales.

Artículo 115. 1. En la dirección de los debates de la Comisión, la Presidencia y la Mesa ejercerán las funciones que en este Reglamento se confieren a la Presidencia y a la Mesa del Congreso. 2. El Presidente de la Comisión, de acuerdo con la Mesa de ésta, podrá establecer el tiempo máximo de la discusión para cada artículo, el que corresponda a cada intervención, a la vista del número de peticiones de palabra y el total para la conclusión del dictamen.

Artículo 116. El dictamen de la Comisión, firmado por su Presidente y por uno de los Secretarios, se remitirá al Presidente del Congreso a efectos de la tramitación subsiguiente que proceda.”

manutenção para nova apreciação por parte do plenário. Trata-se da faculdade estabelecida pelo art. 117 do Regulamento do *Congreso de los Diputados*⁹³.

Após a apreciação na Comissão, a matéria seguiu para o plenário dessa Casa Legislativa, tendo sido aprovada no dia 18/10/2004.

Ato contínuo, a matéria seguiu para o Senado, onde passou por uma tramitação semelhante à da Casa Legislativa anterior, mas com um detalhe que faz muita diferença: de acordo com o art. 90 da Constituição espanhola⁹⁴, recebido o texto oriundo do *Congreso de los Diputados*, o Senado espanhol dispõe de apenas dois meses para concluir a tramitação do projeto de lei. No projetos com urgência declarada pelo Governo ou pelo *Congreso de los Diputados* esse prazo pode ser reduzido a vinte dias. Trata-se de um constrangimento institucional extremamente positivo⁹⁵.

O prazo de apenas dois meses dado ao Senado diminui (e muito) o tempo do processo legislativo espanhol. De forma geral, entre o envio de um projeto de lei pelo Conselho de Ministros, sua aprovação definitiva pelas duas Casas Legislativas, a sanção e promulgação pelo Rei e publicação no *Boletín Oficial del Estado (BOE)*. Em média, decorre pouco tempo, apenas cinco meses normalmente. Ou seja, um processo legislativo extremamente rápido.

São três os tipos de atuação do Senado espanhol: 1) aprovação do texto tal como veio do *Congreso de los Diputados*, situação em que fica definitivamente aprovado; 2) introdução de emendas, o que exige o retorno do projeto para que o plenário do *Congreso de los*

⁹³ “Artículo 117. Los Grupos Parlamentarios, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la fecha de terminación del dictamen, en escrito dirigido al Presidente de la Cámara, deberán comunicar los votos particulares y enmiendas que, habiendo sido defendidos y votados en Comisión y no incorporados al dictamen, pretendan defender en el Pleno.”.

⁹⁴ Eis o seu conteúdo: “Artículo 90. 1. Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste. 2. El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple. 3. El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.”.

⁹⁵ De acordo com o *Secretario-Geral Adjunto para Asuntos Parlamentarios* do Senado espanhol, Fernando Dorado, em entrevista concedida para esta este no dia 17/11/2017, a praxe é que esse prazo seja rigorosamente respeitado. Conforme seu relato, não existem registros de algum episódio em que se tenha procedido de maneira diferente. Consequentemente, tampouco existem especulações sobre o que aconteceria se o Senado espanhol simplesmente descumprisse tal prazo ou simplesmente ficasse silente. Ao que parece, existe a consciência institucional de que o trabalho “mal feito” o faria perder o (já pouco) espaço de que dispõe no processo legislativo.

Diputados as aceite ou rejeite; e 3) imposição de veto, o qual deve ser aprovado por maioria absoluta^{96, 97}.

Conforme o Regimento Interno (*Reglamento*) do Senado, art. 104, o projeto de lei também é publicado e remetido à Comissão competente, no caso a Comissão de Trabalho e Assuntos Sociais⁹⁸. Após a publicação, igualmente é aberto o prazo para emendas, mas este é de apenas dez dias (prorrogável unicamente por até mais cinco dias, desde que por requerimento de 25 senadores)⁹⁹.

No caso em análise, no total foram apresentadas 234 emendas nesta Casa Legislativa, as quais, com as respectivas justificações, foram publicadas no dia 08/11/2004¹⁰⁰. Repetindo-se o procedimento do *Congreso de los Diputados*, um grupo parlamentar (*Ponencia*) se debruçou sobre a análise das emendas apresentadas, manifestando-se preliminarmente sobre o respectivo acolhimento, nos termos do parecer (*Informe*), publicado em 22/11/2004¹⁰¹.

O relatório da Comissão (*Dictamen*) foi publicado em 29/11/2004¹⁰².

No dia 02/12/2004, o pleno do Senado espanhol aprovou o texto do projeto de lei com as emendas acolhidas. No dia 14/12/2004, tais emendas do Senado ao projeto de lei foram publicadas e seguiram novamente para análise por parte do *Congreso de los*

⁹⁶ É o que dispõe o art. 106 do Regulamento do Senado: “*Artículo 106. 1. La Cámara dispone de un plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, para aprobarlo expresamente o para, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. 2. Dicho plazo se entiende referido al período ordinario de sesiones. En el caso de que concluyese fuera de este período, se computarán los días necesarios del siguiente hasta completar el plazo de dos meses.*”

3. *Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de la posibilidad de convocar sesiones extraordinarias.*”

⁹⁷ O *Congreso de los Diputados* poderá superar o veto do Senado, aprovando o texto inicial também por maioria absoluta. Se esse quórum não é alcançado, após transcorridos dois meses do veto, o *Congreso de los Diputados* poderá aprovar o texto inicial por maioria simples.

⁹⁸ “*Artículo 104. 1. Los proyectos y las proposiciones de ley aprobados por el Congreso de los Diputados y remitidos por éste al Senado se publicarán y distribuirán inmediatamente entre los Senadores. La documentación complementaria, si la hubiere, podrá ser consultada en la Secretaría de la Cámara. 2. La Mesa, en la primera sesión siguiente a su recepción, declarará la competencia de la Comisión que haya de conocer del proyecto o proposición de ley, y dispondrá la apertura del plazo de presentación de enmiendas. 3. Cuando la Mesa no tenga previsto reunirse en los tres días siguientes a su recepción, el Presidente procederá en la forma establecida en el apartado anterior.*”

⁹⁹ “*Artículo 107. 1. Dentro de los diez días siguientes a aquel en que se haya publicado el proyecto o proposición de ley, los Senadores o los Grupos parlamentarios podrán presentar enmiendas o propuestas de veto. Dicho plazo podrá ser ampliado, a petición de veinticinco Senadores, por un período no superior a cinco días. 2. Las enmiendas y las propuestas de veto deberán formalizarse por escrito y con justificación explicativa. 3. En el supuesto de que no se presenten enmiendas o propuestas de veto, el proyecto o proposición de ley pasará directamente al Pleno.*”

¹⁰⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, Núm. II-1-c, de 11/11/2004, pp. 49-141. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/BOCG/II/II0001C.PDF>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁰¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, Núm. II-1-d, de 22/11/2004, pp. 143-188. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/BOCG/II/II0001D.PDF>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁰² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, Núm. II-1-e, de 29/11/2004, pp. 189-236. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/BOCG/II/II0001E.PDF>. Acesso em: 10 out. 2017.

*Diputados*¹⁰³. Esta última casa, por sua vez, aprovou definitivamente o projeto de lei em 22/12/2004. A respectiva publicação se deu em 29/12/2004¹⁰⁴

Como se vê, a tramitação do projeto de lei que se converteu na LVG durou pouco menos de seis meses dentro do Poder Legislativo espanhol, um prazo bastante rápido. O projeto foi encaminhado ao Parlamento no dia 08/06/2004, considerando as férias de verão – que costumam paralisar as atividades por quase dois meses entre julho e agosto de cada ano – e a sua aprovação em 22/12/2004, está-se diante de um processo legislativo de extrema celeridade, quaisquer que sejam os parâmetros de avaliação. Certamente, trata-se de uma característica diretamente relacionada à cultura institucional no país, a começar pela própria previsão constitucional no sentido de que o Senado espanhol tem apenas dois meses para apreciação dos projetos de leis. Esse importante ponto será retomado por ocasião da Parte III desta tese.

3.6. Os argumentos no Parlamento

No processo legislativo, a argumentação dos parlamentares se manifesta especialmente em dois momentos: no emendamento (especialmente perante as comissões) e nas discussões já em plenário, prévias à votação definitiva. E, especificamente pelo emendamento, o Legislativo tem a oportunidade de desfigurar completamente a proposta original enviada pelo governo, sendo certamente um dos momentos mais propícios à análise da argumentação legislativa.

Nas duas casas, todos os grupos parlamentares fecharam o acordo de aprovar o texto elaborado pelo governo – com as emendas parlamentares acordadas, naturalmente –, por consenso e com a máxima celeridade. Esse tipo de acordo de todos os grupos políticos, por um lado, revela o compromisso sobre o tema, que clamava por providências urgentes; por outro, no entanto, apresenta desvantagens quanto à qualidade do debate, pois no afã da imediatez, deixa-se de aprofundar sobre se realmente as medidas em discussão serviam aos

¹⁰³ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Núm. A-2-9, de 14/12/2004, p. 121-193. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_002-09.PDF>. Acesso em: 10 out. 2017. Primeiramente, foram destacadas as emendas aprovadas, depois o texto compilado da lei. Já no Senado, houve a publicação do texto aprovado. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, Núm. II-1-f, de 14/12/2004, pp. 237-283. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/BOCG/II/II0001F.PDF>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁰⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Núm. A-2-10, de 29/12/2004, pp. 195-236. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_002-10.PDF>. Acesso em: 10 out. 2014.

fins propostos, se o problema social será resolvido. Essa característica foi observada nas duas casas.

Por razões didáticas, entretanto, inicie-se com os debates no *Congreso de los Diputados* e, na sequência, no Senado espanhol.

Como já comentado no apartado anterior, na primeira casa foram apresentadas 478 propostas de emendas ao projeto de lei¹⁰⁵. Trata-se de um número muito elevado em quaisquer circunstâncias, especialmente diante de uma versão original com um número de artigos menor do que um terço dessa quantidade (como visto, a proposta contava com 60 artigos).

Uma grande parte dessas emendas parlamentares se limitou a oferecer aperfeiçoamentos linguísticos. No geral, eram simples retoques à redação proposta pelo governo, cuja qualidade técnica já era satisfatória, vale notar, pois não apresentava defeitos ou falhas que impedissem a compreensão. Basta analisar o relatório (*Informe*) da *Ponencia* para comprovar a afirmação.

Outra parte das emendas estabeleciam ou alteravam prazos para a implementação de disposições. Poucos foram os acréscimos mais substanciais ao projeto de lei original. Um dos pontos que mais chamou a atenção foi justamente esse aspecto: a manutenção das opções legislativas feitas pelo governo. É dizer, as emendas parlamentares, mesmo acrescentando algumas disposições, não contradisseram a proposta original.

Outro aspecto também importante consiste no minucioso trabalho da Comissão de Trabalho e Assuntos Sociais, que se encarregou de consolidar as emendas apresentadas. Essa Comissão se reuniu no dia 30/09/2004 e as atas do debate parlamentar foram imediatamente publicadas¹⁰⁶. Durante a sessão, além das emendas formalmente apresentadas, também foram apresentadas as chamadas “emendas transacionais”, uma figura inexistente no procedimento legislativo brasileiro¹⁰⁷. Tratam-se de emendas criadas a partir das ideias ou intenções

¹⁰⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, n. A-2-4, de 24/09/2004, pp. 37-207. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/BOCG/A/A_002-04.PDF>. Acesso em 12 out. 2004.

¹⁰⁶ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n. 91, de 30/09/2004, pp. 2-9. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_091.PDF#page=2>. Acesso em: 12 out. 2004.

¹⁰⁷ Na praxis parlamentar do Brasil, o mais próximo a tais “emendas transacionais” do direito parlamentar espanhol seriam as chamadas emendas aglutinativas, conforme o art. 122 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD: “*Art. 122. As emendas aglutinativas podem ser apresentadas em Plenário, para apreciação em turno único, quando da votação da parte da proposição ou do dispositivo a que elas se refiram, pelos Autores das emendas objeto da fusão, por um decimo dos membros da Casa ou por Líderes que representem esse número. § 1º Quando apresentada pelos Autores, a emenda aglutinativa implica a retirada das emendas das quais resulta. § 2º Recebida a emenda aglutinativa, a Mesa poderá adiar a votação da matéria por uma sessão para fazer publicar e distribuir em avulsos o texto resultante da fusão.*”. A figura das emendas aglutinativas não existe no Regimento Interno do Senado Federal, onde a praxe acaba sendo a de, sob o rótulo de emendas de redação (claramente sem sê-lo), aprovar modificações de mérito mais amplas no texto, acordadas

apresentadas em outras emendas, consolidando propostas (ou conciliando as antagônicas) com o objetivo de agilizar o debate e alcançar mais rapidamente o consenso, já que as emendas originalmente apresentadas são descartadas.

Conforme acordado entre os grupos parlamentares, e tal procedimento foi explicado no início da sessão, todas as emendas foram apresentadas, sem que houvesse intervenções nesse momento e, na sequência, fez-se um intervalo para “o conhecimento” dessas emendas transacionais.

Na verdade, essa pausa é estratégica para o que se poderia denominar “diálogos do cafezinho”, que costumam ser bastante proveitosos para se alcançar o consenso entre os grupos parlamentares de forma mais rápida. Foi exatamente o que aconteceu no caso em análise: nesse intervalo se alcançou um acordo unânime.

Na sequência, o debate foi retomado e diversos parlamentares autores retiraram suas emendas em prol das emendas transacionais. As intervenções dos deputados que tiveram a palavra tiveram basicamente esse conteúdo: a explicação de parte das emendas foram contempladas, a expressa menção às emendas objeto de renúncia e a felicitação pelo acordo alcançado entre todos os grupos parlamentares.

O caso analisado permite entrever que uma parte considerável do discurso é dedicada a esse tipo de agradecimento pelo “esforço”, congratulação aos “colaboradores” que viabilizaram o acordo ou a célere tramitação da lei. Nessas situações de grande e notável consenso, igualmente é comum se repetirem falas no sentido de que se trata de uma lei “positiva, oportuna e necessária”¹⁰⁸. As intervenções são curtas e a maioria reitera que “se trata de dar uma resposta a uma das manifestações mais graves que existem de vulneração de direitos humanos”¹⁰⁹ e que há muitas “expectativas” na cidadania a respeito da lei¹¹⁰. Igualmente se mencionou o “interesse comum de que a lei tenha êxito”¹¹¹. A menção à celebração do acordo para a aprovação da lei esteve presente em praticamente todas as intervenções parlamentares da sessão.

Um tom de cautela e a crítica pela rapidez do expediente permearam o debate em dois momentos. Primeiramente, o Deputado Rodríguez Rodríguez (*Coalición Canaria*),

pelos parlamentares, sem uma maior sistematização. Essa prática, que definitivamente não é a ideal, implica perdas de transparência e dificulta a reconstrução dos desacordos.

¹⁰⁸ Como foi a intervenção da Deputada Uría Etxebarria (EAJ-PNV). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n. 91, de 30/09/2004, pp. 2-9, pp. 7-8.

¹⁰⁹ Idem, ibidem, p. 8.

¹¹⁰ Intervenção da Deputada Bonás Pahisa (Grupo Esquerra Republicana de Catalunya). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n. 91, de 30/09/2004, pp. 2-9, p. 8.

¹¹¹ Intervenção da Deputada Pigem I Palmés (*Convergencia i Unió*). Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n. 91, de 30/09/2004, pp. 2-9, p. 8. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_091.PDF#page=2>. Acesso em: 12 out. 2017.

mesmo reconhecendo o interesse, consignou que o tempo tinha se convertido em “adversário da lei”¹¹². Em segundo lugar, a Deputada Camarero Benítez (*Grupo Popular*) reclamou da “tramitação precipitada” e da decisão de limitar a uma única relatoria, diante de um projeto de lei de tal importância e da apresentação de 478 emendas. E mais, essa última deputada manteve as emendas apresentadas para discussão posterior no plenário¹¹³, ou seja, insistiu na discussões das propostas de aperfeiçoamento que apresentou.

Muitas vezes, esse tipo de argumentação em prol de uma maior discussão sobre o tema são falaciosas e têm o intuito de dilatar, de postergar os debates, com o propósito de eludir por completo a aprovação do projeto de lei em questão. Trata-se da falácia da dilação. Entretanto, ao parecer, não é o que acontece no caso, os deputados não teriam incorrido nessa falácia no caso concreto (até mesmo porque as discussões não foram dilatadas). De toda maneira, a afirmação de razões para a dilação dos debates parlamentares devem sempre chamar a atenção nas análises das argumentações legislativas.

Com efeito, na votação, as emendas foram votadas em bloco e aprovadas por 18 votos a favor e 21 abstenções.

Visto o emendamento e o que aconteceu na Comissão, passa-se à análise dos debates por ocasião do plenário, considerado o momento da argumentação legislativa por excelência.

O projeto de lei em comento foi pautado para a sessão plenária de 07/10/2004. Os debates transcritos foram publicados imediatamente¹¹⁴, outra característica bastante impressionante do sistema espanhol.

O então Ministro de Trabalho e Assuntos Sociais, Caldera Sánchez-Capitán, compareceu pessoalmente à sessão para um breve discurso de apresentação do projeto de lei que seria votado. Começou destacando que a violência contra as mulheres atenta contra um artigo substancial em que se baseia a convivência, fazendo referência ao dispositivo da Constituição espanhola que defende o princípio da dignidade.

O Ministro também fez referência à igualdade, lembrou que o projeto de lei se cuidava de uma promessa de campanha do então Presidente do Governo e enfatizou bem que a vontade política subjacente à proposta é a “estratégia de proteção integral”. Esse ponto claramente aparece como um argumento em favor da lei. De acordo com o Ministro:

¹¹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n. 91, de 30/09/2004, pp. 2-9, p. 7. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/CO/CO_091.PDF#page=2>. Acesso em: 12 out. 2017.

¹¹³ Idem, ibidem, p. 8.

¹¹⁴ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, n. 39, de 07/10/2004, pp. 1703-1729. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_039.PDF>. Acesso em: 12 out. 2017.

(...) uma luta eficiente e eficaz contra a violência que se exerce sobre as mulheres exige políticas integradas, globais, coordenadas, nas quais participem todas as forças políticas, todas as instituições, os agentes sociais e as organizações especializadas, com uma menção especial à atuação dos juízes, forças e corpos de segurança do Estado, como crime grave que é, e também da Administração sanitária.¹¹⁵

Nas entrelinhas desse discurso está a ideia de que todo o Governo está atuando em conjunto, reunindo esforços para erradicar a violência contra a mulher. E para garantir o sucesso, anuncia a criação dos dois novos organismos estatais: a Delegação do Governo contra a violência contra a Mulher e o Observatório Nacional da Violência contra a mulher.

A estratégia se apresentou interessante, pois a criação de novos entes públicos com frequência é objeto de ataques por parte da oposição, já que implicam aumento de gastos. Não foi o que aconteceu no caso.

Justificou as medidas destinadas exclusivamente à mulher como de “ação positiva”¹¹⁶. Para isso, fez uso de um argumento consequencialista (ou utilitarista), qual seja, quanto aos “efeitos favoráveis de um tratamento desigual, inclusive em matéria penal, podem gerar no reequilíbrio de situações de partida desiguais [entre homens e mulheres]”¹¹⁷. Naturalmente, o pressuposto é o de que existe uma desigualdade e que a intervenção de um Direito desigual gerará a igualdade. Esse é um ponto importante e será retomado mais adiante.

O Ministro fez menção à emenda parlamentar que introduziu como sujeito passivo a “pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor”, aqui já sem referência ao “gênero”. A medida foi tomada como tendo sido um aperfeiçoamento da lei, entendeu-se que também aqui se procedia a uma “discriminação positiva”¹¹⁸.

¹¹⁵ No original: “(...) una lucha eficiente y eficaz contra la violencia que se ejerce hacia las mujeres exige políticas integradas, globales, coordinadas en las que participen todas las fuerzas políticas, todas las instituciones, los agentes sociales y las organizaciones especializadas, con una mención especial a la actuación de los jueces, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de la administración sanitaria.” (Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, n. 39, de 07/10/2004, pp. 1703-1729, p. 1699).

¹¹⁶ Para um esclarecimento sobre as expressões “ação positiva” e “discriminação inversa”, confira-se a nota de rodapé 72. Para a discussão sobre o cabimento das medidas de ação positiva no direito penal, vejam-se as referências listadas na páginas 73.

¹¹⁷ O argumento no original foi apresentado da maneira seguinte: “(...) El proyecto ha optado, por lo tanto, por un derecho desigual para la igualdad, ignorando por completo el otro fenómeno de violencia de género, esto es, la sufrida por varones, bajo la convicción de los efectos favorables que un trato desigual, incluso en materia penal, puede generar en el reequilíbrio de situaciones de partida desiguales.” (Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, n. 39, de 07/10/2004, pp. 1703-1729, p. 1704).

¹¹⁸ A questão, no entanto, é extremamente polêmica. Em primeiro lugar, pela própria pertinência da emenda. Como será visto com mais detalhes mais à frente, sua inserção gerou críticas, especialmente por ter acarretado uma perda de coerência da lei, a qual era voltada para a proteção só da mulher originalmente (contra a “violência de gênero”). Em segundo lugar, pela extensão das medidas de proteção a um coletivo mais amplo, desnaturando a “discriminação positiva”. Isso, sem contar a oposição de medidas desse tipo no âmbito penal, como já adiantado. Seja como for, tal inserção foi uma importante modificação da lei operada pelos membros do Poder Legislativo.

Passou, então, a expor as linhas básicas do projeto de lei. Começou justamente pelo que há de mais inovador no discurso estatal sobre a violência contra a mulher: o reconhecimento de que não se trata de uma violência qualquer, mas sim *“uma violência que surge como manifestação da discriminação, da situação de desigualdade e das relações de poder dos homens sobre as mulheres”*¹¹⁹.

Afirmou que se trata de uma violência que *“manifesta pautas de conduta socioculturais que colocam a mulher em uma situação de sujeição ou submissão ao homem e que constituem por isso práticas discriminatórias”*¹²⁰. Explicou que a violência de gênero *“se baseia em uma ideia de profunda desigualdade entre seres humanos e particularmente entre os gênero feminino e masculino”*¹²¹. Como se vê a partir desse trecho, a fala do Ministro revela a profunda influência da *“ideologia de gênero”* na elaboração da LVG¹²².

Foi nesse momento quando deu um salto ao declarar que a violência de gênero *“é exercida sobre a mulher por parte de quem seja ou tenha sido seu cônjuge ou de quem estejam ou tenham estado ligadas a por relações familiares de afetividade, mesmo sem convivência”*. Em suas palavras, trata-se de uma violência *“qualificada”* por essa relação que a vítima tem com seu agressor, pois é nesse âmbito que o fator de risco sociocultural tem sua mais clara manifestação concreta. Este ponto, como se vê, foi o que justificou a maior reprovabilidade dessa violência praticada contra a mulher e, conseqüentemente, a escolha legislativa em restringir o âmbito de proteção da lei, considerando como sujeito ativo apenas a *pareja*, o companheiro sentimental da vítima (atual ou ex).

O Ministro continuou sua apresentação voltando-se para as medidas de proteção integral, cujas finalidades são prevenir, punir e erradicar a violência e prestar assistência às vítimas. Explica, então, as principais iniciativas da lei nas matérias de sensibilização, educação, garantias trabalhistas, previdenciárias, estrategicamente deixando para mencionar

¹¹⁹ Idem, ibidem.

¹²⁰ Idem, ibidem.

¹²¹ Idem, ibidem.

¹²² No original: *“Las líneas básicas de actuación del proyecto consisten en definir el objeto de la ley, que es actuar contra la violencia, que no es una violencia cualquiera, es una violencia que surge como manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y basándose en ellas se ejerce la violencia sobre las mujeres. Quiere ello decir que la ley no actúa sobre cualquier tipo de violencia, sino sobre aquella que manifiesta unas pautas de conducta socioculturales que colocan a la mujer en una situación de supeditación o sometimiento al hombre y que constituyen por ello prácticas discriminatorias. El proyecto de ley combate, pues, la violencia de género, la cual se asienta en una idea de profunda desigualdad entre seres humanos y particularmente entre el género femenino y el masculino. Esta violencia de género es ejercida sobre la mujer por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones familiares de afectividad, aun sin convivencia. Es decir, se trata de una violencia, señorías, cualificada por la relación singular que la víctima tiene con el agresor, pues es en este ámbito donde ese factor de riesgo sociocultural tiene su más clara plasmación.”*. (Idem, ibidem).

por último as medidas penais contra o agressor. Afirma que essas são “*o último instrumento de que o Estado deve se valer para conseguir seus fins*”¹²³ e reitera que o objetivo da nova lei consiste em “*avançar fundamentalmente na promoção de novos hábitos e condutas sociais*” e ressalta a “função pedagógica” das normas penais e processuais, especialmente para a formação do pessoal a serviço da Administração¹²⁴. Por fim, menciona as medidas de proteção voltadas para os menores, considerados pela lei vítimas indiretas da violência contra a mulher.

Do que foi exposto até agora, vê-se uma exposição bastante técnica e coerente com o projeto de lei, ao mesmo tempo em que assume o marco teórico no qual se baseiam as medidas.

Sem prejuízo, o Ministro também mostra lucidez na passagem seguinte:

Todos somos conscientes, senhorias, de que as medidas legislativas que propomos são um elemento importante, porém não definitivo, na correção dessas pautas culturais profundamente arraigadas, desse machismo que às vezes deriva em condutas criminais. Não será suficiente a norma, mas esta tem um sentido protetor e pedagógico. Estou convencido de que, para a correção dessas pautas de comportamento, além da norma, necessitamos esforços plurais e, de forma significativa, processos de aprendizagem baseados na igualdade, como prega o texto constitucional, e de forma específica na igualdade de gênero, como exige de forma radical nossa realidade social, uma realidade que se mostra ainda refratária a esses avanços sociais, mas que (*sic*) vamos conseguir apesar disso.¹²⁵

Esse lampejo de realidade – no sentido de que se trata de um problema complexo e persistente – é logo emendado com a conclamação para que os parlamentares aprovelem o projeto de lei, dada a sua necessidade nesse contexto. É o que diz logo na sequência:

Essa realidade bruta, por assim dizer, justifica uma iniciativa legislativa como a que hoje está sobre a mesa, o projeto de lei de medidas de proteção integral contra a violência de gênero; constitui também uma expressão de rebelião frente a esses comportamentos que todos rejeitamos. Combater esta situação eficazmente é tarefa de todos e de todas, e só conseguiremos erradicá-la quando toda a sociedade adquira o compromisso de tolerância zero com esse tipo de violência. Estou seguro de que os senhores com seu trabalho vão a contribuir poderosamente para erradicá-la.¹²⁶

¹²³ Idem, *ibidem*, p. 1705.

¹²⁴ Idem, *ibidem*, p. 1705.

¹²⁵ No original: “*Todos somos conscientes, señorías, de que las medidas legislativas que proponemos son un elemento importante, pero no definitivo, en la corrección de estas pautas culturales profundamente arraigadas, de ese machismo que a veces deriva en conductas criminales. No será suficiente la norma, pero ésta tiene un sentido protector y pedagógico. Estoy convencido de que, para la corrección de estas pautas de comportamiento, además de la norma, necesitamos esfuerzos plurales y, de forma significativa, procesos de aprendizaje basados en la igualdad, como predica nuestro texto constitucional, y de forma más específica en la igualdad de género, como exige de forma radical nuestra realidad social, una realidad que se muestra todavía refractaria a estos avances sociales, pero que vamos a conseguir entre todos.*”. (Idem, *ibidem*).

¹²⁶ No original: “*Esa realidad mostrenca, por decirlo de algún modo, justifica una iniciativa legislativa como la que hoy está sobre la mesa, el proyecto de ley de medidas de protección integral contra la violencia de género; constituye también una expresión de rebelión frente a estos comportamientos que todos rechazamos. Combatir esta situación eficazmente es tarea de todos y de todas, y sólo conseguiremos erradicarla cuando toda la*

Ovacionado com aplausos, o discurso do Ministro refletiria razoavelmente o espírito do que deveriam ser as intervenções legislativas feitas oralmente no Parlamento. No caso concreto, reuniu um mínimo de técnica (explicação das medidas legislativas), sem descuidar dos aspectos retóricos e igualmente justificando politicamente a proposição em debate. Deve-se chamar a atenção para esse ponto. É que normalmente um dos grandes problemas da argumentação que se desenvolve no âmbito do Poder Legislativo está em uma espécie de cisão que se pode observar entre a argumentação em relação aos aspectos técnicos do projeto de lei, que seria típica dos assessores legislativos (*draftsmen*), e os discursos dos próprios parlamentares no momento seguinte, já quando das sessões deliberativas.

Ademais, é muito raro que, além do deputado ou senador relator (*ponente*) do projeto de lei, algum outro membro político das Casas Legislativas seja capaz de argumentar com desenvoltura sobre o tema, especialmente reunindo esses três aspectos: a defesa dos aspectos técnicos, a adequação do ponto de vista político, juntamente com a beleza do discurso (a oratória bem orientada pela retórica). Geralmente, quem o faz é (ou já foi) autor de um projeto de lei sobre a matéria ou já participou de discussão análoga antes.

A verdade é que são poucos os políticos que se arriscam a manifestar-se em plenário. Entre os poucos que o fazem, há uma forte tendência a que descuidem os aspectos técnicos da lei¹²⁷. Não foi, contudo, o que aconteceu na intervenção do Ministro, em sua argumentação a respeito da proposição legislativa em debate. Uma das principais qualidades de sua intervenção esteve na transparência das premissas (a ideologia de gênero). Se o caso é de se concordar com sua defesa ou não, esse já é outro ponto. Além disso, o discurso foi de um Ministro, não de um parlamentar, recorde-se.

O comparecimento pessoal do Ministro ao Parlamento também denota a realidade de certo deslocamento da atividade legislativa para o Poder Executivo, de quem partiu a autoria e

sociedad adquiriera el compromiso de tolerancia cero con este tipo de violencia. Estoy seguro de que ustedes con su trabajo van a contribuir poderosamente a erradicarla.”. (Idem, ibidem).

¹²⁷ Essa realidade parece não ser um privilégio dos tempos presentes. Já em sua época, Jeremy Bentham (1748-1832), comentando sobre as possíveis causas do predomínio da falácia do argumento de autoridade nos Parlamentos, afirmou: “*La ciega sumisión, la ignorancia, la pereza, la irresponsabilidad, son causas que permiten a la falacia conservar su ascendiente sobre las asambleas rectoras del Imperio británico.*” (**Falacias políticas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 29). Bentham criticou essa tendência de o homem “*(...) tomar prestada la opinión de otro porque su ignorancia e imbecilidad le persuaden de que él mismo es incapaz, o porque le falta ánimo para formársela por sí mismo; y si es entonces ignorante, no faltándole el talento natural, es por ser tan perezoso. El conocimiento, especialmente en un dominio tan extenso, requiere estudio; e el estudio demanda trabajo de la mente, con más o menos energía, por más o menos tiempo.*” (Idem, ibidem, p. 30). Então, já entrando no perfil dos membros do Parlamento britânico de seu tempo, arremata: “*El sentido de responsabilidad falta por completo en gran parte de los diputados, (...) la Cámara se compone de personas cuyas mentes no cuentan con más provisión que la de prejuicios discordantes, de los que, en cada ocasión, siguen aquél que mejor favorece el interés o pasión del momento.*” (Idem, ibidem).

a iniciativa do projeto de lei em discussão. Nessa situações, são comuns as propostas governamentais gozarem de uma prioridade e celeridade na tramitação parlamentar. Esse fator, o interesse do governo, não deve ser desprezado por ocasião da análise e avaliação da argumentação legislativa respectiva.

Como comentado acima, a votação em plenário é tradicionalmente tomada como o ápice da argumentação legislativa, muito embora na verdade nem sempre esse momento represente o mais rico em termos qualitativos. Isso porque, devido às peculiaridades da dinâmica no Poder Legislativo, “a matéria” (leia-se, o projeto de lei, no jargão parlamentar) costuma ser encaminhada a plenário somente quando já está “redonda”, também no vocabulário corrente, ou seja, quando já existe um consenso mínimo sobre os seus termos. Não é comum que se pautem projetos de lei que sabidamente não serão aprovados.

Muito embora se idealize muito sobre o que deveriam ser as argumentações dos parlamentares em plenário, o fato é que a possibilidade de emendamento delas decorrentes é ínfima. Alguns teóricos nos temas legislativos chegam a defender a concentração dos debates em plenário, recomendando-as como um instrumento positivo, que conferiria maior poder e legitimidade ao Poder Legislativo, etc. No entanto, na prática, lá dentro, os técnicos e assessores (*letrados*) legislativos consideram o emendamento em plenário algo contraproducente, que embaralha a tramitação, pois dificulta um juízo mais técnico ali, ao instante em que estão sendo votadas em plenário.

Para os funcionários do Parlamento, “a matéria” somente deve ir a plenário quando esteja “pronta para a aprovação”. Se não há maioria, o caso deveria ser de não pautar ou rejeitar, devendo ser evitadas a todo custo as emendas de improviso, “do cafezinho” para aprovação no plenário. O tema do emendamento é controvertido e será abordado com maior profundidade na Parte III desta tese.

A reflexão é pertinente porque vários parlamentares insistiram no exame de emendas que tinham apresentado anteriormente (e não foram acolhidas nas Comissões), ao tempo em que os debates parlamentares se seguiram.

A primeira intervenção, da Deputada Barkos Berruezo (*Grupo Mixto*¹²⁸), de cara reconheceu que, com relação à necessidade da lei integral, não era necessária qualquer defesa.

¹²⁸ Os grupos ou blocos parlamentares são constituídos por dois ou mais partidos que, por decisão de suas respectivas representações, se reúnem sob uma liderança comum. Na Espanha, a disciplina de sua constituição e funcionamento está nos arts. 23 a 29 do *Reglamento del Congreso*. Muito resumidamente, comentem-se alguns detalhes. A formação dos blocos se dá nos primeiros cinco dias após a sessão constitutiva do *Congreso*. O grupo parlamentar não pode ter menos de 15 deputados, mas também se admite tal reunião por parte dos partidos que, mesmo sem esse número, tenham obtido ao menos cinco assentos (*escaños*) e tenham obtido 15% dos votos correspondentes nas circunscrições nas quais tenham apresentado candidatura ou 5% dos votos emitidos em todo

Entretanto, criticou a escolha legislativa de limitar a proteção da mulher ao ambiente mais próximo, mais conhecido, e disse que a proteção deveria ser assegurada de forma mais ampla. Repreendeu, ainda, a rapidez com que se levou a cabo a tramitação¹²⁹.

A participação subsequente, da Deputada Lasagabaster Olazabal (*Grupo Mixto*), insistiu no caráter integral da lei como elemento de extrema importância para fazer frente à complexidade social do problema e fez questão de alfinetar os que defendem “soluções mais simples”. Enfatizou que a violência contra a mulher afeta a própria essência da mulher, que as vítimas desse tipo de violência se encontram em situações de vulnerabilidade extrema e que se configura uma violação de direitos humanos que sofrem as mulheres pelo mero fato de ser mulher¹³⁰.

A deputada somou-se à crítica quanto à celeridade da tramitação. Sua intervenção acrescenta um dado importante sobre as discussões das medidas, e que até então estava um pouco oculto: a existência de opiniões contraditórias sobre as medidas legislativas discutidas, especialmente em matéria de política criminal. Ao que parece, fez referência a especialistas que podem ter comparecido às audiências públicas (*Comparencias*). Na sequência, afirmou:

o país (art. 23.1). Não se admitem dissidências de parlamentares, ou seja, os membros de um mesmo partido estão proibidos de participar de blocos separados. Os partidos que não tenham participado das eleições não podem formar grupos (art. 23.2). A constituição do grupo se formaliza com a apresentação de um escrito dirigido à Mesa, assinados pelos que desejam constituir tal grupo, indicando seus membros, o líder (*portavoz*) e os substitutos (art. 24). Os parlamentares que não foram integrados a nenhum dos grupos formados no prazo de 5 dias referido ficam incorporados ao chamado *Grupo Mixto* (art. 25.1). Os parlamentares somente podem mudar de grupo parlamentar durante os primeiros cinco dias de cada período de sessões, exceto se o deslocamento é para o *Grupo Mixto* (art. 27.1). A página do *Congreso de los Diputados* estabelece os grupos parlamentares como os “principais atores da atividade parlamentar” (Disponível em: <[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Transparencia/InfInst it/FuncGrup](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Transparencia/InfInst%20FuncGrup)>. Acesso em: 13 jan. 2018). A dinâmica dos grupos ou blocos parlamentares é semelhante à de uma coligação nas campanhas eleitorais, mas, no caso dos primeiros, sua existência é adstrita ao Parlamento, ou seja, só funciona internamente, e é circunscrita à legislatura em que foram constituídos. No Brasil, conforme o regimento da Câmara dos Deputados, os partidos que optam pela formação de um grupo parlamentar perdem suas atribuições e prerrogativas regimentais. Ainda de acordo com o referido regimento interno, o bloco parlamentar deve ser composto por um mínimo de 3% dos membros da Casa, conforme disposto no art. 12 do RICD. Portanto, para o que interessa quanto ao *Grupo Mixto*, bastante ativo por ocasião dos debates da LVG, trata-se de formação constituída pelos deputados que não cumpriram os requisitos regimentais para a criação de um grupo parlamentar próprio. Corresponderia, assim, à minoria, a qual, por intermédio do *Grupo Mixto*, dispõe das mesmas possibilidades de intervenção e participação dos demais blocos parlamentares. As composições de cada um dos grupos parlamentares nas respectivas legislaturas, com detalhes sobre datas de entrada, saída e, inclusive, as iniciativas parlamentares respectiva, pode ser encontrada na página do *Congreso de los Diputados* (Disponível em: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/GruPar?_piref73_2914053_73_1339199_1339199.next_page=/wc/cambioLegislatura>. Acesso em: 13 jan. 2018). Na VII Legislatura (2004-2008), o *Grupo Mixto* foi composto pelos seguintes deputados: Uxue Barkos Berruezo (por Navarra), María Olaia Fernández Davila (por Pontevedra), José Antonio Labordeta Subías (por Zaragoza), Begoña Lasagabaster Olazábal (por Guipúzcoa), Francisco Rodríguez Sánchez (A Coruña), com a incorporação posteriormente dos deputados Joaquín Calomarde Gramage (por Valencia), Luis Mardones Sevilla (por Santa Cruz de Tenerife), Ana María Oramas González-Moro (por Santa Cruz de Tenerife) e Román Rodríguez Rodríguez (por Las Palmas).

¹²⁹ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, n. 39, de 07/10/2004, pp. 1703-1729, p. 1706.

¹³⁰ Idem, ibidem.

“acreditamos que não há receitas milagrosas e que serão os resultados posteriores à reforma os que dirão se se acertou ou não com a orientação legislativa”¹³¹. Aqui, a deputada revela que houve uma decisão política na escolha do caminho adotado pelo projeto de lei. No entanto, sobre isso não deu maiores detalhes. Insistiu na manutenção das 33 emendas que havia apresentado antes e não foram acolhidas pela Comissão.

Depois, a Deputada Fernández Dávila (*Grupo Mixto*) fez uso da palavra para mais uma vez se opor ao âmbito restrito de proteção da lei. Em suas próprias palavras:

Consideramos que o conteúdo do projeto não corresponde à ideia de uma verdadeira lei integral, já que não abarca todos os âmbitos nos quais se manifesta a violência de gênero, a violência sexual ou a violência contra as mulheres, como se queira chamá-la. Esse projeto de lei, como se disse em muitas ocasiões, contempla exclusivamente a violência no âmbito das relações afetivas.¹³²

A despeito disso, considerou “necessário e urgente” legislar sobre a matéria, que reconhece como de “alta prioridade política”. Embora tenha reconhecido a urgência da lei e o esforço dos grupos para alcançar acordos, reclamou que o trâmite e o debate parlamentar foram feitos com muita pressa. Para facilitar a aprovação da lei, no entanto, retirou as emendas que tinha apresentado, mesmo mantendo as críticas à celeridade, em favor do consenso.

A intervenção da deputada reflete o sentimento de diversos parlamentares sobre o que foi a discussão legislativa do tema: reconhecem o problema social, a necessidade da lei, mas não têm muita segurança sobre se o tratamento dado efetivamente corrigirá a situação indesejada que a lei pretende combater. Para a deputada, dispor de mais tempo de reflexão e debate poderia ter beneficiado o resultado final.

No entanto, acredita-se aqui, esse desejado aperfeiçoamento da intervenção legislativa dependeria mais de uma clareza a respeito das causas da violência contra as mulheres. E quase fica a impressão de que a lei foi aprovada “às cegas”, tamanho o desconhecimento revelado pela maioria dos parlamentares acerca da realidade do problema social em questão.

A fase de deliberação continua após um apelo do Presidente para que os parlamentares sejam precisos e se manifestem expressamente sobre a manutenção ou não das emendas apresentadas, já que seria necessário organizar a votação sobre as 449 emendas que

¹³¹ Idem, ibidem.

¹³² No original: “Consideramos que el contenido del proyecto no responde a la idea de una verdadera ley integral, ya que no abarca todos los ámbitos en los que se manifiesta la violencia de género, la violencia sexual o la violencia contra las mujeres, como queremos llamarla. Este proyecto de ley, como se ha dicho en muchas ocasiones, contempla exclusivamente la violencia en el ámbito la pareja.” (Idem, ibidem, p. 1707).

permaneceriam “vivas”. Basicamente, tratava-se de um pedido para que fossem feitas intervenções mais breves.

O Deputado Rodríguez Rodríguez (*Grupo de Coalición Canaria*) se somou ao estilo de intervenção que o precedeu: elogiou a lei que se estava debatendo, afirmando que tinha se convertido na “estrela” da primeira parte da legislatura. E logo avançou dizendo:

Estamos convencidos de que a mensagem que hoje transmitimos à opinião pública é de que esta Câmara, os grupos parlamentares e as instituições públicas lideramos a luta contra a violência que se exerce sobre as mulheres. Somos conscientes de que nem esta lei, nem as anteriores, nem seguramente as que algum dia voltaremos a discutir aqui resolverão de forma definitiva a importante chaga social da violência que se exerce contra as mulheres, mas se alguma instituição tem a responsabilidade de liderar a luta contra este fenômeno é esta Câmara, são os grupos políticos, são os representantes dos cidadãos.¹³³

A fala do deputado engrossa o coro desse consenso que foi se formando no sentido de que o esforço legislativo era necessário, mas claramente insuficiente para quebrar a dinâmica da violência que se exerce sobre as mulheres. Com a sua fala, vai-se revelando que a lei não atacaria a causa profunda do problema.

O deputado insistiu nesse ponto:

(...) não haverá uma mudança desta realidade se não formos capazes de mudar o que determina afinal o fenômeno da violência, que não é outra questão que a ideologia dominante. O papel do homem na sociedade atual possibilita que se produzam fenômenos como o que hoje tratamos de diminuir através desta lei e outros que vimos recentemente nos meios de comunicação que não são alheios a esta ideologia de domínio do homem sobre a mulher que ainda prevalece na sociedade atual.¹³⁴

Com base nessa premissa, o deputado valorizou a proposta de lei pelo seu caráter integral. Também repetiu a reclamação quanto à falta de tempo para discutir uma lei tão complexa e reiterou o agradecimento pelos que se esforçaram e cooperaram para o processo de tramitação.

Até agora, o que a apresentação tem permitido revelar é que a matéria já estava “discutida”, ou melhor dito, já se havia alcançado o consenso para a sua aprovação nos termos

¹³³ No original: “*Estamos convencidos de que el mensaje que hoy trasladamos a la opinión pública es que esta Cámara, los grupos parlamentarios y las instituciones públicas lideramos la lucha contra la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Somos conscientes de que ni esta ley ni las anteriores ni seguramente las que algún día volveremos a discutir aquí resolverán de forma definitiva la importante lacra social de la violencia que se ejerce sobre las mujeres, pero si alguna institución tiene la responsabilidad de liderar la lucha contra este fenómeno es esta Cámara, son los grupos políticos, son los representantes de los ciudadanos.*”. (Idem, ibidem, p. 1707).

¹³⁴ No original: “*(...) no habrá un cambio de esta realidad si no somos capaces de cambiar lo que determina al final el fenómeno de la violencia, que no es otra cuestión que la ideología dominante. El papel del hombre en la sociedad actual posibilita que se produzcan fenómenos como el que hoy tratamos de paliar a través de esta ley y otros que hemos visto recientemente en los medios de comunicación que no son ajenos a esta ideología de dominio del hombre sobre la mujer que todavía prevalece en la sociedad actual.*”. (Idem, ibidem, p. 1708)

em que estava, e que a conversão em lei era exatamente o que iria acontecer. Isso, muito embora claramente tivesse havido pouco debate parlamentar (no sentido intercâmbio de ideias, dialética), como os próprios intervenientes reiteradamente reconheciam, ao reclamar da celeridade e da falta de tempo que marcou o ritmo da tramitação.

Nesse tipo de debate, é possível notar que já não havia o intuito de resolver alguma controvérsia, até mesmo porque a decisão legislativa e de aprovação já estavam tomadas. O uso da palavra pelos parlamentares tinha muito mais o objetivo “de registro”, denotavam falas para serem guardadas com referência àquele momento, ou seja, com observações que queriam fazer constar do *Diario de Sesiones* como de sua própria autoria. Não se detecta uma intenção de justificação propriamente da lei.

Algumas das manifestações parlamentares que se seguiram chegaram a aprofundar em aspectos um pouco mais técnicos, insistindo em algumas emendas que não haviam sido aprovadas no âmbito da Comissão, explicando “a respectiva” importância. Sem prejuízo, igualmente incorriam nos aspectos que permearam a intervenção de quase todos os que usaram o microfone, com reclamações sobre: 1) a rapidez da tramitação; 2) o caráter “melhorável” da lei (ou seja, que pode ser melhorada); 3) a insuficiência da lei para resolver o problema.

A primeira desqualificação mais grave feita ao projeto e à autoria veio da Deputada Camarero Benítez (*Grupo Popular*), em claro tom de oposição do governo:

Para o Grupo Popular esta não é uma boa lei, é uma lei muito melhorável, e tememos que, se segue em seus atuais termos, não vai significar um avanço na luta contra a violência de gênero. Nos encontramos com um projeto de lei sumamente genérico, impreciso, cheio de declarações de princípios e carente de medidas efetivas, e as escassas medidas que contém são em sua maior parte a reiteração das que já se haviam incorporado ao nosso ordenamento jurídico nos últimos anos. Dá a impressão de que esta lei não obedeceu a outra coisa que a uma simples operação de *marketing* com a qual o Governo socialista pretende dar por cumprido seu compromisso eleitoral. Este projeto de lei não implica progresso algum sobre os verdadeiros e substanciais avanços operados no tratamento legislativo da violência de gênero, que não os contidos nas leis aprovadas na legislatura passada. (...) ¹³⁵

¹³⁵ No original: “*Para el Grupo Popular esta no es una buena ley, es una ley muy mejorable, y nos tememos que si sigue en sus actuales términos no va a significar un avance en la lucha contra la violencia de género. Nos encontramos con un proyecto de ley sumamente genérico, impreciso, lleno de declaraciones de principios y carente de medidas efectivas, y las escasas medidas que contiene son en su mayor parte reiteración de las que ya se habían incorporado a nuestro ordenamiento jurídico en los últimos años. Da la impresión de que esta ley no ha obedecido a otra cosa que a una simple operación de marketing con la que el Gobierno socialista pretende dar por cumplido un compromiso electoral. Este proyecto de ley no supone progreso alguno sobre los verdaderos y sustanciales avances operados en el tratamiento legislativo de la violencia de género, que son los que se contienen en las leyes aprobadas en la pasada legislatura, (...)*”. Idem, *ibidem*, p. 1718.

Terminado o turno para as intervenções em favor das emendas, não houve parlamentares que quisessem se manifestar contra qualquer delas.

Em sua intervenção, o deputado Villarrubia Mediavilla (*Grupo Socialista*) justificou a aprovação de algumas emendas transacionais, ressaltando que foram aceitas por todos os grupos parlamentares. Mencionou, de forma especial, as alterações promovidas quanto à tutela penal, a criação dos *juzgados* (varas) especiais contra a violência contra a mulher com competência cíveis e penais cumuladas, bem como outras melhores no texto.

Ao final, o Presidente do *Congreso de los Diputados* abriu mais uma vez a palavra ao Governo, tendo o Ministro do Trabalho e Assuntos Sociais se manifestado novamente, em um discurso entrecortado por aplausos, para agradecer o trabalho parlamentar, a atuação das associações de mulheres, esclarecer seu reconhecimento de que as normas aprovadas anteriormente (na legislatura anterior) eram positivas, mas careciam da perspectiva integral.

Afirmou novamente que o texto foi bastante melhorado bastante no seio parlamentar e que essa seria uma lei “contra o silêncio e a impunidade”; que permitiria que o que ainda estava situado no âmbito privado passasse ao público e se convertesse em um objetivo de toda a sociedade espanhola. Citou o artigo 9.2 da Constituição espanhola de 1978 de acordo com o qual corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integram sejam reais e efetivas.

Por fim, foi conduzida a votação das emendas ainda pendentes, de forma separada. Os parlamentares receberam o roteiro com a ordem de votação e o número das emendas respectivas. A última votação recaiu sobre o conjunto da lei, que recebeu a integralidade dos 320 votos a seu favor. De acordo com as notícias, uma salva de palmas coroou o resultado unânime¹³⁶.

No plenário do *Congreso de los Diputados*, portanto, o que se viu foi uma argumentação eminentemente política, sem a configuração de um diálogo propriamente dito.

O projeto de lei, então, foi encaminhado para o Senado espanhol, onde seguiu uma tramitação semelhante à da Casa Legislativa anterior.

A respectiva publicação inicial se deu no dia 18/10/2004, tendo imediatamente seguido para a Comissão de Trabalho e Assuntos Sociais. Todas as emendas apresentadas

¹³⁶ El Congreso aprueba por unanimidad la ley integral contra la violencia de género. **El país**, 08/10/2004. Disponível em: <https://elpais.com/diario/2004/10/08/sociedad/1097186401_850215.htm>. Acesso em: 11 out. 2017.

foram reunidas e numeradas no dia 08/11/2004 e também publicadas para conhecimento geral, como determina o artigo 191 do *Reglamento del Senado*^{137, 138}.

A *Ponencia* encarregada de estudar o projeto de lei emitiu seu *Informe* no dia 17/11/2004, igualmente em seguida publicado^{139, 140}.

No referido documento, assim como seu homólogo no *Congreso de los Diputados*, constam as emendas cuja *Ponencia* concordou em acolher imediatamente, reservando as demais para discussão por ocasião da sessão de deliberação da Comissão no Senado.

Como já comentado, a *Ponencia* se reúne a portas fechadas e seu *Informe* consiste em praticamente um único parágrafo que se limita a indicar quais emendas estão sendo imediatamente aceitas (geralmente são emendas de ordem técnica e de correção de erros materiais), registrando que as demais serão debatidas na Comissão. Sem mais. Não há fundamentação e não consta nenhuma justificativa. Na sequência, como anexo, simplesmente é juntado o texto do projeto de lei com as emendas já incorporadas, com as partes modificadas devidamente destacadas em negrito e sublinhadas, para facilitar a visualização das mudanças. A rigor, é esse novo texto compilado, juntamente com as emendas restantes (sobre as quais não houve acordo dentro da *Ponencia*), que vão para a reunião da Comissão inteira.

A sessão da Comissão ocorreu no dia 24/11/2004¹⁴¹. Da leitura das atas taquigráficas, depreende-se que foram apresentadas novas emendas transacionais, distribuídas em papel no

¹³⁷ “**Artículo 191.** 1. Se publicarán, en la forma que disponga la Mesa del Senado, todos los anuncios y convocatorias, las altas y bajas en las listas de Senadores, la composición de los Grupos parlamentarios que se constituyan, así como las variaciones que sufran, los proyectos y proposiciones de ley, las enmiendas, los informes de Ponencias, los dictámenes de las Comisiones y votos particulares, las mociones, las interpelaciones, las preguntas, los mensajes motivados que deben acompañar los textos remitidos al Congreso de los Diputados con las enmiendas aprobadas por el Senado, y cualesquiera otros textos cuya publicación sea exigida por el presente Reglamento.

2. Si el autor de una iniciativa la presenta en castellano y además en una lengua que tenga el carácter de oficial en alguna Comunidad Autónoma, de acuerdo con la Constitución y el correspondiente Estatuto de Autonomía, la iniciativa se publicará también en esta lengua.” (Nueva redacción del apartado 2 dada por el artículo único de la reforma del Reglamento del Senado, aprobada por el Pleno del Senado en su sesión extraordinaria del 21 de julio de 2010 [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Sección Senado, Serie III A, núm. 18 (j), de 23 de julio de 2010]).

¹³⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, n. II-1-c, 11/11/2004, pp. 49-141. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/BOCG/II/II0001C.PDF>. Acesso em 11 dez. 2017.

¹³⁹ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado, n. II-1-d, 22/11/2004, pp. 143-188. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/BOCG/II/II0001D.PDF>. Acesso em 11 dez. 2017.

¹⁴⁰ Os membros da *Ponencia* no *Senado* foram os seguintes: María Burgués Burgués (*Grupo Entesa Catalana de Progrés*), Jordi Casas I Bedós (*Grupo Catalán en el Senado de Convergència i Unió*), Cuenca Cañizares, Eduardo (*Grupo Mixto*), Carlos Gutiérrez Gonzalez (*Grupo Popular*), Inmaculada Loroño Ormaechea, (*Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos*), Marín Rite, José Antonio (*Grupo Socialista*), María Antonia Martínez García, (*Grupo Socialista*), José Mendoza Cabrera (*Grupo Coalición Canaria*), Cristina Tejedor Utrilla (*Grupo Popular*).

¹⁴¹ Diarios de Sesiones. Senado-Comisión, n. 79, 24/11/2004 pp. 1-14. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/DS/CO/CS0079.PDF#page=1>. Acesso em 11 dez. 2017.

início da reunião para debate. Os autores foram o *Grupo Parlamentario Socialista* e o *Grupo Parlamentario Popular*.

Como já comentado, a utilização das emendas transacionais é o expediente utilizado para tentar alcançar o acordo até então inexistente em relação às propostas de emenda apresentadas originalmente. No geral, não são sugestões novas, mas sim aglutinações ou supressões das anteriores. A distribuição em papel dessas emendas transacionais serve para facilitar as discussões, já que o normal é que recebam a pronta concordância por parte dos autores das emendas originais, os quais prontamente as retiram, reduzindo, assim, pontos da pauta.

A discussão na Comissão, então, ateu-se mais às emendas pendentes, mencionadas por seus números (emenda n. 1, 2, 3, etc.). As intervenções (*turnos de palabra*) foram atribuídas a parlamentares encarregados da defesa global de blocos de emendas (seria absurdo defende-las uma a uma). O Senador Quintana González (*Grupo Mixto*), por exemplo, o primeiro a falar, teve dez minutos para defender as emendas 45 a 78.

A bem da verdade, observa-se que as emendas mais importantes são as que já vêm decididas desde a *Ponencia*. Dificilmente os poucos minutos de que dispõem os parlamentares para defender suas emendas é capaz de convencer os seus pares. É o que se pode concluir da análise das atas da Comissão de Trabalho e Assuntos Sociais do Senado. Insistiu-se em várias emendas que não foram aprovadas, como, por exemplo: contra a criação dos *juzgados* com competências mistas.

As emendas parlamentares que têm mais chances de passarem nessa ocasião são as mais irrelevantes, como pequenas alterações na exposição de motivos, ou mais de detalhe, como a inserção da possibilidade de a vítima de violência solicitar a mudança de sobrenome (*apellido*) de forma menos burocrática (que não constava da proposta original, figurando como a *disposición adicional vigésima* da LVG ao fim aprovada). Também podem passar emendas parlamentares importantes, mas que não mudem a orientação essencial do projeto, como a que retirou o limite de idade (de 50 anos, constante do artigo 23 da proposta original) para o recebimento da renda ativa de inserção da mulher vítima de violência (norma do artigo 27 da LGV na versão final).

Assim como se observou no *Congreso de los Diputados*, muitos usam o tempo para discursos mais retóricos sobre a lei de forma mais geral, e no final retiram as emendas que supostamente deveriam defender. Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho:

(...) não há dúvida de que estamos em vias de aprovar uma lei que todos os grupos consideramos necessária, mas o mais importante é que, com a apresentação desse

projeto de lei, as emendas e transacionais que estão sendo redigidas também estamos assumindo a responsabilidade de incluir no nosso ordenamento jurídico uma lei que incida, de verdade, na defesa e no reconhecimento dos direitos fundamentais, como é o direito das mulheres a viver sem estar submetidas constantemente a uma situação de violência. Ademais, acho que compartilhamos a ideia de que esta violência é consequência das condições de desigualdade que existem em nossa sociedade. À vista das transacionais que foram apresentadas e da interlocução, vamos dar por satisfeitas algumas das emendas parciais que tínhamos proposto, (...) ¹⁴²

Ao afirmar que “*compartilhamos a ideia de que esta violência é consequência das condições de desigualdade que existem em nossa sociedade*” ¹⁴³, o próprio autor usa argumento *ad populum* (ou *ex populo*) ou apelo à popularidade, uma tentativa de validação da ideia pela circunstância de que muitas pessoas concordarem com ela. As construções desse tipo devem sempre chamar a atenção, pois com frequência esse tipo de argumento pode ser falacioso, o que ocorre quando a crença não é tão compartilhada assim, ou seja, quando essa concordância seja mentirosa. O uso desses argumentos é muito comum na argumentação legislativa.

Na sequência, nenhum parlamentar retomou a intervenção do Senador Quintana González (*Grupo Mixto*), sobretudo para rebater tal afirmação. Com isso, os parlamentares cometeram outra falácia, qual seja, a de simplesmente não responder quando o contexto exigiria (em espanhol, chama-se a *falacia de dar la callada*).

Na fala da Senadora Loroño Ormaechea (*Grupo Nacionalista Vasco*), outra vez aparece a explicação da opção legislativa em restringir o âmbito de proteção da LVG: “(...) a lei não contempla todos os casos de violência de gênero que se dão na sociedade, mas sim talvez a mais ofensiva e cruel” ¹⁴⁴.

Tal como observado no âmbito do *Congreso de los Diputados*, também no Senado se repetem argumentos elogiosos aos trabalhos realizados (para a construção da lei) e em valorização da unanimidade alcançada na aprovação da lei:

¹⁴² No original: “(...) no nos cabe ninguna duda de que estamos en vías de aprobar una ley que todos los grupos consideramos necesaria, pero lo más importante es que con la presentación de este proyecto de ley, las enmiendas y transaccionales que se están redactando también estamos asumiendo la responsabilidad de incluir en nuestro ordenamiento jurídico una ley que incida, de verdad, en la defensa y el reconocimiento de los derechos fundamentales, como es el derecho de las mujeres a vivir sin estar sometidas constantemente a una situación de violencia. Además, creo que compartimos la idea de que esta violencia es consecuencia de las condiciones de desigualdad que existen en nuestra sociedad.

A la vista de las transaccionales que nos han presentado y de la interlocución habida, vamos a dar por satisfechas algunas de las enmiendas parciales que hemos propuesto, (...)” (Diarios de Sesiones. Senado-Comisión, n. 79, 24/11/2004, pp. 1-14, p. 2. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/DS/CO/CS0079.PDF#page=1>. Acesso em: 13 jan. 2018).

¹⁴³ Idem, ibidem.

¹⁴⁴ No original: “(...) la ley no contempla todos los supuestos de violencia de género que se dan en la sociedad, pero sí quizás la más lacerante o la más cruel.” (Diarios de Sesiones. Senado-Comisión, n. 79, 24/11/2004 pp. 1-14, p. 3. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/DS/CO/CS0079.PDF#page=1>. Acesso em: 13 jan. 2018).

O trabalho que se fez no *Congreso de los Diputados* foi bom. Poder apresentar a aprovação por consenso de uma lei tão importante, de uma lei tão esperada e necessária como esta é o que fez ter a possibilidade de chegar a esse acordo.¹⁴⁵

Um comentário no mesmo sentido foi o da Senador Martín Rite (*Grupo Socialista*):

Mais uma vez, algo em que insistimos por muitos anos está se tornando claro, e este é o fato de que esta Câmara, o Senado, apesar das críticas que se fazem, muitas vezes são críticas injustas que se fazem a esta instituição, o Senado, geralmente, sempre que se dá a oportunidade de melhorar uma iniciativa, sempre o faz. Minha experiência de cerca de quinze anos me diz que sempre que o Senado é permitido a entrar, através da negociação, através do diálogo, através do trabalho parlamentar no procedimento adequado, o Senado cumpriu e melhorou a iniciativa.¹⁴⁶

Em outra passagem, o mesmo Senador expôs uma das mais claras justificações da opção legislativa, no sentido de que “*a violência de gênero é uma violência específica*”, porque tem “*uma origem e um objetivo distinto das demais violências, independentemente da gravidade*”. Tal origem, nas palavras do Senador, é “*a situação de submissão da mulher*” e o objetivo é justamente o de “*manter essa submissão*”. Isso, na linha de raciocínio do Senador Martín Rite, justificaria o tratamento diferenciado das situações em que a vítima é mulher e as condutas lesivas vêm de seu companheiro sentimental (atual ou ex). O próprio Senador insiste em que, “*se a violência de gênero fosse uma violência que se desse em muitos outros casos, uma violência igual às demais, uma violência que não fosse específica, não estaria tão clara a justificação da discriminação positiva*”¹⁴⁷.

¹⁴⁵ No original: “*El trabajo que se hizo en el Congreso de los Diputados fue bueno. Poder presentar la aprobación por consenso de una ley tan importante, de una ley tan esperada y necesaria como esta es lo que ha hecho tener la posibilidad de llegar a este acuerdo.*” (Idem, ibidem).

¹⁴⁶ No original: “*Una vez más se pone de manifiesto algo en lo que hemos venido insistiendo a lo largo ya de muchos años y es el hecho de que esta Cámara, el Senado, a pesar de las críticas que se le hacen, muchas veces críticas injustas que se hacen a esta institución, el Senado, generalmente, cada vez que se le da la oportunidad de mejorar una iniciativa, siempre lo hace. Mi experiencia de cerca de quince años me dice que siempre que al Senado se le ha permitido entrar, a través de la negociación, a través del diálogo, a través de su trabajo parlamentario en el procedimiento adecuado, el Senado ha cumplido y ha mejorado la iniciativa.*” (Idem, ibidem, p. 9).

¹⁴⁷ No original: “*Señorías, nosotros pensamos que la violencia de género es una violencia específica. No queremos entrar en el discurso posible del Pleno pero sí decirlo para acreditar esa diferencia conceptual. Nosotros entendemos que la violencia de género es una violencia específica, una violencia que tiene un origen y un objetivo distinto a las demás violencias, independientemente de la gravedad. Sabemos que hay violencias tan graves como ésta, siempre se ejerce la violencia contra los débiles, mientras más débil es la persona, más fácil es la violencia que se ejerce contra ella y más impune, más alevosa y más criminal, por decirlo todo, pero, en definitiva, es una violencia específica que tiene su origen en la situación de sometimiento de la mujer, y que tiene un objetivo que es mantener esa situación de sometimiento. Por eso nosotros defendemos en el proyecto de ley que la víctima es la mujer en aquellas conductas lesivas que le vienen de su pareja o de la persona que convive con ella. Ésta es específicamente la violencia que nosotros entendemos que es el meollo de la cuestión y el meollo de la ley. De ahí el tratamiento integral porque, como decía la senadora Martínez, es necesario mandar a la sociedad un mensaje determinado. Las leyes lo hacen muchas veces, las leyes tienen en ocasiones una intencionalidad pedagógica, no es su función fundamental pero la tienen también, lanzan mensajes hacia la sociedad, y nosotros decimos con esta ley que no estamos dispuestos a consentir más tiempo y en el futuro,*

Na reunião da Comissão de Trabalho e Assuntos Sociais do Senado espanhol também se repetiu a “pausa estratégica” de meia hora para as negociações “do cafezinho”, como já se comentou. Ao retormar a sessão, a Presidenta expressamente se refere à questão: *“Esperamos que as conversas tenham sido frutíferas e que o acordo seja interessante para todos os grupos parlamentares”*¹⁴⁸.

Na sequência, o tempo foi dividido em cinco minutos para cada líder (*portavoces*). Com essa limitação de tempo, resulta desnecessário comentar que não há condições para uma intercâmbio de ideias visando à persuasão mútua. Na verdade, as decisões mais importantes já foram tomadas no intervalo, ou estão ainda em plena articulação enquanto os Senadores usam a palavra. Esse tempo adicional para discursos é muito mais para impregar ritmo e ajudar a fechar logo os pontos ainda em negociação. Corrobora essa leitura o tom da intervenção da Senadora Loroño Ormaechea, conclamando a que as articulações ainda em curso fossem responsáveis:

Como representante do Grupo Parlamentar de Senadores Nacionalistas Vascos, quero apelar a todos para que possamos alcançar uma lei viável e efetiva, dada a sua complexidade. Concretamente, solicito prudência e cautela, juntamente com a sabedoria, para propor modificações viáveis e aceitáveis que consigam a efetividade da lei e, sobretudo, o que pretende proteger, o que não é outro bem que a vida das mulheres vítimas de maus-tratos. Se não se faz isso, faremos um deserviço ao bem que queremos proteger, a vida das mulheres. Portanto, apelo à sabedoria de que todos os grupos parlamentares terão de alcançar uma lei viável e efetiva.¹⁴⁹

A presença em plenário durante tais sessões igualmente retiraria a descrição cor-de-rosa do que acontece. Em regra, poucos são os parlamentares que prestam a atenção ao que está sendo dito pelo orador com a palavra. O que os demais parlamentares fazem enquanto isso? Diversas atividades, as mais comuns são: falar ao telefone; conferir mensagens no

mirando para otro lado, la situación que se está produciendo y que se deteriora cada día más en el supuesto de la violencia de género. Ese mensaje es más nítido, más claro y más rotundo y creo que es más eficaz en el caso de que la violencia de género se trate como una violencia específica y distinta de las demás, porque ese tratamiento de la violencia como tal, como violencia específica, es lo que justifica la discriminación positiva. Si la violencia de género fuera una violencia que se da en otros muchos casos, una violencia igual que las demás, una violencia que no fuera específica, no estaría tan clara la justificación de la discriminación positiva. Precisamente el Tribunal Constitucional basa en ese supuesto la autorización de la discriminación positiva. Habla del derecho desigual-igualatorio, incluso con una expresión muy fuerte, muy clara y muy gráfica. En definitiva, señorías, tenemos modelos distintos que nos llevan a planteamientos distintos.” (Idem, ibidem, p. 10).

¹⁴⁸ No original: *“Señorías, se reanuda la sesión. Esperamos que las conversaciones hayan sido fructíferas y que el acuerdo sea interesante para todos los grupos parlamentarios.”* (Idem, ibidem, p. 11).

¹⁴⁹ No original: *“Como representante del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, quiero apelar a que entre todos consigamos hacer una ley viable y efectiva, dada su complejidad. En concreto, solicito prudencia y cautela, junto con sensatez, para plantear modificaciones viables y asumibles que consigan la efectividad de la ley y, sobre todo, para lo que pretende proteger, que no es otro bien que la vida de las mujeres víctimas de malos tratos. Si no se hace así, flaco favor haríamos al bien que se pretende proteger, la vida de las mujeres. Por tanto, apelo a la sensatez que vamos a tener todos los grupos parlamentarios para conseguir una ley viable y efectiva. Nada más y muchas gracias.”* (Idem, ibidem).

celular; falar com algum assessor (no plenário mesmo); ler algum documento (em papel ou nos *tablets*, inclusive jornal); etc. A idealização que se faz é muito diferente do que acontece na prática¹⁵⁰.

Assim como observado no *Congreso de los Diputados*, não houve propriamente oposição à aprovação da lei na Comissão de Trabalho e Assuntos Sociais do Senado. O mais próximo disso foi a intervenção da Senadora Tejedor Utrilla (*Grupo Popular*), mesmo assim antecedida de muita cordialidade na discrepância:

Quero manifestar que um trabalho muito importante foi feito antes desta reunião da comissão e que tivemos a oportunidade de negociar com todos os grupos o maior número de temas, especialmente com o Grupo Parlamentar Socialista, que é o que apresenta a lei. Quero de acrescentar que tem sido uma negociação muito cordial em que tentamos alcançar pontos de acordo sobre a maioria dos temas em que foi possível.

A verdade é que existem discrepâncias de fundo entre o Grupo Parlamentar Popular e o Grupo Parlamentar Socialista quanto ao objeto da lei, quanto à tutela judicial e à proteção criminal. São questões fundamentais da lei, de grande importância. Mas eu tenho que dizer que, entre todos nós, conseguimos contribuir com melhorias importantes, em nossa opinião, porque se podem considerar importantes as melhorias introduzidas no texto que chegou ao Senado. Esperamos que na tramitação parlamentar no Plenário, continuemos melhorando o texto da lei.¹⁵¹

Em outras palavras, mesmo com o discrepâncias, votou-se a favor da aprovação na comissão.

Após os demais discursos, a votação transcorreu sem complicações.

Igualmente foi produzido o *Dictamen* (Parecer), o qual foi apresentado pela presidente da comissão na sessão do pleno do Senado espanhol em 02/12/2004¹⁵².

O Senador Marín Rite (*Grupo Socialista*) foi quem mais voltou a dar razões para a aprovação do projeto de lei em comento. Rebateu o argumento de que se tratava de um retrocesso ao Direito Penal do autor; afirmou que não havia inconstitucionalidade, que os elementos de “discriminação positiva beneficiam as mulheres, mas não prejudicam os

¹⁵⁰ Isso, longe de retirar o interesse na argumentação legislativa, na verdade corrobora a hipótese de que o auditório é o eleitor, não o colega parlamentar do outro partido.

¹⁵¹ No original: “*Quiero manifestar que se ha realizado un trabajo muy importante antes de esta reunión de la comisión, y que hemos tenido la oportunidad de negociar con todos los grupos el mayor número de temas, especialmente con el Grupo Parlamentario Socialista, que es el que presenta la ley. Quiero añadir que ha sido una negociación muy cordial en la que hemos intentado llegar a puntos de acuerdo en la mayoría de los temas en que ha sido posible.*”

La verdad es que existen discrepancias de fondo entre el Grupo Parlamentario Popular y el Grupo Parlamentario Socialista en cuanto al objeto de la ley, en cuanto a la tutela judicial y a la tutela penal. Son temas de fondo de la ley, de mucho calado. Pero sí tengo que decir que, entre todos, hemos conseguido aportar al texto que va a salir hoy de esta comisión mejoras importantes, a nuestro juicio, porque se pueden considerar importantes las mejores introducidas en el texto que ha venido al Senado. Esperamos que en el trámite parlamentario en el Pleno consigamos seguir mejorando el texto de la ley.” (Idem, ibidem, p. 12).

¹⁵² Diario de Sesiones. Senado-Pleno, n. 24, 02/12/2004, pp. 1111-1138. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/SEN/DS/PL/PS0024.PDF>. Acesso em: 13 jan. 2018.

homens”; que a inclusão desses elementos era lícita, porque tinha a finalidade de conseguir a igualdade real ou remover uma desigualdade grave; e que a posição sobre a lei depende da ideia que se tenha sobre a violência de gênero, a qual é específica, repetindo que tem sua origem na submissão da mulher ao seu companheiro e seu objetivo é a manutenção dessa submissão mediante o terror¹⁵³.

As manifestações subsequentes basicamente acompanharam esse tom. A Senadora Alexandre I Cerarols (*Grupo de Convergència i Unió*) afirmou: “*Esta é uma lei que tenta defender praticamente 51 por cento da sociedade contra o outro quase 50 por cento em uma área que deveria ser a mais confortável e calorosa da nossa sociedade: a família*”¹⁵⁴.

Após a apresentação do *Dictamen*, seguiu-se para a discussão das emendas ainda “vivas”, também na sistemática em bloco. Como eram muitas tais emendas, houve longos discursos em tom de monólogos, sem que os parlamentares se referissem uns aos outros em resposta, com intervenções mais ou menos repetidas em relação ao já visto na comissão: enaltecimento dos trabalhos; importância da lei; valorização da unanimidade, da mensagem unitária da lei; que não se outorgava privilégios às mulheres, mas sim condições de possibilidade para que essas exercessem os direitos que homens e mulheres têm igualmente; etc. Poucos trechos chamaram a atenção, a ponto de receber destaque.

Novamente houve pedidos conclamando a que os senadores evitassem emendas que fossem obstaculizar a lei, como a da Senadora Martínez García (*Grupo Socialista*):

Solicito que seja feito um esforço real para não tentar incorporar emendas que venham a sobrecarregar economicamente esta lei, porque se a lei for sobrecarregada economicamente, estamos indiretamente colocando uma armadilha, um obstáculo para que possa aplicar com os meios necessários¹⁵⁵

Também no plenário, foi a Senadora Tejedor Utrilla (*Grupo Popular*) quem mais uma vez apresentou sua crítica ao conteúdo da proposição, em um tom que começou sutil e foi endurecendo:

Não entendemos que esta lei, que se quer chamar de proteção integral contra a violência de gênero, se converta em uma lei que nem é de gênero, nem é de mulher, como se quer dar a entender. Não é gênero, nem mulher, porque o que se está falando realmente é de violência doméstica, violência no âmbito familiar, porque

¹⁵³ Idem, *ibidem*, p. 1115.

¹⁵⁴ No original: “*Ésta es una ley que trata de defender prácticamente al 51 por ciento de la sociedad frente al otro casi 50 por ciento en un ámbito que debería ser el más cómodo y cálido de nuestra sociedad: la familia.*” (Idem, *ibidem*).

¹⁵⁵ No original: “*Solicito que se haga un verdadero esfuerzo por no intentar incorporar enmiendas que vengán a sobrecargar económicamente a esta ley, porque si la ley se sobrecarga económicamente, estamos poniendo de una forma indirecta una zancadilla, un obstáculo para que se pueda aplicar con los medios necesarios.*” (Idem, *ibidem*).

não se fala nem de violência sexual, nem de assédio sexual, nem de exploração sexual de mulheres, nem de estupro ou de ablação de clitóris que, aliás, se deixa para outro momento. (...)

Para nós, esta não é uma boa lei e tememos que, se continuar nos termos atuais, não significará qualquer progresso na luta contra a violência de gênero. Temos um projeto muito genérico, impreciso, cheio de declarações de princípios e carente de medidas efetivas. Dá a impressão de que esta lei não obedeceu a nada além de uma simples operação de publicidade com a qual o governo socialista pretende dar por cumprido um compromisso eleitoral. Este projeto de lei não faz nenhum progresso sobre os verdadeiros e substanciais avanços feitos no tratamento da violência de gênero nos últimos anos.

Esta lei provocou a rejeição de importantes associações e coletivos e um rosário de críticas frontais a aspectos substanciais do projeto, e foi precedido por um cabo de guerra feio e sem precedentes entre o *Consejo Geral del Poder Judicial* e o Governo, críticas impressionantes *Consejo Económico y Social* por insuficiência, crítica da *Real Academia Española de la Lengua* por outros motivos, crítica dos sindicatos policiais, que se recusam a aceitar poderes que correspondem aos juízes.

Perdeu-se a oportunidade de fazer uma boa lei, [por] que não conta com os recursos necessários para seu desenvolvimento, porque está cheia de propostas irrealizáveis se não tiverem os fundos necessários; uma lei que dará origem a muitas discussões entre os órgãos jurisdicionais e que, quando colocada em prática, receio que será necessária sua modificação para que realmente ser efetiva, como já foi reconhecido por algum membro do Partido Socialista.¹⁵⁶

Após a fala da Senadora Tejedor Utrilla (*Grupo Popular*), as atas registram fortes protestos e rumores no plenário. No entanto, não houve maiores repercussões. Ato contínuo, procedeu-se à votação das emendas.

Como visto, quando o projeto de lei é modificado no âmbito do Senado, deve retornar para nova apreciação por parte do *Congreso de los Diputados*, o que aconteceu na

¹⁵⁶ No original: “No entendemos que esta ley, que se quiere denominar de protección integral contra la violencia de género, se convierta en una ley que ni es de género ni es de mujer, como quiere darse a entender. No es de género ni de mujer porque de lo que se está hablando realmente es de violencia doméstica, violencia en el ámbito familiar, porque no se habla ni de violencia sexual, ni de acoso sexual ni de explotación sexual de las mujeres ni de violaciones ni de ablación de clítoris que, por cierto, se quiere dejar para otro momento. (...) Para nosotros, esta no es una buena ley y nos tememos que si sigue en los actuales términos no va a significar ningún avance en la lucha contra la violencia de género. Nos encontramos con un proyecto de ley sumamente genérico, impreciso, lleno de declaraciones de principios y carente de medidas efectivas. Da la impresión de que esta ley no ha obedecido a otra cosa que una simple operación publicitaria con la que el Gobierno socialista pretende dar por cumplido un compromiso electoral. Este proyecto de ley no supone progreso alguno sobre los verdaderos y sustanciales avances conseguidos en el tratamiento de la violencia de género en los últimos años.

Esta ley ha suscitado el rechazo de importantes asociaciones y colectivos y un rosario de críticas frontales a aspectos sustanciales del proyecto, y ha llegado precedida de un feo e inédito tira y afloja entre el Consejo General del Poder Judicial y el Gobierno, críticas impresionantes del Consejo Económico y Social por insuficiente, críticas de la Real Academia Española de la Lengua por otros motivos, críticas de los sindicatos de la Policía, que se niegan a aceptar competencias que corresponden a los jueces. (...)

Se ha perdido la oportunidad de hacer una buena ley que no cuenta con los recursos necesarios para su desarrollo, porque está llena de propuestas irrealizables si no se dotan de los fondos necesarios; una ley que va a dar lugar a muchas discusiones entre órganos jurisdiccionales y que cuando se ponga en práctica me temo que será necesaria su modificación para que realmente sea efectiva, como ya se ha reconocido por algún miembro del Partido Socialista.” (Idem, *ibidem*, pp. 1135-6).

sessão plenária do dia 22/12/2004¹⁵⁷. Dessa vez, as discussões ficam limitadas ao juízo sobre as emendas senatoriais.

De modo geral, entendeu-se que o Senado efetivamente melhorou o projeto. Com alguma frequência, o próprio governo que propôs a iniciativa usa essa Casa para introduzir aperfeiçoamentos, bastando que algum senador “encampe” a emenda. Além disso, como dito, não se verão emendas tendentes a “piorar o projeto” e o forte compromisso que foi se formando também impedia a aprovação de elementos que descaracterizassem substancialmente o conteúdo essencial do projeto de lei.

Talvez por essa razão, nas manifestações no *Congreso de los Diputados*, predominou o agradecimento e o elogio aos esforços coletivos de construção da lei; o resgate “histórico” dos trabalhos feitos até o momento; o louvor às melhoras técnicas introduzidas pelo Senado; a repetição de alguns pontos de vistas vencidos; uma ou outra crítica ao governo quanto a temas correlatos; enfim, uma série de manifestações que poderiam ser rotuladas como “autoelogios”, contabilizando e valorizando as atividades legislativas ali desenvolvidas. É dizer, não houve qualquer inovação ou introdução de novos argumentos a esta altura da tramitação legislativa.

O discurso da deputada Montserrat Rodríguez (*Grupo Socialista*) marca a ideia aqui descrita:

Senhoras e senhores, hoje todos podemos nos felicitar porque o curso social e político desta lei foi impecável, ousaria dizer que foi um exemplo da melhor maneira de elaborar leis, um exemplo da melhor maneira de entender e desenvolver a ação política, porque fazer política, em suma, é reunir as preocupações, analisar os problemas, encontrar soluções e buscar consenso no Parlamento e na sociedade, como fizemos com esta lei. Por isso o meu agradecimento, como o de todos os demais grupos, aos grupos parlamentares, aos que compareceram [*às audiências públicas*] e especialmente às organizações de mulheres, não só por suas contribuições hoje, mas sim por sua luta por tanto tempo.

Todos devemos estabelecer hoje um precedente de boas práticas, porque por trás desta lei existem rostos humanos, rostos de milhares de mulheres que vivem diariamente a angústia de conviver com o terror da violência que é exercido pelas pessoas com quem um dia decidiram compartilhar sua vida, porque por trás dessa lei há vítimas e milhares de vidas destruídas. Portanto, o compromisso do Governo, o compromisso do Grupo Parlamentar Socialista, tem sido em todo momento unir a vontade unânime de todo o Poder Legislativo para tentar erradicar o problema da violência contra as mulheres.¹⁵⁸

¹⁵⁷ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados-Pleno, n. 61, 22/12/2004, pp. 2928-2942. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_061.PDF>. Acesso em: 14 jan. 2018.

¹⁵⁸ No original: “*Señorías, hoy nos podemos felicitar todos y todas porque el recorrido social y político de esta ley ha sido impecable, me atrevería a decir que ha sido un ejemplo de la mejor manera de elaborar leyes, un ejemplo de la mejor manera de entender y desarrollar la acción política, porque hacer política, en definitiva, es recoger las inquietudes, analizar los problemas, encontrar soluciones y buscar el consenso en el Parlamento y en la sociedad para las mismas, como lo hemos hecho con esta ley. Por eso mi agradecimiento, como el de todos los demás grupos, a los grupos parlamentarios, a los comparecientes y especialmente a las organizaciones de mujeres, no solo por sus aportaciones hoy, sino por su lucha a lo largo de tanto tiempo.*”

Ainda em seu discurso, a deputada insiste que a violência de gênero gerou um *déficit* democrático na sociedade espanhola, o que impediu as mulheres que desfrutar de seus direitos de cidadania, dignidade e vida como definidos na Constituição espanhola.

Depois, após uma rápida intervenção do então Ministro de Trabalho e Assuntos Sociais, que novamente compareceu ao *Congreso de los Diputados*, passou-se à votação das emendas aprovadas pelo Senado, no total de doze, procedendo-se uma por uma. Algumas foram aprovadas, outras não, deixando-se de detalhar o ponto aqui, porquanto se considere de menor importância em relação aos aspectos da argumentação legislativa que se pretendia revelar.

Agora, avança-se com algumas considerações sobre o que se pode depreender de tudo o que se viu até o momento.

Como já visto nesta tese, a forma de entender o problema social em discussão é determinante para decisão legislativa subsequente. A explicação dada a respeito do contexto (sobre o qual se pretende intervir legislativamente), especialmente sobre as causas do estado atual (que exige tal intervenção legislativa), é medida indispensável, etapa prévia necessária à própria redação de um rascunho do projeto de lei. Servem para oferecer a clareza necessária da questão, o que é um requisito para se ponderar sobre quais medidas são acertadas para resolver o problema social.

Se isso é verdade, o que parece ser, na discussão sobre a violência contra a mulher, saber o porquê, as causas dessa forma de violência, mais do que simplesmente útil, é providência imprescindível. Ocorre que discutir essas causas exigiria a apresentação das visões contrárias também. Entretanto, no caso em análise, atualmente parece não haver uma explicação convincente alternativa à versão da teoria feminista no sentido de que tal violência praticada contra a mulher é manifestação de uma violência estrutural e tem raízes histórico-sociais. Recapitule-se o que já foi dito.

Da breve exposição feita no apartado 3.1, a respeito das legislações espanholas anteriores a 2004, foi possível perceber uma explicação que se pode chamar individualista da violência contra a mulher: os “maus-tratos” estariam inseridos em conflitos individuais e o agressor, regra geral, seria um homem doente, de personalidade problemática ou teria agido

Todos debemos hoy sentar un precedente de buen hacer, porque detrás de esta ley hay rostros humanos, rostros de miles de mujeres que viven a diario la angustia de convivir con el terror de la violencia que sobre ellas ejercen las personas con las que un día decidieron compartir su vida, porque detrás de esta ley hay víctimas y miles de vidas destrozadas. Por eso, el compromiso del Gobierno, el compromiso del Grupo Parlamentario Socialista, ha sido en todo momento aunar la voluntad unánime de todo el Poder Legislativo para intentar erradicar el problema de la violencia contra las mujeres.” (Idem, ibidem, p. 2939)

em estado irracional (por causa do álcool ou outras drogas) ou de forma esporádica (porque está desempregado ou porque em geral costuma ser um “homem bom” e não pratica violência em suas outras relações sociais), e que simplesmente teria por finalidade controlar, intimidar, dominar ou castigar a mulher por algum episódio específico (um caso isolado) e que diz respeito apenas ao próprio casal (*pareja*). Como visto, foi precisamente essa a lógica que permeou as interações legislativas anteriores.

Pode-se englobar dentro dessa vertente individualista teorias psicológicas (que depositam as causas da violência aos traços da personalidade e características mentais do agressor), teorias sociais (para a qual as causas seriam o ambiente do agressor, sua estrutura familiar, o estresse a que possa ter sido submetido e sua aprendizagem social, ou outros fatores, como contingências econômicas, desemprego), bem como o enfoque criminológico clássico que aponta outros fatores de risco.

Com efeito, justamente porque foi essa a lógica que permeou as discussões anteriores, que uma das características mais marcantes da proposta que resultou na LVG é o que consta logo do primeiro artigo da lei, segundo o qual a violência gênero é “*manifestação da discriminação, da situação de desigualdade e das relações de poder dos homens sobre as mulheres*”. Considera-se essa forma de violência, portanto, como inserida em uma espécie de contexto cultural que “a vinha considerando aceitável”. Sua gravidade adviria de suas implicações coletivas, é dizer, mesmo quando praticada contra uma única mulher, atingiria o coletivo inteiro. Trata-se, como já apontado anteriormente, da explicação que a “ideologia de gênero” dá à violência contra a mulher no ambiente doméstico.

Como se vê, portanto, a LVG representou uma grande virada no tratamento do tema que vinha sendo dado até então. Além disso, a “ideologia de gênero” fornece mais que uma explicação, devendo ser tomada com o pano de fundo dos principais formadores da opinião pública na Espanha (especialmente a mídia) e de toda a atuação estatal a respeito da questão. Essa guinada, no entanto, como se poderá ver mais à frente, adiantou pouco para reduzir os números da violência, infelizmente.

A novidade no tratamento do tema não passou despercebida e foi objeto de expressa menção elogiosa pelos parlamentares, em diversas passagens. Por exemplo, no plenário do *Congreso de los Diputados*, ocorrido em 22/12/2004, a Deputada García Suárez (*Grupo Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds*) assim se manifestou:

Para o nosso grupo parlamentar, aquí está a chave do futuro (...) a conclusão de que o fenómeno da violência tem a ver com uma maneira de entender as relações e isso

está intimamente ligado à cultura da discriminação, da desigualdade e das relações de poder dos homens sobre as mulheres.¹⁵⁹

O consenso costuma ser valorizado no âmbito da argumentação legislativa. Os parlamentares parecem acreditar que a aprovação da lei de forma unânime transmite uma mensagem qualificada, de um trabalho melhor feito. Em diversas passagens, entre elogios e apelos, afirmou-se:

(...) este já não é mais um projeto só do governo, mas sim um projeto de todos os grupos, porque ao valor e à eficácia que possam se desdobrar por si se deve acrescentar o valor do consenso, um valor importante porque vai permitir que transmitamos a toda a sociedade, e especialmente a todas as mulheres que estão sendo vítimas de violência de gênero, que a erradicação desta violência é um tema de tal importância, tão prioritário para todos os grupos, que somos capazes de deixar de lado nossas legítimas discrepâncias partidárias para adotar um instrumento legal, como o que estamos vendo que confio que seja aprovado por unanimidade e do que esperamos que contribua a melhores e mais eficazes soluções.¹⁶⁰

Assim, embora a discussão não tenha se apresentado nesses termos consensuais durante os debates legislativos, as duas explicações sobre as causas da violência contra a mulher permanecem em confronto, ainda que ocultadas dos intercâmbios estudados. Pode-se dizer que existia um consenso quanto à existência dessa violência e à gravidade do problema nela envolvido, mas não existia acordo sobre as verdadeiras causas dessa violência.

Do que foi exposto até agora, é possível perceber que o consenso alcançado no debate legislativo sobre a violência de gênero na Espanha na verdade encobriu uma divergência profunda acerca das causas dessa forma de violência contra a mulher (a violência nas relações afetivas, *en la pareja*), se está ou não inserida no contexto de uma violência estrutural (com raízes históricas e sociais), bem como se é igual às demais formas de violência intrafamiliar, se deve ser tratada de forma diferente, ou outras posições antagonistas (encontráveis na doutrina) que não surgiram nas discussões legislativas.

Nesse contexto, observa-se o que Cass R. Sunstein denominou *incompletely theorized agreements* – na tradução literal, acordos incompletamente teorizados ou, na tradução preferida pelo próprio autor, “acordos carentes de uma teoria completa”¹⁶¹ –, fenômeno extremamente importante no Direito e na Política. Em síntese, refere-se ao acordo que pode ser costurado quanto a práticas (ou pontos superficiais), mesmo ante a

¹⁵⁹ Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, n. 61, de 22/12/2004, pp. 2928-2943, p. 2930. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_061.PDF>. Acesso em: 13 out. 2017.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 2936.

¹⁶¹ SUNSTEIN, Cass R. Acuerdos carentes de una teoría completa en derecho constitucional. **Precedente**. Revista Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad ICESI, 2006, pp. 31-49. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.1423>>. Acesso em 27 out. 2017.

impossibilidade de construir um acordo (mais amplo) sobre teorias completas (é dizer, o cenário ou pano de fundo). Em outras palavras, é o que permitiria espaços de decisão (legislativa e judicial), a despeito das discordâncias de fundo¹⁶².

No caso concreto da lei espanhola sobre a violência contra a mulher, admitiu-se de forma consensual a existência desse tipo de violência (e, conseqüentemente, a necessidade de combatê-la), a despeito da absoluta falta de acordo quanto às questões de fundo, mais precisamente, as suas causas, ou, no glossário da teoria feminista, a existência ou não de uma sociedade estruturalmente machista com raízes históricas e culturais, a qual ensejaria um padrão de comportamento de dominação do homem sobre a mulher.

Como já repetido diversas vezes, a teoria feminista vai no sentido de que a violência praticada pelo homem contra a mulher, especialmente nos contextos de relações afetivas (mesmo as já terminadas), seria o instrumento para perpetuar essa situação de dominação, a “cultura machista”. Essa seria, portanto, a causa profunda desse tipo de violência e justificaria o tratamento desigual conferido pela lei, segundo da explicação feminista.

¹⁶² Ao dissertar sobre essa ideia no capítulo segundo de seu livro *Legal Reasoning and policial conflict* (New York: Oxford University Press, 1996, pp. 35-61), Cass R. Sunstein pensava na importância desse fenômeno para entender tanto a prática deliberativa constitucional nos tribunais (a *adjudication*), quanto a atividade legislativa (*lawmaking*). Em suas palavras, “grande parte da legislação é possível por causa desse fenômeno” (“*Most lawmaking becomes possible only because of this phenomenon*”). Idem, *ibidem*, p. 36). Com sua teoria, revelava sua discrepância em relação a Ronald Dworkin, cuja concepção do direito como integridade parecia requerer o desenvolvimento de teorias de alto nível. Na explicação que Sunstein dá, são enfatizadas as virtudes dos acordos carentes de uma teoria completa para o funcionamento do Estado de Direito em sociedades pluralistas. Basicamente, esses acordos (superficiais): 1) reduzem os custos políticos dos desacordos duradouros; 2) contribuem para a evolução moral ao longo do tempo (por exemplo, em questões de igualdade, gênero, orientação sexual, deficiência, etc.); 3) são a melhor opção disponível em situações de tempo e capacidades limitadas; 4) contribuem para a coerência no sistema de precedentes (como é o caso dos Estados Unidos); 5) demonstram humildade e respeito mútuo por parte dos membros da sociedade. O próprio Sunstein reconhece que tais vantagens são parciais (relativas) e que há acordos desse tipo injustos. Afirma que é muito melhor ter uma solução justa, rejeitada por muitos, do que uma decisão injusta sobre a qual estão de acordo todos ou a maioria. Além disso, adverte que uma teorização mais completa pode ser mais valiosa e completa para prevenir inconsistências, vieses e auto-interesse. Além do viés descritivo, Sunstein entende que esses acordos são cruciais para o alcance de decisões efetivas em meio a um intenso desacordo. Um caso concreto ilustra ao que o autor se refere: as pessoas podem estar de acordo que 60 km/h é um limite de velocidade razoável, e que deve ser aplicado a João, hipoteticamente, com independência de (existir acordo sobre) uma teoria da pena (castigo penal) (p. 38). Outro exemplo: existe acordo sobre o valor da autonomia pessoal e o direito à vida, mas não sobre o aborto (especialmente fora das situações de estupro, risco de vida da gestante e inviabilidade do feto), caso em que o acordo é carente de uma teoria completa em termos de especificação. Esse também é o caso a respeito da igualdade, mas que não se estende em relação às ações afirmativas. Sunstein expressamente menciona que os acordos carentes de uma teoria completa podem servir de fundamento para decisões não somente dos tribunais, mas também legislativas e mesmo no setor privado, universidades, trabalho e família (pp. 38-39). Refere-se ao uso do chamado “silêncio construtivo” (*the constructive uses of silence*) sobre as questões que possam resultar excessivamente contenciosas, como forma de evitar conflitos, já que o “dito” não é mais importante que o “não dito”. Para um breve contato com o conceito, explicado de forma mais resumida, veja-se: SUNSTEIN, Cass R. Acuerdos carentes de uma teoria completa en derecho constitucional. **Precedente**. Revista Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad ICESI, 2006, pp. 31-49. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18046/p-rec.v0.1423>>. Acesso em 27 out. 2017.

Ocorre que, na hipótese em exame, essa explicação não foi confrontada com uma visão antagonista, contrária a essa teorização. Simplesmente não foi apresentada qualquer explicação criminológica alternativa capaz de rebater tal versão feminista, sequer paralelamente. Em outras palavras, faltou uma indagação mais audaciosa e profunda de por quê existe essa violência, se a teoria feminista realmente está correta.

Na verdade, o acordo legislativo alcançado simplesmente não chegou a esse ponto de discutir sobre as causas da violência contra a mulher. Como visto, houve um acordo somente para essa decisão particular, qual seja, a edição de uma lei para combater a violência contra a mulher, não sobre o assunto subjacente propriamente dito.

Se, por um lado, tais acordos carentes de respaldo teórico podem permitir alguns avanços quanto a práticas legislativas e constitucionais; por outro, não necessariamente a adoção de acordos desse tipo garante a eficácia e efetividade das medidas legislativas adotadas. É que, como dito, a explicação do problema social, diagnóstico da questão, é determinante para o desenho da lei, sua legitimidade e, conseqüentemente, sua aplicação. Esse debate, no entanto, não foi travado e a falta de um respaldo teórico completo (que desse conta da questão em um nível mais abstrato) se fez sentir no momento pós-legislativo, como se verá mais adiante.

Parte da resistência de aplicação da lei e mesmo os questionamentos acerca da constitucionalidade das medidas – no que concerne à igualdade entre homens e mulheres – pode ser atribuída justamente a esse déficit dos debates legislativos. Em alguma medida, é justamente a discordância quanto a essa causa mais profunda da violência contra a mulher (e que justificaria o seu tratamento diferenciado dessa forma de violência perante a lei) o motivo da aversão de uma parte dos operadores, que tendem a não ver razão nessa opção legislativa.

Retomando os aspectos da argumentação ainda dentro do Poder Legislativo, devem ser apontados os argumentos quanto à eficácia da lei, que se fizeram presentes, por exemplo, para a cobrança de recursos financeiros para a implementação da lei¹⁶³.

Sobre a efetividade, em outra passagem, denota-se a consciência quanto à dificuldade de erradicar o tipo de delito praticado, enumerando duas causas: 1) o tipo de

¹⁶³ Nas palavras da deputada Castro Fonseca, representante do *Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida*: “No puede frustrarse de ninguna manera la aplicación de esta norma porque la hemos hecho con la voluntad de que fuera eficaz, y eso, señor ministro, exige el presupuesto necesario para que no haya excusas y para que ninguna mujer más salga en la televisión diciendo que los políticos no sabemos más que hacer promesas y que luego a la hora de la verdad no están los recursos; exige ese compromiso sincero del Partido Popular de arbitrar el presupuesto necesario, por generoso que sea, para acabar con este estado de cosas que avergüenzan y violentan cotidianamente la conciencia de todas y todos los ciudadanos de este país.” (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2003, VII Legislatura, n. 271, p. 14175).

mentalidade dos agressores, que seria difícil de mudar¹⁶⁴; 2) a necessidade de aperfeiçoamento da ordem de proteção.

Os próprios parlamentares não registram, no entanto, um dos principais obstáculos à efetividade das disposições voltadas ao combate da violência contra a mulher, qual seja, a resistência por parte dos próprios operadores encarregados do atendimento, como policiais, delegados, médicos e juízes¹⁶⁵.

E, por último, antes de passar à próxima seção, um alerta: o fato de a argumentação legislativa do caso em análise estar repleta de falácias não significa necessariamente que esteja errada. O caso é muito mais de uma argumentação formalmente mal-construída. De fato, quando todos “estão de acordo” (ou ao menos parecem estar, já que não ousaram revelar sua discordância) não há propriamente diálogo, intercâmbio de argumentos contrários e naturalmente a argumentação fica enfraquecida. Supor o contrário seria incorrer na chamada falácia da falácia (ou seja, tachar de falaciosa uma argumentação que não o é). Explique-se melhor o presente argumento.

Como visto, o debate parlamentar analisado se evadiu de discutir a questão mais importante, e basicamente incorporou a teoria feminista. Ocorre que, inclusive para o progresso da própria causa, trata-se de algo negativo. Na verdade, o caso seria o de mostrar que efetivamente existe, se se confirma empiricamente, a alegada violência estrutural, com raízes históricas e culturais, contra a mulher, pois essa é a grande tese controversada. Em outras palavras, o ideal teria sido que os contrários a essa ideia (que existiam) tivessem se manifestado, em vez de se calarem. No entanto, que tal debate ideal não tenha se dado (ou que haja algumas obscuridades na tese vencedora consagrada na lei aprovada) não autoriza a que se repute como falacioso.

¹⁶⁴ Essa reflexão esteve na intervenção da parlamentar Pigem I Palmés, que falou em nome do Grupo Parlamentario Catalán: “(...) la realidad, esta realidad de que casi a diario siguen asesinando a mujeres, nos obliga a ser conscientes de la dificultad de erradicar estos delitos que se anclan en mentalidades que son difíciles de cambiar.” (Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, año 2003, VII Legislatura, n. 271, p. 14177).

¹⁶⁵ Bem afirmam Daniela Heim, Glòria Casas Vila e Encarna Bodelón: “Existen resistencias profesionales en la interpretación de la ley, como hemos podido constatar especialmente a partir de las entrevistas con los jueces, que revelan todavía muchas actitudes sexistas de los operadores y operadoras del sistema de justicia penal. Es un problema grave que se exija la prueba de la “intención de machismo” para condenar la violencia de género. Se continúa cuestionando el fundamento teórico de la ley, pese a que el Tribunal Constitucional declara su constitucionalidad (sentencia 59/2008). De otro lado, se constata que parte de las personas entrevistadas mantienen el mito del uso de la denuncia para conseguir ventajas en cuestiones relativas al derecho de familia, pese a que los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial indican lo contrario, es decir, el poco uso que las mujeres hacen de las competencias civiles de los juzgados especializados.” (HEIM, Daniela; VILA, Glòria Casas; BODELÓN, Encarna. Las valoraciones de los/las profesionales que intervienen en casos de violencia de género en la pareja. In: BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Didot, 2012, pp. 105-170, p. 165).

Além disso, em matéria de política, convém chamar a atenção para a especial noção de Jeremy Bentham das falácias políticas¹⁶⁶. Para esse autor (ou, ao menos, é o que parece ficar evidenciado de seus escritos), o maior inimigo a ser combatido não são as falácias, mas sim os interesses escusos (*intereses siniestros*, na tradução espanhola, ou *sinister interests*, no original em inglês)¹⁶⁷. Importa, não que se engane, mas o mau propósito de tal engano.

Em outras palavras, o uso das falácias somente deve ser condenado quando amparem interesses políticos suspeitos, ou seja, contrários ao interesse público. Portanto, Bentham pareceria entender que não há falácias (mesmo presente a intenção de enganar) se o argumento compreende a defesa de um interesse público, ou, ao menos, o autor parece não condenar o uso de falácias no discurso político quando em prol das boas causas¹⁶⁸. A estratégia de Bentham, portanto, seria atacar tais interesses e debelar seus argumentos (aqui com certeza falaciosos) a todo custo, é dizer, com foco nas falácias materiais, não propriamente nas formais.

3.7. A lei aprovada e a argumentação pós-legislativa

A lei finalmente aprovada pelo Parlamento espanhol contou com 72 artigos (doze a mais que a proposta original), 20 disposições adicionais (a versão inicial eram apenas oito), duas disposições transitórias, uma disposição derogatória única e 7 disposições finais (no projeto enviado pelo Governo eram quinze, ou seja, algumas foram suprimidas, outras receberam mudança de localização no texto).

Como adiantado nos comentários à versão inicial (seção 3.3), a proposta continha diversas novidades legislativas, como 1) a criação dos *juzgados* (varas) de Violência contra a mulher, com competência cível e criminal cumuladas, para garantir maior coordenação e uniformidade nos critérios decisórios; 2) a criação de uma Delegação Especial de governo contra a violência contra a mulher, para coordenar e impulsionar medidas; 3) a criação do Observatório Estatal, com atribuições de avaliar as propostas e acompanhar o respectivo cumprimento.

Um dos principais conceitos da lei é naturalmente o que deu o seu próprio nome, ou seja, o conceito de “violência de gênero”, que veio logo no artigo 1, parágrafo 1 da lei. De

¹⁶⁶ **Falacias Políticas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1990.

¹⁶⁷ PENDÁS, Benigno. Estudio Preliminar. In: BENTHAM, Jeremy. **Falacias Políticas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1990, pp. XI-XXVIII, p. XIX.

¹⁶⁸ É o que se depreende da leitura conjunta da obra, especialmente os comentários sobre as outras falácias, como em: **Falacias Políticas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1990, p. 51.

acordo com a definição legal, a “violência de gênero” é a praticada contra as mulheres nas relações afetivas, por seus cônjuges ou companheiros, atuais ou passado, independentemente de convivência¹⁶⁹. Como já adiantado, essa opção legislativa foi objeto de diversas críticas por parte da doutrina¹⁷⁰, pois o contexto doméstico se trata de um âmbito muito mais restrito do que o normalmente utilizado nos estudos “de gênero”, para os quais a violência está por todos os lados na sociedade. Além disso, não é o único âmbito onde são praticadas violências contra as mulheres.

Como se vê, a lei preferiu adotar um conceito “objetivo” de “violência de gênero”, em face da defesa que faziam alguns coletivos feministas no sentido de que fosse adotada um conceito “subjetivo”, atinente ao “ânimo de domínio” por partes de alguns homens que ainda acreditam ter direitos sobre as mulheres, dentro de uma cultura jurídica de domínio, não somente físico, mas também jurídico, sobre a mulher.

De toda forma, o fato é que esse elemento subjetivo está implícito na *ratio* que subjaz à lei como um todo, pelo simples fato de que as agressões da mulher ao homem não terem recebido o mesmo tratamento, presumindo-se que nelas não se dá esse propósito característico da “violência de gênero”¹⁷¹. O conceito de “violência de gênero” é sumamente importante para que se possa entender a maioria das polêmicas ao redor da LVG.

Já se viu que a lei é extensa e são muitos os detalhes.

¹⁶⁹ Eis a redação legal: “*Artículo 1. Objeto de la Ley. 1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.*”.

¹⁷⁰ Por exemplo: LAURENZO, Patricia. La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo penal. In: LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa; RUBIO, Ana (Coords.). **Género, violencia y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 329-362; BODELÓN, Encarna. Violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. In: LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa; RUBIO, Ana (Coords.). **Género, violencia y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 275-300; MAQUEDA ABREU, María Luisa. 1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. In: LAURENZO, Patricia (Coord.). **La violencia de género en la ley**. Reflexiones sobre veinte años de experiencias en España. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 113-130; RUBIO, Ana. La Ley Integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta. In: LAURENZO, Patricia (Coord.). **La violencia de género en la ley**. Reflexiones sobre veinte años de experiencias en España. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 131-174.

¹⁷¹ Para parte da doutrina, fundamentar o agravamento da responsabilidade do homem na maior periculosidade do sujeito ativo representa um inadmissível retorno ao chamado “Direito Penal do autor”, que fundamenta a responsabilidade no que o sujeito é, e não no que fez. Para essa corrente, a diferenciação da responsabilidade criminal por um dado puramente biológico resulta contrário ao artigo 14 da Constituição espanhola, de acordo com o qual os espanhóis são iguais ante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social. Nesse sentido, por exemplo: GONZÁLEZ RUS, Juan José. La constitucionalidad de LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Coord.). **Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 483-502.

Com o objetivo de abreviar a análise, e dadas as finalidades da tese, este trabalho se viu na contingência de focar nos aspectos mais importantes, notadamente no Título IV, sobre a Tutela Penal, já que foi esse foi um dos pontos mais intensamente debatidos no Parlamento, ou, melhor dito, foram apresentadas as emendas mais importantes. A temática penal também foi a que predominou nas legislações anteriores e claramente é o instrumento mais chamativo da LVG, a justificar a delimitação aqui operada.

Inicie-se pelas as modificações promovidas no artigo 153 do Código Penal espanhol. A LVG conferiu a esse dispositivo uma nova redação em seu artigo 37, que passou a ser a seguinte:

1. Quem, por qualquer meio ou procedimento, causar a outrem dano psíquico ou lesão não definida como um crime neste Código, ou bater ou maltratar a outrem sem causar lesão, quando a ofendida seja ou tenha sido esposa ou uma mulher a quem esteja ou tenha estado ligada ao autor por uma relação de afetividade análoga, mesmo sem convivência, ou pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor, será punido com pena de prisão de seis meses a um ano ou de trabalhos em benefício da comunidade de trinta e um a oitenta dias e, em qualquer caso, privação do direito ao porte e posse de armas de um ano e um dia a três anos, assim como, quando o Juiz ou o Tribunal considere adequado ao interesse do menor ou incapaz, inabilitação para o exercício da autoridade parental, tutela, curatela, guarda ou proteção por até cinco anos.
2. Se a vítima do crime previsto no número anterior for alguma das pessoas a que se refere o artigo 173.2, excetuadas as pessoas referidas no parágrafo anterior deste artigo, o autor será punido com pena de prisão de três meses um ano ou de trabalhos em benefício da comunidade de trinta e um a oitenta dias e, em qualquer caso, privação do direito ao porte e posse de armas de um ano e um dia a três anos, assim como, quando o juiz ou o tribunal considere adequado ao interesse do menor ou incapaz, inabilitação para o exercício da autoridade parental, tutela, curatela, guarda ou proteção de seis meses a três anos.
3. As penas previstas nos parágrafos 1 e 2 serão impostas na metade superior quando o crime for perpetrado na presença de menores ou usar armas, ou tiver lugar no domicílio comum ou no domicílio da vítima, ou se realizar descumprindo uma das penas contempladas no artigo 48 deste Código ou uma medida cautelar ou de segurança da mesma natureza.
4. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos anteriores, o Juiz ou Tribunal, fundamentando na decisão, tendo em conta as circunstâncias pessoais do autor e as concorrentes na realização do fato, poderá impor a pena de menor grau.¹⁷²

¹⁷² “1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

Antes de seguir com os comentários, esclareça-se que não houve aqui um problema na tradução. A difícil intelecção tem sua origem no mau emprego da técnica legislativa espanhola. A própria redação original (em espanhol) é confusa, não tendo sido empregados os necessários esforços em prol da objetividade e clareza da mensagem. Gramaticalmente, a redação é ruim: não foi usada a ordem direta, está entremeada de vírgulas separando as diversas orações subordinadas, sendo necessário ler ao menos duas vezes para entendê-la. Além disso, o tipo está repleto de remissões legislativas e as condutas descritas resultaram demasiadamente vagas, não havendo muita clareza sobre o que seria “causar dano psíquico”, “maltratar” – problema este que também acompanhou as redações anteriores.

Diante da nova redação, cabe destacar as principais novidades: 1) supressão desse tipo da ameaça leve com armas ou outros instrumentos perigosos (essa conduta foi devolvida ao artigo 171 do Código Penal espanhol); 2) a referência específica, sujeito passivo, a que “a ofendida seja ou tenha sido esposa ou uma mulher a quem esteja ou tenha estado ligada ao autor por uma relação de afetividade análoga”, tendo-se acrescentado via emenda parlamentar a “pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor”; 3) a imposição de penas mais severas quando a agressão do homem vai dirigida aos sujeitos passivos recém-mencionados, nos casos de maus-tratos, coação leve, ameaças leves e lesões corporais leves.

A primeira crítica, com já comentado, refere-se à técnica legislativa empregada.

A segunda crítica ao produto final das discussões parlamentares diz respeito à já apontada restrição, considerada excessiva à luz da teoria feminista, do conceito de violência restrito ao âmbito intrafamiliar e delimitação da figura do agressor ao companheiro sentimental da vítima, atual ou ex.

A terceira crítica foi feita por não se ter incluído no seu especial âmbito de proteção a violência entre casais homossexuais. Aqui, houve setores que reclamaram da injustiça em razão da falta de igualdade entre casos que deveriam ser tratados de forma semelhante (a violência doméstica ou em relações é uma só). Ocorre que, na prática, a menção a “pessoa especialmente vulnerável que conviva com o autor” abarca perfeitamente a proteção

3. *Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.*

4. *No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.*”

reivindicada, bastando que sejam cumpridos os requisitos de especial vulnerabilidade e convivência com o agressor.

A quarta crítica, já não somente quanto ao tipo penal especificado, mas já para a lei como um todo, aponta a potencial inconstitucionalidade que implica a criação de varas especializadas (*juzgados*) criados para o conhecimento das causas penais relacionadas à LVG.

A quinta crítica se refere à inversão do ônus da prova operada, relativizando a presunção de inocência. Os mais radicais afirmam que esse último princípio teria desaparecido com a LVG. São muito frequentes, por exemplo, afirmações no sentido de que parte das acusações e denúncias (de violência contra suas parceiras ou ex) são dirigidas a homens de comportamento impecável perante a sociedade sem que tenham direito à defesa, já que as medidas cautelares podem ser concedidas *inaudita altera pars*.

O ponto problemático dessa discussão se relaciona às circunstâncias desse tipo de violência, que costuma ser praticada na intimidade, no âmbito doméstico, entre quatro paredes, sem a presença de testemunhas, o que implica reduzida quantidade de provas e, em geral, as versões limitam-se às da vítima e do agressor.

Ocorre que somente o desconhecimento da natureza humana (e mais precisamente a natureza dos homens assim, não são todos, mas os violentos, que podem se revelar cruéis na intimidade, fora do alcance dos olhos daqueles com quem convive socialmente) pode conduzir a esse pensamento de que existiriam homens incapazes de violência. Assim como é difícil encontrar “homens anjos” o tempo inteiro, igualmente será raro encontrar homens que sejam “demônios” em todos os contextos, sendo muito mais frequente os que adotam duas caras, intercalando o egoísmo e a bestialidade em suas relações domésticas com civilidade e educação (com erudição e cultura, inclusive) em suas relações sociais, com um verniz extremamente convincente de aparência honrada^{173, 174}.

¹⁷³ O retrato de homens assim é tão possível e verdadeiro como o inverso já tornado célebre por Hannah Arendt a respeito de Adolf Eichmann em seu livro *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, de 1963. A autora explora o julgamento do apontado como monstruoso carrasco nazista, considerado responsável pelo planejamento e operacionalização dos campos de concentração e extermínio de judeus. A figura de Eichmann é apresentada, no entanto, como um funcionário público, honesto e obediente, cumpridor de metas, e que não fizera mais do que agir conforme a ordem legal então vigente. O conceito de “banalidade do mal” da autora aponta para a capacidade destrutiva da burocratização da vida pública, revelando outras dimensões do holocausto. Ao mesmo tempo, no que aqui interessa, poderia ser empregado como metáfora para descrever essa possibilidade de o “mal” perder as características que o tornam reconhecível por qualquer pessoa ou para a maior parte das pessoas. Para dizê-lo com outras palavras, seres humanos com aparência normal também são capazes de cometer barbaridades.

¹⁷⁴ É muito importante não se deixar colonizar por alguns discursos feministas que pintam todos os homens como seres “maus”. A abordagem correta sobre a maldade vai no sentido de julgar “atos maus”, perversos. Sobre essa questão, recomenda-se o documentário Tabú, transmitido pelo #0 de Movistar+, na Espanha, especialmente os episódios sobre maldade e machismo. Algumas informações podem ser encontradas em: ROSADO, Juan Carlos. Jon Sistiaga muestra en 'Tabú' las caras del machismo en España. *El Periódico*, 21/11/2017. Disponível

Nesse sentido, a resposta a essa crítica se deve dar em duas frentes, ambas apontando para a racionalidade do tipo de raciocínio estabelecido na LVG. A primeira réplica tem a ver com a generalização feita na lei (de que qualquer homem pode ser um potencial agressor) baseada em estatísticas reveladoras da realidade empírica¹⁷⁵. Como bem aponta Frederick Schauer¹⁷⁶, o uso desse tipo de técnica (ou regra para a tomada de decisões gerais) pode ser racional, o que justificaria a opção legislativa.

É bem verdade que, de fato, algumas vezes pode ser equivocado usar esse tipo de generalização estatística como regra decisória. Schauer ilustra que o uso será irracional quando, por exemplo, é usada para prever algo sem interesse para o fim a que se destina¹⁷⁷ ou nas situações em que a generalização é incapaz de indicar a informação verdadeiramente importante desejada para fixar o critério¹⁷⁸.

em: <<http://www.elperiodico.com/es/tele/20171121/tabu-canal-0-movistar-jon-sistiaga-machismo-6439648>>. Acesso em: 20 jan. 2018. Deve-se um agradecimento à Professora Victoria Roca pela excelente recomendação.

¹⁷⁵ Consta que a violência contra a mulher representa 91,1% dos casos, sendo a violência contra homens presente em 8,9%, conforme REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Ley Orgánica Integral de Violencia sobre la Mujer y el Informe del consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto. **Revista jurídica de Castilla y León**, n. 4, 2004, pp. 13-42, p. 19. As cifras oscilam um pouco, tendo-se encontrado o número de 90,2% de vítimas mulheres em BARRÈRE UNZUETA, María Angeles. De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español. **Jueces para la democracia**, n. 51, 2004, pp. 26-33, p. 26. Aqui, vale a pena conferir também o estudo da empírica através de MORILLAS CUEVA, Lorenzo et all. **Sobre el maltrato a la mujer: uns serie de 338 casos**. Madrid: Dykinson, 2006.

¹⁷⁶ SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003, p. 132.

¹⁷⁷ Concretamente, refere-se à generalização da relação entre idade e a calvície nos homens, que se trata de um dado irrelevante para a fixação da idade de 60 anos para a aposentadoria dos pilotos de avião. Entretanto, a perda de visão que costuma acontecer a partir dessa idade, sim, seria um indicador importante. (Idem, ibidem, pp. 132-3).

¹⁷⁸ Utiliza como exemplo a discussão sobre a restrição imposta, por parte de uma universidade militar, o *Virginia Military Institute – VMI*, no sentido de restringir o acesso apenas aos homens. Aponta Schauer que essa generalização não se baseou em uma generalização a respeito das capacidades entre homens e mulheres, mas sim em uma concepção moral, tal como várias políticas públicas (menciona, por exemplo, dormitórios, banheiros e prisões separadas para homens e mulheres). O argumento central do VMI foi a generalização de que os homens têm características mais conflitivas, combativas e físicas, que os tornariam “mais aptos” para se beneficiarem da educação fornecida pelo VMI. O debate chegou à Suprema Corte dos Estados Unidos, na qual a *Justice Ruth Bader Ginsburg*, mesmo reconhecendo a validade empírica da generalização estatística – que aponta a menor predisposição da mulher, em relação ao homem, para determinadas capacidades físicas e traços de personalidade –, tal estimativa não justifica que se negue a oportunidade às mulheres que eventualmente podem estar fora da média descrita. Em outras palavras, prevaleceu o argumento no sentido de que o gênero não funciona como um indicador perfeito quanto à capacidade de suportar (no sentido de ter força física) e se beneficiar do método educacional do VMI. Portanto, mesmo sendo empiricamente verdadeira a estatística em que se baseava, a discriminação de gênero violava a décima quarta emenda à Constituição norte-americana, que garante a igual proteção de todos sob a lei. A tendência ou “contingência cultural”, explica Schauer, possivelmente era muito mais uma “consequência”, do que uma “causa”, da diferenciação de gênero, ou uma contingência (contextual), mais do que uma característica necessária. (Idem, ibidem, pp. 138-141). Schauer segue analisando a atualidade da discussão, tomando o caso de vagas para empregos como carregadores de bagagens nos aeroportos ou hotéis, para atuar como Macbeth no teatro ou ser advogados de mulheres vítimas de estupro, por exemplo, para discutir as situações de quando tais generalizações baseadas no gênero são um indicador relevante para diferenciações, ou seja, quando essas são “racionais” (ou melhor dito, estão justificadas). Sua conclusão vai no sentido da invalidade dessas generalizações estatísticas quando impliquem discriminações de gênero. Nas palavras do próprio autor: “*The truth is that it is because gender discrimination is wrong that gender-based generalization, even when statistically rational, is wrong as well.*” (Idem, ibidem, p. 154).

A distinção entre os tipos de generalizações baseadas no “gênero”, quando são racionais ou irracionais, são pontos importantes e naturalmente gerarão dificuldades e muito debate no caso a caso. De todas as maneiras, Schauer introduz uma reflexão que parece ser um ponto chave para fixar a atenção nesse tipo de discussão: algumas razões são menos importantes do que as consequências delas¹⁷⁹. Ou seja, o objetivo legítimo a se alcançar (a igualdade real entre homens e mulheres) seria a consequência que justificaria a diferenciação baseada no “gênero”.

A sexta crítica mais frequente diz respeito à dificuldade envolvendo à prova, especialmente nas situações de violência psicológica. A crítica é pertinente, mas certamente esse é um problema que não diz respeito propriamente à lei, ou melhor dito, nenhuma lei conseguiria resolver. Prova disso são as eternas discussões no âmbito judicial quanto a se determinado fato está provado ou não.

De fato, no caso da violência contra a mulher em comento, existe uma dificuldade adicional pela falta de testemunhas, pois normalmente esse tipo de violência ocorre na intimidade do lar, sem a presença de terceiros, entre quatro paredes, e a declaração da vítima é o único objeto de avaliação. Tais problemas de aplicação devem ser solucionados com as máximas de experiência e com o suporte de provas periciais psicológicas¹⁸⁰.

Conforme Laura Fátima Asensi Pérez, muito embora seja costume classificar os maus-tratos em físico, psicológico e sexual, em se tratando de contextos de violência de gênero, sempre se produzem danos no nível psicológico (em maior ou menor medida, claro, conforme a personalidade da vítima), especialmente em função da dinâmica típica dessa modalidade de violência, que se desenvolve nos chamados ciclos de violência^{181, 182, 183}. Assim,

¹⁷⁹ Nas palavras do próprio autor: “*The relationship between gender and generalization is not one of cause but rather one of consequence. Relying on generalizations about gender is not wrong because relying on generalizations is wrong. On the contrary, the wrongness of relying on generalizations about gender is the consequence of the wrongness of making (most) decisions on the basis of gender.*” (Idem, ibidem).

¹⁸⁰ Para algumas noções preliminares sobre o ponto, confira-se: PÉREZ, Laura Fátima Asensi. La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género. **Revista Internauta de Práctica (sic) Jurídica**, n. 21, enero-junio 2008, pp. 15-29. Disponível em: <https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num21/21proper.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017.

¹⁸¹ O chamado ciclo de violência ou ciclo do abuso foi uma teoria desenvolvida em 1979 por Lenore E. Walker em seu livro *The Battered Woman*. Após entrevistar mil e quinhentas mulheres que haviam sido vítimas de violência doméstica, Walker detectou um padrão de comportamento em uma relação abusiva. Trata-se de um ciclo que se desenvolve em uma ordem determinada que se repete (por até mesmo centenas de vezes) até que o conflito seja interrompido (com o fim da relação ou a morte). São quatro fases: 1) a construção da tensão; 2) a violência aguda; 3) a reconciliação (ou lua de mel); e 4) a calmaria. Explica-se rapidamente cada uma das fases. O primeiro momento é construído a partir do somatório de “problemas” do cotidiano: qualquer estresse (a pressão do trabalho; a doença dos filhos, se existentes; mal-entendidos conjugais ou outros conflitos familiares, por exemplo) pode servir de pretexto para que o agressor se sinta ignorado, ameaçado, irritado ou injustiçado, o que pode durar minutos, horas ou meses. Para reduzir a tensão, a vítima tende a tornar-se submissa e atenciosa, ou, para preparar-se ou mesmo reduzir o grau de lesão, a vítima pode endurecer a própria postura, tornando-se agressiva também, e chegar a provocar o agressor. A etapa seguinte é caracterizada pela explosão dos incidentes

conhecer os efeitos da violência psicológica parece ser a chave para identificar sua ocorrência¹⁸⁴ e minimizar os prejuízos e concepções que com frequência enviesam diversas decisões judiciais^{185, 186}.

violentos e abusivos, precedidos ou não de agressões verbais e o agressor tende a expressar que a vítima teve o que mereceu. Em seguida, o agressor pode sentir remorso, sentimento de culpa ou temor de que a vítima saia de casa ou ligue para a polícia. Nessa etapa após o pico de violência, a vítima costuma expressar dor e medo, relatar que se sente humilhada e desrespeitada, dar mostras de confusão mental e tende a carregar a sensação de consciência pesada, sentindo-se equivocadamente responsável pela situação. Nessa terceira fase, o agressor dá mostras de carinho, pode chegar a pedir desculpas, tentar ignorar o episódio de violência, garantir que não voltará a acontecer e prometer que vai melhorar. Marcada pela ausência de violência, essa etapa o agressor pode dar mostras de que se sente triste, inclusive para ganhar a simpatia; e, de tão convincentes que costumam ser, acabam conseguindo que a vítima não saia do relacionamento, o que geralmente é explicado porque a vítima, ao mesmo tempo em que se sente desgastada e confusa, tem ansiedade por melhorar a relação. A quarta fase subsequente é a continuação ou consolidação da anterior, caracterizada pela calma e tranquilidade. A atmosfera é pacífica e de aparente normalidade. Ao longo do tempo, no entanto, as dificuldades voltam a aparecer, reiniciando o ciclo. Considerada revolucionária à época, a teoria dos ciclos de violência e abuso é um importante conceito no estudo da temática aqui em análise. A principal crítica que recebe consiste no relativo simplismo e desenvolvimentos posteriores chegaram a desenvolver quatorze estágios de escalonamento, incluindo seis na criação da tensão, por exemplo.

¹⁸² Uma das modalidades desse tipo de violência psicológica também é conhecida como “luz de gás”, em referência ao filme *Gaslight* (traduzido para o português do Brasil como *À meia luz*), de 1944, dirigido por George Cukor, tendo no elenco Charles Boyer, Ingrid Bergman, Joseph Cotten, May Whitty e Angela Lansbury. O roteiro conta a história de um casal em que o marido vai sutilmente manipulando a sua mulher de forma sutil até alterar completamente a percepção da realidade da vítima. Para uma explicação minuciosa de em que consiste esse tipo de abuso psicológico, confira-se a excelente reportagem: CARRETERO, Nacho. Luz de gas, el maltrato machista que nadie parece ver. **El País**, 22/11/2017. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2017/09/15/actualidad/15054_72042_655999.html>. Acesso em: 22 nov. 2017.

¹⁸³ Para uma visão geral sobre as outras questões processuais, confira-se: CUADRADO SALINAS, Carmen; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. **Feminismo/s** (Ejemplar dedicado Mujeres y Derecho), n. 8, 2006, pp. 143-158.

¹⁸⁴ As questões de prova não são o foco da tese. De toda maneira, não custa esclarecer que, nesses casos, não se cuida de uma prova categórica de que ocorreram os fatos narrados pela vítima-testemunha. Trata-se, na verdade, de uma indução, de inferir a violência praticada a partir das máximas de experiência, correlacionando os sintomas típicos que quem sofre esse tipo de violência (catalogados pela literatura especializada, seja clinicamente, seja após pesquisas empíricas) e a coerência dos relatos apresentados (conforme os ciclos acima descritos) em uma tentativa de “objetivizar” a percepção da violência por parte da vítima, alcançando um grau de credibilidade racional ou razoável quanto à ocorrência. Outra discussão é se tais elementos ultrapassam o *standard* probatório mínimo exigido para a condenação. Para mais detalhes sobre tais discussões, vejam-se: GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). **Jueces para la democracia**, n. 47, 2003, pp. 35-50; DIGES, Margarita. **Testigos, sospechosos y recuerdos falsos: estudios de psicología forense**. Madrid: Trotta, 2016; _____. La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos. **Jueces para la democracia**, n. 68, 2010, pp. 51-68; DIGES, Margarita; SOLVES, José Joaquín Mira. Psicología del testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados. **Papeles del psicólogo**, n. 48, 1991. Disponível em: <<http://www.papelesdelpsicologo.es/resumen?pii=484>>. Acesso em: 16 jan. 2018; _____. Teorías intuitivas sobre la memoria de testigos: un examen de metamemoria. *Revista de Psicología Social*, v. 6, n. 1, 1991, pp. 47-60; _____. Aplicación de la psicología al estudio de los procedimientos policiales de recuerdo de personas. **Estudios de Psicología**, n. 29-30, 1987, pp. 211-219.

¹⁸⁵ O tempo decorrido entre os fatos e denúncia, por exemplo, é elemento que costuma ser considerado contra a denunciante. Ocorre que, pela própria dinâmica desse tipo de violência, é muito difícil que a vítima se dê conta da situação enquanto está nela submersa, pelas razões aqui já explicadas. Também costuma pesar desfavoravelmente a eventual fortaleza mental da vítima, aferida por sua capacidade de, mesmo após o evento traumático, ter seguido adiante com sua vida de modo satisfatório. O ponto é que a dor é sentida por dentro, e não necessariamente pode se tornar visível a outras pessoas. Esses são somente alguns exemplos. Uma imagem pode servir de analogia: após algum evento, uma doença ou um acidente, por exemplo, existem pessoas que,

Por ser mais sutil e sub-reptícia, a violência psicológica é muito difícil de detectar e prevenir. De modo geral, explica a referida autora, a violência psicológica implica condutas de desvalorizar, ignorar e atemorizar a vítima, através de atitudes ou palavras, minando sua autoestima em um processo de desvalorização e sofrimento, com o objetivo de conseguir poder e controle sobre ela. Os especialistas já desenvolveram um amplo rol de condutas como principais manifestações de violência contra a mulher¹⁸⁷, parecendo imprescindível que os profissionais encarregados de lidar com essa situação tenham familiaridade com esse processo psicossocial dos casos de violência nas relações afetivas (ou *de pareja*).

Um ponto chave na avaliação, conforme Laura Fátima Asensi Pérez, está na consideração das sequelas observadas na própria vítima, não tanto o comportamento e intencionalidade do agressor¹⁸⁸. A autora oferece, inclusive, um protocolo para avaliar a ocorrência da violência e a credibilidade do relato da mulher vítima. Assim, pode-se perfeitamente alcançar a prova nesses casos, bastando usar do rigor científico e apoio dos especialistas para avaliar as declarações e detectar o que eventualmente pode resultar de imaginação, de mentira com intuito de mera vingança ou da própria personalidade (mais sensível) da vítima.

Com efeito, uma sétima crítica que se costuma fazer à lei se refere ao potencial de uso fraudulento de seus mecanismos com o intuito de se beneficiar das medidas, sobretudo as

sobre uma cadeira de rodas, se tornam amargas, adotam uma atitude de derrota, ao mesmo tempo em que há aquelas que agradecem por terem sobrevivido e encaram a vida com um novo otimismo. Nenhum tipo de reação, no entanto, pode ser utilizado para negar o acontecimento, o trauma, o qual no exemplo hipotético é fácil de ver, porque se externa fisicamente. O importante é que a personalidade da vítima não seja tomado contra ela mesma ou em favor do agressor, tergiversando dos fatos.

¹⁸⁶ É o que a teoria feminista chama de “dupla vitimização”, referindo-se ao conjunto de dificuldades com que a mulher em situação de violência tem que passar no âmbito institucional, sobretudo nas delegacias de política e no Poder Judiciário. Sobre tais pontos, confirmam-se: RODRÍGUEZ LUNA, Ricardo; BODELÓN, Encarna. Mujeres maltratadas en los juzgados: la etnografía como método para entender el derecho “en acción”. **Revista de antropología social**, n. 24, 2015, pp. 105-126; CALA CARRILLO, María Jesús. Las experiencias de mujeres que sufren violencia en la pareja y su tránsito por el sistema judicial: ¿Qué esperan y qué encuentran? **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 81-105; HEIM, Daniela. Acceso a la justicia. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 107-129; BODELÓN, Encarna. Violencia institucional y violencia de género. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 131-155.

¹⁸⁷ Confirma-se, por exemplo, a lista apresentada na página 18 de PÉREZ, Laura Fátima Asensi. La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n. 21, enero-junio 2008, pp. 15-29. Disponível em: <https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num21/21proper.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017.

¹⁸⁸ A autora fornece também uma lista das consequências psicopatológicas mais frequentes da violência praticada contra a mulher na página 19 do artigo referido acima. Geralmente, após passar por episódios de violência dessa natureza, a vítima desenvolve uma adaptação patológica que normalmente não é entendida pela sociedade. A síndrome da mulher maltratada costuma dar lugar ao transtorno por estresse pós-traumático (conhecido pela sigla TEPT), naturalmente variável conforme a frequência, gravidade e duração da violência. Os efeitos são multidimensionais e podem envolver, por exemplo: depressão, transtornos de ansiedade, ataques de pânico, distúrbios alimentares, alterações no sono, problemas psicossomáticos, baixa autoestima, problemas crônicos de saúde, falta de adaptação à sociedade, isolamento, problemas nas relações laborais e familiares e suicídio. Se nem sempre um juiz é capaz de fazer essas análises, certamente um perito forense especialista em psicologia o será.

de ordem econômica (as ajudas financeiras, preferências, etc.). De fato, essa é uma questão problemática, as denúncias não podem estar baseadas em mentiras para burlar a lei.

No entanto, não se pode esquecer o famoso provérbio em espanhol “*hecha la ley, hecha la trampa*”, sem equivalente em português (uma tradução literal significa “feita a lei, feita a burla”), mas com a mensagem clara: ao se criar uma norma, imediatamente se busca uma maneira de se aproveitar ou se escapar da lei, de ludibriá-la. O próprio sistema normativo, inclusive, precisa contar com algum grau de descumprimento e/ou distorção desse tipo. É como esperar algum grau de sonegação ou evasão fiscal sempre que são instituídos novos tributos. É natural esperar que isso se dê. O importante é que esse tipo de conduta desviante continue sendo uma minoria, não a regra, jamais sendo esse potencial uso fraudulento – inerente a diversas outras leis, insista-se – um argumento para revogar lei, notadamente se é um instrumento de proteção importante para os “casos verdadeiros” para os quais foi pensada.

No entanto, ao que tudo indica, o principal problema tem sido a ineficácia geral da lei, pois os casos de violência e assassinatos seguem acontecendo¹⁸⁹. Somente na primeira metade do ano de 2017, por exemplo, manteve-se a média de 5 mulheres mortas a cada mês¹⁹⁰. Ou seja, os delitos que a lei quis combater persistem com taxas altas de ocorrência.

Uma das causas dessa ineficácia da lei pode estar relacionada à não implementação de um dos mais importantes mecanismos da lei, embora seja o menos destacado: o fomento da igualdade real entre homens e mulheres a partir da educação a respeito dos direitos e

¹⁸⁹ Algumas abordagens, como já adiantado, matizam essa avaliação de ineficácia sob o argumento de que é difícil calcular quantos casos de maus-tratos (e crimes mais graves) a LVG evitou, é dizer, sem a lei, as cifras da violência poderiam ser muito maiores. Uma variante dessa perspectiva aponta para uma redução do número dos crimes mais graves, embora essa redução tenha sido contrabalançada por um aumento dos crimes de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, por exemplo, é como argumentam José Luis Díez Ripollés, Ana Isabel Cerezo Domínguez e María José Benítez Jiménez: “(...) *En primer lugar, la constatación de que los homicidios de la mujer pareja dibujan durante todo el periodo una evolución mayoritariamente descendente, todo lo más estable en ciertos momentos (...). En segundo lugar, se ha podido apreciar que la política criminal desarrollada en los últimos años está originando una importante ampliación del objeto de atención de la violencia de la mujer pareja. Por un lado, se están incorporando a ese concepto un buen número de comportamientos violentos que antes pasaban en gran medida desapercibidos, referidos fundamentalmente a conductas de violencia física de menor entidad o a conductas de violencia psicológica. Por otro lado, la violencia que se ejerce sobre colectivos antes apenas considerados, como el de las adolescentes, ha salido a la luz, se computa, y se empieza a considerar al mismo nivel que la violencia que sufre el colectivo de adultas. Esto, en sí mismo, es un signo de eficacia de la política desarrollada. Pero adquiere más valor si tenemos en cuenta que se acumulan los indicios relativos a que la violencia más grave se está reduciendo, mientras que son esos recién vislumbrados comportamientos violentos menos graves los que adquieren cada vez más protagonismo*” (**La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014): su efectividad, eficacia y eficiencia**. Valencia: Tirant lo blanch, 2017, p. 258).

¹⁹⁰ Justamente por essa razão o debate público continua, com constantes pressões para reformas e aperfeiçoamentos legislativos. Confira-se: Pacto histórico para atajar la violencia contra la mujer. **El País**, Madrid, 25 jul. 2017 - 09:50. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2017/07/24/actualidad/1500883885_958602.html>. Acesso em 26 jul. 2017.

liberdades, especialmente a igualdade entre homens e mulheres, e do exercício da tolerância, ética e convivência, bem como da prevenção de conflitos e solução pacífica.

A educação das mulheres, especificamente, deve prepará-las para a não aceitar, não se deixarem intimidar e não se calarem diante de determinadas situações¹⁹¹. As medidas de prevenção dos conflitos são mais importante que as de reação *a posteriori*, repressivas.

No que diz respeito à aplicação da LVG, a primeira reação foi de resistência por grande parte dos operadores jurídicos, com um discurso negacionista, insistindo na inexistência da violência “de gênero” ou na inexistência de justificação para o tipo qualificado¹⁹². Esse argumento baseou a apresentação de uma verdadeira avalanche de questões de inconstitucionalidade dirigidas ao Tribunal Constitucional espanhol, com a pergunta sobre se violava o princípio da igualdade que o Direito Penal castigasse mais a um homem que bate em uma mulher do que uma mulher que bate em um homem. Argumentou-se, ainda, que a lei violava os princípios da proporcionalidade e da culpabilidade, na medida em que, ao criar agravantes de gênero, teria responsabilizado todo o coletivo masculino por atos que na realidade foram praticados por somente alguns homens individualmente¹⁹³.

A resposta do Tribunal Constitucional espanhol veio com a *Sentencia 59/2008, de 14 de mayo*¹⁹⁴, que não só confirmou a constitucionalidade da LVG, mas expressamente reconheceu a “arraigada estrutura desigual” que considera a mulher como “inferior, com menores competências, capacidades e direitos que qualquer pessoa merece”. O Tribunal, portanto, endossou a escolha legislativa que conferiu maior reprovabilidade à agressão do

¹⁹¹ Essa é basicamente a defesa do chamado feminismo liberal, para o qual não adianta trocar a dependência em relação aos homens por uma em relação ao Estado. Ilustra o ponto o conselho de María Blanco: “*Si quieres ser independiente, no te lances a los brazos de los políticos, sean hombres o mujeres, de derechas o de izquierdas: sé autónoma y actúa. Porque la alternativa a la dependencia no son las políticas de género, sino la independencia.*” (BLANCO, María. **Afrodita desenmascarada: una defensa del feminismo liberal**. Barcelona: Deusto, 2017, p. 168.). Em linha semelhante: MARAÑÓN, Iria. **Educación en el feminismo**. Barcelona: Plataforma editorial, 2018.

¹⁹² Por todos: BODELÓN, Encarna. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Didot, 2012, p. 131.

¹⁹³ Esse é um tipo de argumento frequentemente usado para criticar o que se poderia denominar estratégia feminista de “coletivizar” a questão feminina. Diz-se que não se pode “coletivizar” a culpa masculina, que “todos” os homens não podem pagar pelos erros de “alguns”, no sentido de dizer que nem todos os homens são maltratadores. O argumento em questão é falacioso e não se presta a responder a questão em debate, afinal, se bem é verdade que nem todos os homens são maltratadores, igualmente é verdade que nem todas as mulheres estão mentindo quando alegam terem sido vítimas de maus-tratos, e, conseqüentemente, as que dizem a verdade não podem pagar pelas que não o fazem. O caminho correto dessa discussão deve ser o de responder a seguinte pergunta: O que o Direito pode fazer para resolver o problema social em comento? Como garantir que quem agiu mal seja responsabilizado e quem é inocente seja absolvido? Perguntar se a culpa é de todos ou não é tergiversar. Um exemplo do tipo de argumento aqui em comento (a objeção da coletivização da culpa masculina), embora aplicado outras questões, está em LORA, Pablo de. **Sexo sin derecho: las lecciones de Martha Nussbaum**. **Revista de libros**. Segunda época. Disponível em: <https://www.revistadelibros.com/articulo_imprimible.php?art=5413&t=articulos>. Acesso em: 08 mar. 2018.

¹⁹⁴ O inteiro teor está disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-T-2008-9606>>. Acesso em: 03 out. 2017.

homem à sua parceira mulher, tendo considerado que não houve quebra na razoabilidade legislativa neste ponto.

A conclusão do tribunal foi no sentido de que, no caso da violência contra a mulher, o agressor atua conforme uma pauta cultural que gera danos gravíssimos às suas vítimas e provoca um “efeito adicional” em relação ao uso da violência em outros contextos. Isso porque, ainda de acordo com o Tribunal espanhol, implica uma maior lesividade para a segurança da vítima (diminuição das expectativas de indenização, pelo temor a novas agressões), sua liberdade (restringe as possibilidades de atuação livre, pelo efeito intimidatório) e sua dignidade (porque nega sua igual condição de pessoa e a identifica com um grupo menosprezado)¹⁹⁵.

É curioso notar que a sentença considerou constitucional a escolha legislativa – consistente em conferir maior reprovabilidade (desvalor) dado à chamada violência de gênero, através dos tipos agravados – fazendo especial menção a que o fator determinante da distinção legal (entre homem e mulher) não era propriamente o sexo dos sujeitos ativo e passivo, mas sim o contexto relacional em que se produzem as agressões (as relações sentimentais), com graves consequências para quem de modo constitucionalmente intolerável ostenta uma posição subordinada¹⁹⁶ (nos casos mais frequentes, a mulher). É dizer, houve um certo cuidado em não abraçar abertamente a chamada ideologia “de gênero”.

Ao mesmo tempo, com isso, a sentença rebateu, embora não de forma expressa, à crítica de que a opção legislativa representava um retorno ao indesejado “Direito penal do autor”, já que textualmente o maior desvalor da presunção não recai na pessoa (no sexo) do

¹⁹⁵ Eis o trecho original em que se encontra a ideia explicada: “(...) no resulta reprochable el entendimiento legislativo referente a que una agresión supone un daño mayor en la víctima cuando el agresor actúa conforme a una pauta cultural -la desigualdad en el ámbito de la pareja- generadora de gravísimos daños a sus víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto. Por ello, cabe considerar que esta inserción supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado, para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado. No resulta irrazonable entender, en suma, que en la agresión del varón hacia la mujer que es o fue su pareja se ve peculiarmente dañada la libertad de ésta; se ve intensificado su sometimiento a la voluntad del agresor y se ve peculiarmente dañada su dignidad, en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece”.

¹⁹⁶ No original: “(...) no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”.

agente, mas na concreta estrutura em que está inserida sua ação (o seio de uma relação afetiva, ainda que terminada), porque aí os parâmetros de desigualdade aumentam a insegurança, a intimidação e o menosprezo que sofre a vítima, como comentado, segundo o raciocínio do tribunal espanhol. Trata-se do efeito negativo adicional que se presume nessa conduta, diferentemente da violência que pode ocorrer em outros contextos.

Além disso, na *ratio* da sentença também se encontra um argumento de ordem consequencialista a favor da constitucionalidade da medida, focado na finalidade da diferenciação feita pelo legislador, qual seja, a de proteger a liberdade e a segurança das mulheres no âmbito das relações *de pareja*, o que vinha acontecendo até então de forma insuficiente, bem como a luta contra a desigualdade da mulher em tal âmbito¹⁹⁷. As finalidades a serem alcançadas (mais proteção e maior igualdade) teriam justificado o tratamento diferenciado dado pela lei. A crença é como se o alcance a tais valores fossem consequências jurídicas “automáticas” das normas em comento.

A mesma *ratio* da *Sentencia 59/2008, de 14 de mayo*, foi confirmada por ocasião da *Sentencia 45/2009, de 19 de febrero*¹⁹⁸.

Mesmo tais decisões tendo mencionado expressamente a existência de uma categoria chamada “violência de gênero”, isso não foi o suficiente para resolver o debate que se instaurou logo na sequência, qual seja, o de saber quais são as características próprias desse tipo de violência. Em outras palavras, uma parte considerável dos juízes espanhóis continuou indagando se a violência “de gênero” se dava em qualquer situação, sempre que um homem batesse em sua companheira mulher, ou somente em determinados casos (em contextos próprios de discriminação e com um ânimo de domínio do homem sobre a mulher, sendo preciso prová-lo no caso concreto).

O Tribunal Supremo espanhol¹⁹⁹ respondeu a essa segunda pergunta na *Sentencia 1177/2009, de 24 de noviembre de 2009*²⁰⁰, no sentido de que não, não toda ação de violência

¹⁹⁷ “*Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia.*”

¹⁹⁸ Cujos inteiro teor está disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-10260>>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹⁹⁹ No sistema espanhol, existem o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo. São diferentes. O primeiro exerce a função de intérprete da Constituição e está disciplinado entre os artigos 159 a 165 da Constituição espanhola de 1978. De acordo com o artigo 161 do texto constitucional, é o tribunal competente para conhecer: 1) os recursos de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei; 2) os recursos de amparo (figura parecida ao que seria o mandado de segurança brasileiro) por violação de direitos e liberdades referentes aos valores superiores do ordenamento espanhol, quais sejam, liberdade, igualdade, justiça e

física no âmbito da relação *de pareja* de que resulte lesão leve à mulher deve ser considerada necessária e automaticamente como violência “de gênero”. Nessa decisão, o tribunal reconheceu a necessidade de comprovação no caso concreto do componente machista, ou seja, que a agressão tenha se produzido “*no seio de uma relação de submissão, dominação e sujeição da mulher por parte do homem*”, como “*manifestação da discriminação, da situação de desigualdade e das relações de poder do homem sobre a mulher*”.

Naturalmente, o questionamento seguinte é saber quando se dá tal situação. Segundo a lógica do tribunal espanhol, tal definição dependerá da avaliação das provas do caso concreto (denunciante, denunciado, testemunhas), bem como da conexão com o lugar dos fatos e da análise dos outros componentes sociológicos e das características concorrentes, para estabelecer se houve manifestação de violência machista ou se obedece a impulsos diferentes, mediante conclusão justificada²⁰¹.

A existência de uma violência prévia poderia servir nesse sentido. O problema, como ressalta Patrícia Laurenzo²⁰², é que a grande maioria dos processos não vêm acompanhados da prova de uma violência prévia ou outros elementos que permitam inferir um clima de violência habitual. Em regra, os juízes espanhóis se encontram diante de um episódio aparentemente isolado e devem decidir se o caso é ou não de aplicação da LVG. De acordo com a autora, isso tem conduzido os juízes a seguir um caminho para ela considerado perigoso: a atenção ao *animus*, aos motivos do autor no momento da agressão. Se a intenção era “dominar a mulher”, estar-se-ia diante da violência “de gênero”, devendo ser aplicada a

pluralismo jurídico; 3) os conflitos de competência entre o Estado e as comunidades autônomas ou destas entre si; 4) as demais matérias que lhe atribuem a Constituição ou as leis orgânicas. Trata-se de um órgão constitucional independente do Poder Judiciário. Está disciplinado na *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC)*. Por seu turno, o Tribunal Supremo (ou *Supremo Tribunal de España*) é o encarregado de funcionar como instância (tribunal) superior das demais matérias não afetadas à competência do Tribunal Constitucional, ou seja, aprecia questões civis, penais, de contencioso-administrativo, social e militar). O Tribunal Supremo é o órgão máximo do Poder Judiciário espanhol e está disciplinado na *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.

²⁰⁰ O inteiro teor está disponível em: <<https://supremo.vlex.es/vid/-211686439>>. Acesso em: 03 out. 2017.

²⁰¹ Na *Sentencia 1177/2009, de 24 de noviembre de 2009*, o magistrado Julian Sanchez Melgar registrou seu voto particular (equivalente ao voto vencido no sistema brasileiro) no sentido de que não sabe estabelecer a interpretação caso a caso, conforme o entendimento consagrado pela maioria. Na sua opinião, o legislador simplesmente “objetivou” a violência de gênero como a exercida pelo homem sobre a mulher nas relações afetivas, por razões estatísticas e históricas. Para tal magistrado, não corresponde ao tribunal julgar o acerto desse componente sociológico, de modo que a interpretação dos dispositivos legais não admitiria o exame quanto a uma inexistente desigualdade na relação (como no caso concreto de agressões mútuas). Em outras palavras, o Judiciário não poderia relativizar a aplicação da LVG e todas as vezes nas quais a mulher é a vítima e o homem é o agressor se está diante da “violência de gênero”.

²⁰² LAURENZO, Patricia. El derecho penal frente a la violencia de género. In: MELLO, Adriana Ramos de. **Revista da EMERJ**, v. 15, n. 57 (Edição Especial – I Encontro Internacional sobre violência de gênero Brasil-Espanha), 2012, pp. 142-154, p. 151.

agravante. Ocorre que, como já comentado acima, tal exame deve partir da perspectiva da vítima, da violência percebida, não da ótica do agressor.

Além disso, avança a autora, o perigo desse caminho está, não só no excesso de subjetivismo e arbitrariedade judicial, mas especialmente no enfoque equivocado a respeito dessa forma de violência. Para um setor importante da doutrina, na verdade, não importa por que o homem bateu na sua companheira mulher, as razões são irrelevantes, o importante e grave é que tenha usado de violência. As explicações, os motivos, as razões, do autor da agressão não podem servir para influenciar na maior proteção dada às vítimas, e isso, por uma questão até mesmo estatística: conforme conta Patrícia Laurenzo, somente em 2011, foram mortas 73 mulheres, contra apenas 6 homens, por homicídios em relações afetivas²⁰³. Diante de um número dessa monta, não caberia qualquer pergunta sobre a motivação, ou seja, sobre a existência do *animus* de dominação ou não.

O tema, no entanto, não é simples. Há fortes argumentos contra a inserção dessa perspectiva “de gênero” para lidar com o assunto da violência contra a mulher²⁰⁴; que é um discurso que mais atrapalha do que ajuda na solução do problema; que só faz inserir mais “ruído”, o que contribui muito pouco para as discussões. Definitivamente, são grandes a controvérsias, mas o setor que sustenta essa ideia não parece ser insensível ou estar de todo sem razão.

Deve-se pensar, por exemplo, em reflexões como a de Javier Marías²⁰⁵, para quem é um equívoco tratar a “violência machista” de forma igual à violência terrorista praticada por grupos, como ETA²⁰⁶ ou Daesh²⁰⁷, com penas agravadas. Seu argumento é o de que não há uma conspiração de homens para castigar e perseguir as mulheres; não existe uma organização (ou agrupamento que o valha) que estimule essas práticas. Para Javier Marías, cada crime tem seu próprio caminho, com sua história particular por trás, sem confabulação uns entre os outros. São crimes pessoais e nada pode dissuadir um assassino individual, em

²⁰³ Idem, *ibidem*, p. 152.

²⁰⁴ Para o caso espanhol, por exemplo, confira-se: SCALA, Jorge. **La ideología de género o el género como herramienta de poder**. Madrid: Sekotia, 2010; **CONOZCA realmente qué es la Ley de Violencia de Género**. Una farsa social. Yo soy un perjudicado por la Ley de Género. Madrid: Sekotia, 2015. Para uma abordagem contra tal perspectiva de gênero em sentido amplo, defendendo que o feminismo – juntamente com os movimentos pró-lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgênero (LGBT) – representa a nova luta cultural encarnada pelo socialismo no século XXI, veja-se: MÁRQUEZ, Nicolás; LAJE, Agustín. **El libro negro de la nueva izquierda: ideología de género o subversión cultural**. Buenos Aires: Grupo Unión, 2016.

²⁰⁵ MARIÁS, Javier. Lo terrible de estos crímenes. **El país**, 10/12/2017. Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2017/12/04/eps/1512403315_301508.html>. Acesso em: 10 dez. 2017.

²⁰⁶ ETA é a sigla de *Euskadi Ta Askatasuna* (que significa “País Vasco y Libertad” em vasco), que dá nome de uma organização independentista, que praticou ações terroristas, sequestros, assassinatos e extorsões em prol da defesa de sua causa, qual seja, a separação do País Vasco da Espanha.

²⁰⁷ Também conhecido como Estado Islâmico, ISIS ou EI, também é um grupo terrorista insurgente atuante no Iraque com o objetivo de unir todas as comunidades muçumanas no mundo sob sua liderança religiosa.

suas palavras. Por isso, argumenta o autor, simplesmente endurecer as penas e promover a educação desde a infância não vai resolver o problema.

A uma primeira vista até pode parecer banal, mas a ideia talvez devesse merecer alguma consideração nesse debate: o apelo do autor a que sejam considerados crimes individuais, não coletivos. Nas entrelinhas desse apelo está a ideia de que ajuda muito pouco para combater a violência contra a mulher que tais crimes sejam considerados como contra um coletivo, contra todas as mulheres, o “gênero feminino”, como manifestação da violência estrutural, que permeia a sociedade, com raízes históricas e culturais, alimentada pelo patriarcado que reproduz a dominação masculina, etc., etc. É possível ver? Inserir toda essa melopeia é quase tergiversar, mudar de tema. E o ponto é que, cada vez que acontece um novo crime, vem-se com essa “explicação” toda, o que tira o foco do crime concreto.

Para dizê-lo de outra forma, em lugar de tratar como crimes coletivos, mais vale que o poder público esteja preparado para dar uma resposta individual, concreta e efetiva à mulher que busca socorro concretamente, tal como os bombeiros devem estar preparados para responder a uma chamada para apagar um incêndio^{208, 209}. A equipe encarregada desse atendimento à mulher deve ter semelhante nível de capacitação para lidar com a questão. E as medidas devem garantir a proteção da mulher, não em relação a todos os homens (ou a qualquer homem em potencial), mas contra aquele específico que a está ameaçando, no caso, seu cônjuge ou companheiro, atual ou ex.

Em outras palavras, insistir o discurso a respeito da existência de uma violência estrutural de raízes históricas e culturais, na chamada ideologia de gênero, gera mais ruído que contribui para resolver o problema da violência praticado contra a mulher concretamente²¹⁰.

²⁰⁸ A metáfora com os bombeiros é tomada emprestada do Prof. Josep Aguió Regla, a quem se aproveita nesta ocasião para agradecer publicamente pelas diversas conversas sobre esse e outros temas, durante os almoços na Universidade de Alicante.

²⁰⁹ Na Espanha, o telefone de suporte para as denúncias de violência contra a mulher é o 016, com chamada gratuita e garantia de total anonimato, pois a chamada sequer é registrada na conta telefônica. Seu funcionamento é semelhante ao 112 para as emergências em geral (bombeiros, serviço de atendimento médico de urgência, polícia, etc.), com o diferencial de que o 016 não atende urgências (para as sanar as situações em curso o número é o 112), muito embora proporcione um atendimento especializado. (RINCÓN, Reyes. Cada día hubo 390 denuncias por violencia machista en 2016. La estadística anual del Poder Judicial muestra un nuevo un incremento de las denuncias, las condenas y las órdenes de protección. *El País*, 11/03/2017. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2017/03/10/actualidad/1489140256_273259.html?rel=mas>. Acesso em: 15 jan. 2018; MARTÍNEZ, Virginia. Diez años del 016: así ha cambiado el teléfono contra la violencia de género. El 2016 fue el año en el que se registró un mayor número de llamadas pertinentes: 85.318. *El País*, 01/08/2017. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2017/07/28/actualidad/1501257698_003435.html>. Acesso em 15 jan. 2018).

²¹⁰ Esse ruído vem também porque com frequência alguns setores (ou membros) dos movimentos feministas, tentando lutar contra a injustiça, podem acabar parecendo com seus “adversários”, precisamente os que pretendem combater. Trata-se da radicalização, a qual também pode acometer boas causas (como são os pleitos

Não se trata de negar a existência dessa violência mais ampla. Inclusive, acredita-se que esse é um debate que ainda merece ser travado e que as sociedades podem tirar um grande proveito dessa discussão. E mais, indubitavelmente uma certa tolerância ou aceitação social dessa violência cometida contra a mulher tem sua explicação mais profunda justamente nesse ambiente claramente desigual.

Assim, o que se está defendendo aqui é que o problema social seja “atacado” em duas frentes, uma que poderia ser chamada de “emergencial” e outra de mais longo prazo. A redução das cifras da violência contra a mulher somente pode ser alcançada a partir dessas ações estatais que entram em ação imediatamente para conter os picos de violência em situações reais e particulares. Entretanto, para que as próprias intervenções estatais nesse sentido se tornem desnecessárias, é dizer, para realmente eliminar o problema pela raiz, será necessária a teorização mais profunda que os movimentos feministas insistem em reivindicar.

O grande problema das intervenções legislativas para combater a violência contra a mulher é a tendência quase irresistível em transformar um problema social de desigualdade (entre homens e mulheres) em um problema de controle de delito, dos crimes praticados, sendo certo que o sistema penal, sem dúvidas, não dará respostas definitivas. E, mais, igualmente existe a tendência de que o próprio Direito Penal – em lugar de fomentar a autonomia da mulher – a trate de forma “vítimizada”, infantil ou incapaz²¹¹, o que definitivamente não é o desejado.

3.8. A continuação dos debates e conclusões parciais

Como já comentado anteriormente, sempre que um problema social é muito complexo, dificilmente a aprovação de uma única lei é o bastante para resolvê-lo. Para

em comento) e tornar o feminismo em uma lógica totalitária. Parece desnecessário dizer que, quando isso se dá, ocorre uma deslegitimação do movimento. É justamente o que parece acontecer no caso, muito embora, reconheça-se, essa radicalização não alcança diversos segmentos.

²¹¹ Essa crítica se dirige especialmente em relação às chamadas *no-drop policies*, tal como ficaram conhecidas no Canadá e nos Estados Unidos, ou simplesmente a política de persecução mandatória, independentemente da iniciativa ou da vontade da vítima, nos casos de violência doméstica. Tanto na Espanha, como no Brasil, não se exige a denúncia prévia da vítima como condição de prossecutibilidade e punibilidade. Esse é o exemplo clássico de *no-drop policy*. Existe uma ampla discussão quanto à compatibilidade de tais medidas e a autonomia da mulher, se está justificada ou não essa espécie de paternalismo. Para uma introdução sobre esses temas, confira-se a tese de doutorado dirigida pelas professoras da *Universitat Pompeu Fabra* Elena Larrauri Pijoan e Marisa Iglesias Vila: PANSZI, Tania Reneaum. ¿Se debe obligar a declarar a las mujeres? Una aportación criminológica a la discusión sobre la dispensa de las víctimas de violencia en la pareja a declarar en el proceso penal. Elaborada em 2014, a tese discute o tema das mulheres que se acolhem da dispensa legal de prestarem testemunho contra seus maridos (ou ex), o que costuma acarretar no arquivamento da causa, já que em muitas ocasiões seu testemunho é a única prova do delito. Aproveita-se para agradecer publicamente à Professora Marisa Iglesias Vila por gentilmente ter compartilhado o arquivo desse importante trabalho.

combater a violência contra a mulher, viu-se que histórico espanhol procedeu a sete tentativas anteriores até o advento da LVG. Naturalmente, tampouco essa seria a última lei sobre o assunto e, claro, vieram novas leis.

Considerando que a análise já vai se estendendo bastante, aqui se resume mais rapidamente as leis seguintes, que representam uma espécie de continuação dos debates sobre a violência praticada contra a mulher.

A *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, se destinou a estabelecer diretrizes para políticas públicas em geral, com o objetivo de prevenir as condutas discriminatórias em diversos âmbitos de atuação (trabalho, serviço público, previdência, educação, etc.) e tornar efetivo o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres, também nas relações horizontais, privadas, nas organizações, por exemplo. Ou seja, aqui sim se tenta atacar a raiz da violência contra a mulher.

A lei determina a implantação de diversas medidas, algumas delas polêmicas. Infelizmente, pelas limitações de tempo e espaço, os comentários mais detalhados ficarão para outra oportunidade. Sem prejuízo, somente para registro, citem-se algumas medidas, muito resumidamente: 1) criação de uma comissão interministerial de igualdade entre homens e mulheres e unidades de igualdade em cada Ministério; 2) criação de um conselho de participação das mulheres, órgão colegiado para embasar a participação institucional nessas matérias; 3) utilização de linguagem não-sexista pelos poderes públicos; 4) introdução da variável “sexo” na elaboração de estudos e estatísticas elaborados pelo poder público; 5) estabelecimento de um plano estratégico de igualdade de oportunidades e regulação dos planos de igualdade nas empresas para negociação em convênios coletivos; 6) o direito à concessão de licença paternidade; 7) reconhecimento da “titularidade compartilhada” para as mulheres do setor agrário; 8) melhora a prestação econômica por risco durante a gravidez e lactância; 9) proibição de perguntar sobre eventual gravidez durante a contratação ou para acesso a bens e serviços, exceto para a proteção da saúde; 10) proibição de que os contratos de seguros ou serviços afins considerem a variável “sexo” como fator de cálculo dos prêmios e prestações; etc.

A *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, trouxe novas modificações em matéria de violência “de gênero”. Suas explicações constam da sessão XXII da exposição de motivos. São mencionadas as seguintes alterações: 1) introdução do “gênero” como motivo de discriminação na agravante do art. 22.4 do Código Penal (antes, fazia-se menção apenas ao

sexo)²¹²; 2) tipificação da conduta de “matrimônio forçado” no art. 172 *bis* do Código Penal espanhol^{213, 214}; 3) tipificação do assédio denominado *stalking* no art. 172 *ter* do Código Penal^{215, 216}; 4) tipificação da difusão do chamado *revenge porn* no art. 197.7 do Código

²¹² Na redação original do Código Penal, constava o seguinte: “*Artículo 22. Son circunstancias agravantes: (...) 4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.*”. Na reforma promovida pela *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, foi aprovada a seguinte redação: “*Artículo 22. Son circunstancias agravantes: (...) Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad*”. Com a alteração legislativa de 2015, passou a constar: “*Artículo 22. Son circunstancias agravantes: (...) 4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.*”.

²¹³ “*Artículo 172 bis. 1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.*

2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.

3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad.”

²¹⁴ A tipificação do matrimônio forçado na Espanha foi justificada com o propósito de atender aos compromissos internacionais firmados pelo Estado espanhol referentes à perseguição penal dos crimes contra os direitos humanos. Na própria exposição de motivos, cita-se a diretiva da União Europeia que considera o casamento forçado como conduta que dá lugar à exploração das pessoas, bem como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, por cujo artigo 16 os Estados-partes se comprometem a adotar as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares e em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurar o mesmo direito de contrair matrimônio e o igual direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com livre e pleno consentimento. Mencionou que a tipificação específica desse delito já existia na Alemanha, Dinamarca, França, Noruega e Reino Unido. A redação igualmente assegura o castigo de quem utilize meios coativos para forçar o abandono do território espanhol com a finalidade de forçar o matrimônio.

²¹⁵ “*Artículo 172 ter. 1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legitimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:*

1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas.

3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella.

4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella.

Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, se impondrá una pena de prisión de uno a dos años, o trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta a ciento veinte días. En este caso no será necesaria la denuncia a que se refiere el apartado 4 de este artículo.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de acoso.

4. Los hechos descritos en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”.

²¹⁶ *Stalking*, no contexto da caça, se refere à perseguição da presa de forma contínua. Em português, o termo equivaleria a perseguição persistente, com insistência. São condutas que dificilmente poderiam ser enquadradas em tipos penais de coação ou ameaças, pois geralmente não chegam a produzir um anúncio explícito. A vítima é submetida a vigilância constante, ligações reiteradas, aproximações, comunicações não consensuais ou uma

Penal^{217, 218}; 5) a supressão das chamadas *faltas* (contravenções), tipificando a ameaça e a coação como “crimes leves”, respectivamente, nos termos do art. 171.1²¹⁹ e 172.3²²⁰ do Código Penal espanhol; 6) descriminalização das condutas de injúria e humilhação injusta, exceto nos casos de violência “de gênero”, em que são tipificadas como “crimes leves”, nos termos do art. 173.4²²¹; 7) inclusão “do gênero” como um dos motivos dos crimes de ódio, conforme o art. 510 do Código Penal espanhol; 8) regulação da suspensão da execução das penas privativas de liberdade, disciplinando que nas situações de violência “de gênero” sempre serão impostas: a proibição de aproximação à vítima, proibição de residência em determinados lugares e dever de participar de programas de igualdade de tratamento e não

combinação de tudo isso, com o objetivo de causar temor em uma pessoa razoável. No Brasil, a conduta é uma contravenção penal, punível como perturbação da tranquilidade, conforme o art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Lei das Contravenções Penais): “*Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa (...)*”.

²¹⁷ “*Artículo 197. (...) 7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.*”

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.”

²¹⁸ A *revenge porn*, ou literalmente pornografia de vingança (também se usa vingança pornô ou pornográfica), se refere à exposição pública, especialmente através da rede (*internet*), de imagens, fotos ou vídeos íntimos de terceiros, sem a autorização desses, mesmo quando os arquivos tenham sido obtidos com o respectivo consentimento (pelos chamados *sexting* e *nude selfie*) ou que os próprios terceiros tenham se deixado filmar ou fotografar no âmbito privado. *Sexting* é a troca de mensagens de conteúdo erótico ou sensual. O *nude selfie* ou simplesmente *nude* é o envio de fotografias em posições sensuais, sugestivas ou sem roupa. A referência aos anglicismos com que as práticas ficaram conhecidas é inevitável. De todo modo, resumidamente, as condutas criminosas consistem na divulgação indevida de material íntimo. No Brasil, a conduta não recebeu tratamento penal específico, podendo ser enquadrada em diversas condutas do Código Penal brasileiro.

²¹⁹ “*Artículo 171.1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior. (...)*”

²²⁰ “*Artículo 172. (...) 3. Fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.*

Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, la pena será la de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, ésta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior.”

²²¹ “*Artículo 173. (...) 4. Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera una de las personas a las que se refiere el apartado 2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, o multa de uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurran las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.*

Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.”

discriminação, conforme o art. 83.2 do Código Penal²²²; 9) previsão no sentido de que a aplicação de multa ao agressor nos crimes de violência “de gênero” depende da prova de que não existam “relações econômicas” com a vítima, nos termos do art. 84.2 do Código Penal²²³; 10) imposição da medida de liberdade condicional vigiada para os delitos de lesões, maus-tratos e violência psíquica habitual, conforme os arts. 156 *ter* e 173.2, ambos do Código Penal.

Como se vê, na Espanha se seguiu tentando melhorar o tratamento legislativo dado às questões envolvendo a violência sobre a mulher. Se por um lado o problema continua sem solução, por outro, o assunto nunca saiu da pauta legislativa e são praticamente diárias as notícias e sugestões voltadas para reformas legais²²⁴.

O estudo do caso espanhol permite algumas conclusões parciais. A primeira delas é o esforço constante para aperfeiçoar o debate (e o ordenamento jurídico) sobre a questão da violência contra a mulher. Como se pôde observar, desde 1986, quando entrou na pauta de debates, o assunto aí permaneceu com um nítido avanço no rumo e aperfeiçoamento de mecanismos para a resolução do problema social em questão.

Em segundo lugar, chama a atenção o ponto no sentido de que, embora a lei tenha sido aprovada por unanimidade dos parlamentares, e que durante o debate político não tenha havido manifestações propriamente contrárias à aprovação da proposição, o consenso alcançado apenas encobriu as profundas divergências existentes quanto ao problema social que se pretendia resolver com a LVG.

Como comentado, ao que tudo indica, tratava-se de uma concordância apenas quanto à existência da violência contra a mulher (e a necessidade de fazer “algo” para combatê-la), mas claramente esse acordo não alcançava as causas dessa forma de violência. Essa espécie de superficialidade dos debates quase chega a incorrer em uma das falácias mais poderosas

²²² “Artículo 83. (...) 2. Cuando se trate de delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, se impondrán siempre las prohibiciones y deberes indicados en las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del apartado anterior.”.

²²³ “Artículo 84. (...) 2. Si se hubiera tratado de un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, el pago de la multa a que se refiere la medida 2.ª del apartado anterior solamente podrá imponerse cuando conste acreditado que entre ellos no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común.”.

²²⁴ Basta acessar a página do jornal *El País* (<https://elpais.com>) usar a chave de busca “violencia de género” para comprovar que o tema merece uma cobertura diária, seja com notícias envolvendo mais episódios bárbaros, as propostas de mudanças no funcionamento dos serviços, seja com artigos de especialistas no tema e entrevistas.

em qualquer argumentação. Trata-se do “apelo ao desespero”, com uma urgência implícita à ideia de que “algo precisa ser feito”²²⁵.

Invariavelmente, o desespero se cria com raciocínios apoiados em emoções ou outros fatores psicológicos, em lugar de evidências (de que a medida se prestará aos seus fins). No caso em tela, defende-se a ação legislativa como necessária para resolver uma “situação”, independentemente de se essa ação proposta efetivamente resolva a situação ou não. Com isso, o foco acabou sendo, não a proposta, mas sim o problema social subjacente, cuja existência e importância ninguém é capaz de negar. Simplesmente não foram apresentadas explicações (para as causas da violência) ou propostas (de lei radicalmente) alternativas²²⁶. Essa foi a marca da maioria das falas dos parlamentares.

No léxico da teoria feminista, o caso seria de discutir a alegada existência de um patriarcado, uma sociedade estruturalmente machista, com raízes históricas e culturais, que reproduz a cultura de dominação do homem sobre a mulher. Ou, se se prefere, em uma linguagem menos carregada de ideologia, o que realmente deve representar a igualdade entre homens e mulheres e, conseqüentemente, qual são os respectivos tratamentos diferenciados cabíveis em relação a cada qual na sociedade, na família, na escola, nos ambientes de trabalho, pelas leis em geral, etc.

Essa divergência mais profunda, considera-se aqui, também explica a equivocada indiferenciação nos tratamentos legislativos anteriores dados em relação às outras formas de violência contra a mulher no contexto doméstico, seja as exercidas pelos demais parentes, bem como a inclusão (na lei em comento) como vítimas das “pessoas especialmente vulneráveis que convivam com o agressor”. Inclusive, possivelmente foi esse desacordo profundo que justificou a emenda parlamentar nesse sentido.

Essa situação permitiria o enquadramento do caso como um “acordo carente de teoria completa” (*incompletely theorized agreements*) a que se refere Cass R. Sunstein. O fenômeno, como se vê, tem importância, não só no âmbito das atividades dos tribunais (a adjudicação), mas também no da atividade legislativa (a legislação *procedimento*), e claramente alcança, além do nível constitucional (os acordos para a elaboração de uma

²²⁵ Não se confundem com o que Jeremy Bentham denominou “falácias de perigo”, com o intuito de reprimir as discussões mediante a produção de um alarme, desviando a atenção da medida ao homem que apoia a proposta. Confira-se: BENTHAM, Jeremy. **Falacias políticas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 73 e ss.

²²⁶ As principais teorias criminológicas sobre a violência contra a mulher, separando-as do que se pode entender como variáveis de risco, são abordadas, por exemplo, por: ANTÓN GARCÍA, Lorena. Teorías criminológicas sobre la violencia contra la mujer en la pareja. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 49-79.

Constituição), o plano da legislação ordinária, para a aprovação de leis voltadas a resolver problemas sociais.

Essa segunda conclusão conduz a uma terceira de grande importância já para o estudo das teorias da legislação e da argumentação legislativa que tanto interessam a esta tese. Trata-se da clara insuficiência dessas ferramentas teóricas, no atual estágio de desenvolvimento em que se encontram, para dar conta de outras racionalidades ou, se se prefere, dos outros valores que permeiam a aprovação de uma lei como a analisada. Explica-se melhor a afirmação feita.

Mesmo o conceito tradicionalmente evocado de legislação simbólica, embora aplicável ao caso, acaba menosprezando a importância da aprovação desse tipo de lei. É que a ideia de legislação simbólica carrega um sentido negativo, vai associada à de legisladores que se esquivam de seu dever primário de atender ao interesse público. Como visto, consideram-se simbólicas as leis em que predomina a função político-ideológica (simbólica), em detrimento da função jurídico-instrumental (caráter normativo)²²⁷. São basicamente três os tipos de leis que se encaixam nesse conceito de leis simbólicas: as leis que pretendem demonstrar a supremacia de determinado grupo no poder; as que visam a dar uma resposta (qualquer) aos anseios sociais; e as que adiam a solução de problemas sociais. Em nenhum desses casos há uma preocupação mais aprofundada a respeito da eficácia e da efetividade e a característica que se ressalta da legislação simbólica é justamente a de ser normativamente ineficaz.

No entanto, o conceito de legislação simbólica não capta a realidade de leis como a aqui analisada. Isso porque a lei se insere em um marco das políticas públicas, uma tendência cada vez mais dominante na atividade do Parlamento. De fato, como já apontado, é crescente o número de leis usadas como instrumentos de coordenação de ações estatais. Ou seja, está, sim, presente a função jurídico-instrumental (caráter normativo). Parece desnecessário recordar que, nesse contexto, o Poder Legislativo aparece cada vez menos como um fórum para a discussão sobre princípios, sobre o que é certo ou errado como vetor orientativo para a sociedade. Esse foco nas leis como políticas públicas conduz a uma clara perda de racionalidade ética ou moral e faz com que eventualmente não sejam discutidas as verdadeiras causas do problema social subjacente.

²²⁷ Como visto antes nesta tese, quando dos comentários à obra de Marcelo Neves (**A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011), a legislação simbólica é caracterizada pela prevalência do seu significado político-ideológico em detrimento de seu sentido normativo-jurídico aparente (Idem, *ibidem*, p. 29).

No caso analisado, é o que parece acontecer. Se não, veja-se. A política pública representada na LVG foi construída em várias frentes, sobretudo para atender a mulher vítima de violência, é dizer, quando já instaurada a situação. Até se chegou a incluir o foco preventivo, através das campanhas de informação e conscientização, mas a abordagem é insuficiente, pois não adentra no vespeiro mais trabalhoso, o debate sobre as causas da violência em questão (não foi apresentada explicação alternativa à da teoria feminista), nem sobre o que é a verdadeira igualdade entre homens e mulheres. Essa discussão acaba simplesmente não sendo travada. Em geral, é o que acontece quando se converte a atividade legislativa em mero procedimento para a aprovação de políticas públicas.

Paralelamente a esse fenômeno e sem prejuízo dele, igualmente se observa no caso analisado a chamada “variável comunicativa”, assim denominada por Willem J. Witteveen²²⁸. O autor usa a expressão para referir-se ao uso do Poder Legislativo como arena para lutas, brigas e conflitos, por parte de grupos defensores de interesses sociais, convertendo, assim, a linguagem jurídica em suas armas e instrumentos. A lei, no caso, é a culminação de um acordo, um compromisso, ao mesmo tempo em que um “empoderamento” desses interesses, os quais geralmente não são acomodados pelo sistema social, seja por incapacidade, seja por má vontade²²⁹.

A “legislação comunicativa” (ou simbólica em um sentido positivo) é a que, além das próprias normas que traz, ainda articula “valores aspiracionais” por parte de determinados grupos. Desse modo, no momento de sua aplicação e interpretação, a comunidade pode ajudar na concretização desses valores e possivelmente no aperfeiçoamento moral.

Referida por Bart Van Klink²³⁰, a legislação comunicativa cumpre várias funções sociais importantes: 1) a função cognitiva: oferece vocabulário para reflexão e discurso sobre a realidade; 2) a função retórica: oferece argumentos com distintos *status* nos debates referentes à lei e sua interpretação e aplicação; 3) função construtiva: nas situações em que a lei positiva um valor reivindicado pelo grupo; 4) função expressiva: por dar voz a valores importantes para parte da comunidade; 5) função de controle: não só através dos comandos e sanções (o tradicional *command-and-control*), mas especialmente pela introdução de normas mais abstratas e estruturas para deliberação e tomadas de decisões futuras, tanto dentro do Poder Executivo, quanto dentro do Judiciário (uma espécie de *communicate-and-control*); 6)

²²⁸ WITTEVEEN, Willem J. Turning to communication in the study of legislation. In: ZEEGERS, Nicole et al. (Eds.). **Social and symbolic effects of legislation under the Rule of Law**. New York: Mellen, 2005, pp. 17-44.

²²⁹ Idem, *ibidem*, p. 20.

²³⁰ **De wet als symbool**. Over wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid. (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1998. Trata-se da tese de doutorado do autor, citada por Willem J. Witteveen em seu trabalho anteriormente referido.

função responsiva (de *feedback*): os atores da legislação não estão acima da sociedade, mas fazem parte dela e estabelecem um diálogo, não um monólogo²³¹.

Traduzindo em outras palavras, Bart Van Klink insiste que a legislação por ele chamada “comunicativa” (ou algumas leis com essa característica marcante) pode cumprir uma função importante, muito semelhante a que se atribui à Constituição (para além da organização política). Essa importância se refere, não ao momento constitucional da fundação, da elaboração do documento, mas sim ao seguinte, qual seja, o das práticas discursivas. É que justamente porque o diálogo continua, existe uma forte tendência de conformação dos valores dessa legislação positivamente simbólica²³².

Resumindo, a presença de aspectos simbólicos não pode ser tomada como um elemento integralmente negativo e, inclusive, pode-se observar um certo uso instrumental disso. O instrumentalismo, aqui, não em sua versão clássica, mas nessa mais moderna, sutil ou fraco, como sugere Bart Van Klink e adiciona expressamente Willem J. Witteveen, voltada para a mudança social^{233, 234, 235}.

²³¹ Em sua pesquisa, Bart Van Klink analisou a legislação holandesa relativa à igualdade de tratamento entre homens e mulheres, produzida nos anos 1980 e 1990. Nesse trabalho empírico, conforme comenta Willem J. Witteveen, deu conta de que a legislação (produto) cumpria esses aspectos em graus variáveis e de forma multidimensional. Sua conclusão foi no sentido de que a efetividade simbólica inicialmente observada abriu espaço e foi se transformando em efetividade propriamente dita.

²³² Uma outra discussão, de natureza obviamente muito diferente, é saber em que ocasiões o uso dessa legislação comunicativa é apropriado.

²³³ Willem J. Witteveen sugere essa ideia – da importância da abordagem comunicativa, como uma espécie de instrumentalismo fraco, para a mudança social – no seguinte fragmento: “*What I want to add to this now is that the communicative approach accepts instrumentalism in the limited sense of wanting to facilitate process of social change that require the coordination of action possibilities between autonomous actors; it fully endorses the normative democratic claim that legislation is one of the means by which a society of citizens – a republic – governs itself. It is not instrumentalist, however, in a stronger sense, rejecting the claim that it is both possible and desirable to direct society from a central position, as is done by the rational-central-rule-approach. The communicative approach, in its normative aspect, is firmly committed to the ideals of responsiveness, dialogue, accountability and democratic participation. This means a limited instrumentalism which is intended to be a goal directed but emphasises the virtues of a dialogic communication. The limited instrumentalism of the communicative approach can, of course, be misused in strategic and even manipulative ways. This risk inheres in all methods and processes of governance. But by articulating the ideals of interactionist lawmaking, involving all affected actors and interests in interpretative communities and discursive practices, the communicative approach also provides a vocabulary for criticising misuse and manipulation whenever these occur.*” (WITTEVEEN, Willem J. *Turning to communication in the study of legislation*. In: ZEEGERS, Nicole et al. (Eds.). **Social and symbolic effects of legislation under the Rule of Law**. New York: Mellen, 2005, pp. 17-44, p. 42.)

²³⁴ O autor, no entanto, é muito lúcido em registrar que a legislação comunicativa não é a solução para todos problemas da “crise da lei”, sendo necessários outras medidas. Entretanto, a abordagem comunicativa cujas virtudes ele aponta tem duas vantagens: uma, aponta horizontes possíveis; e duas, sugere que a falha das interações e comunicações é sinal de existem falhas também em outros setores. Veja-se o fragmento: “*Does this mean that, in the end, better communication and reflexive legislative strategy are the answers to the problems of a perceived regulatory crisis? No. More is always needed in terms of imagination, organization and power; in terms, that is, of the central open ended problems troubling any and all reflexive legislators. But turning to communication in the study of legislation has two advantages: it points to possible ways out of perceived interactions and communications are seen to fail, these are indications of other failures as well (of imagination, organisation and power). The communicative approach of law works both ways.*” (Idem, *ibidem*, p. 42).

Antes de fechar essa reflexão, perceba-se, por último, que esses desenvolvimentos teóricos vão ao encontro da conhecida diferença entre funções manifestas e funções latentes das normas (e instituições sociais de forma geral)²³⁶. Recorde-se, resumidamente, que as funções manifestas são as consequências objetivas que contribuem para a adaptação ou adequação do sistema, as quais são desejadas e admitidas pelos membros que formam parte do sistema social. Tais funções manifestas são efeitos positivos, que haviam sido expressamente previstas pelos editores das normas, as quais são reconhecidas como apropriadas ou úteis aos fins propostos. As funções latentes, por seu turno, são as consequências objetivas que não são desejadas, nem admitidas pelos membros da sociedade, muito embora também contribuam para a adaptação social e para outros objetivos²³⁷.

Como se pode ver, essa variável comunicativa comentada por Willem J. Witteveen e Bart Van Klink é, sim, desejada e positiva, mas seus efeitos, além de incertos, somente se manifestam, ou podem ser aferidos, no (muito) longo prazo. É justamente o conceito de função latente.

Voltando para o caso em análise, o valor da LVG e mesmo a argumentação legislativa nela envolvida podem ser melhor entendidos a partir dessa perspectiva comunicativa ou simbólica positiva. Explique-se. A LVG é declaradamente ineficaz em relação aos seus objetivos – recordem-se as diversas intervenções parlamentares reconhecendo literalmente a ciência de que a “lei não resolveria o problema da violência contra a mulher”. E, de fato, desde a sua edição, não se observa qualquer redução significativa dos números de mortes de mulheres, a cada ano, vitimadas por seus cônjuges ou

²³⁵ Para um aprofundamento desse caráter simbólico positivo em matéria de igualdade entre homens e mulheres, já abordado em 1992, confira-se: BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 9, 1992, pp. 43-74.

²³⁶ Elaborada por Robert King Merton em *Social theory and social structure* (London: Macmillan Publishers, 1968).

²³⁷ Exemplos concretos podem ajudar na compreensão. No caso das funções latentes, ilustra-se com o processo de socialização levado a cabo nas escolas: o objetivo é a educação, mas ao mesmo tempo as crianças aprendem como devem se comportar. No âmbito do Direito, Renato Treves cita uma importante pesquisa feita na Noruega sobre a legislação que regulamentava o trabalho doméstico, feita em dois tempos: em 1950 e 1956. Apesar de a lei nunca ter sido cumprida, fracassando em suas funções manifestas – pois não incidiu da maneira desejada sobre as condições do trabalho doméstico –, houve um importante significado, na medida em que desenvolveu a função latente de “dar expressão aos ideais de igualdade e de progressos social preponderantes na sociedade norueguesa” (**Introducción a la sociología del Derecho**. Madrid: Taurus, 1978, p. 170). Outro exemplo mencionado por Treves, também de uma pesquisa na Noruega, sobre a lei que estabelecia controle de preços, introduzida e aplicada durante a época da guerra, mas mantida mesmo após o término desta última, com a finalidade de satisfazer os membros do partido trabalhista então no governo, como prova de seu poder econômico. Tal lei, contudo, não era efetivamente aplicada para tranquilizar os empresários e garantir a paz social. A função latente, portanto, era a “de prevenir sérios conflitos entre partes ideologicamente em oposição fazendo concessões a cada uma delas: uma das partes resulta satisfeita pela promulgação da lei e a outra resulta igualmente satisfeita por sua falta de aplicação” (Idem, *ibidem*). Trata-se do chamado uso político do Direito.

companheiros ou ex^{238, 239, 240}. Nada obstante, não se pode negar o valor da LVG. Trata-se de uma lei indiscutivelmente positiva. E mais, o problema da legislação simbólica não é o seu uso, mas sim o seu abuso.

Se a legislação (atividade) representa mais que em nenhuma outra área a interseção entre o Direito, a Política e a Moral, isso deve ser usado em seu próprio benefício. É a política que deve ajudar a que as discussões morais cheguem ao Parlamento. É através dela que se pode pensar em mundos melhores que podem ser construídos a partir do Direito, sendo certo que é papel deste (do Direito) também pensar como deve ser a sociedade, se é que é verdadeiro o propósito de construir igualdade entre todos, inclusive entre homens e mulheres. É a política quem permite essa chamada função racionalizadora do Direito, que proporciona uma reestruturação consciente das relações sociais mediante a antecipação (projetada sobre as normas) dos valores da sociedade futura (considerada melhor)²⁴¹.

²³⁸ Na Espanha, esses números se mantêm relativamente estáveis, com uma média de 60 mortes anuais, conforme as estatísticas constantes do *Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, órgão criado pela LVG, vinculado ao *Consejo General del Poder Judicial*. O último relatório, referente ao ano de 2015, traz os seguintes dados: 2015 – 60 mortes; 2014 – 54 mortes; 2013 – 54 mortes; 2012 – 52 mortes; 2011 – 62 mortes; 2010 – 73 mortes; 2009 – 55 mortes; 2008 – 75 mortes; 2007 – 74 mortes; 2006 – 62 mortes; 2005 – 52 mortes; 2004 – 69 mortes; 2003 – 65 mortes. O relatório não trouxe qualquer explicação para esse movimento ondulatório dos números com pequenos acréscimos e decréscimos ao longo dos anos. (**Informes de víctimas mortales de violencia de género y violencia doméstica en ámbito de la pareja o ex-pareja**. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Victimas-mortales-de-violencia-de-genero-y-violenciado-mestica-en-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja/>>. Acesso em: 07 dez. 2017).

²³⁹ O ano de 2016, por exemplo, foi considerado como um dos mais violentos da série histórica. Nesse sentido: RINCÓN, Reyes. Cada día hubo 390 denuncias por violencia machista en 2016. **El país**, 11/03/2017. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2017/03/10/actualidad/1489140256_2_73259.html?rel=mas>. Acesso em: 22 nov. 2017. De acordo com a reportagem, foram 134.462 o número de mulheres que denunciaram ser vítimas de violência “de gênero”. O número pode ser conferido na própria página do *Observatorio Contra a Violencia doméstica y de género* (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero>).

²⁴⁰ Reitere-se que existem posições divergentes, como já apontado anteriormente, que apontam para uma relativa eficácia da lei, como, por exemplo: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel; BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José. **La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014): su efectividad, eficacia y eficiencia**. Valencia: Tirant lo blanch, 2017. A síntese também consta da entrevista concedida por José Luis Díez Ripollés: “**P.** ¿Cree que, en términos generales, la ley de violencia está siendo efectiva, eficaz y eficiente? ¿Qué sería lo mas importante que habría que mejorar? **R.** La ley está siendo efectiva, se han activado muchos recursos y de lo que se trata ahora es de mejorar su funcionamiento. En cuanto a su eficacia, siempre desearíamos conseguir más, pero lo cierto es que la violencia más grave ya no crece, y ahora hay que trabajar en seguir reduciendo su volumen, además de mejorar la incidencia sobre la violencia de menor entidad. Pero la intervención penal genera también unos costes que no podemos ignorar: Las mujeres no acaban de confiar en el sistema penal, por considerar que genera en demasiadas ocasiones efectos colaterales negativos indeseados; además esos efectos afectan especialmente a los sectores sociales más desfavorecidos, que son aquellos en los que se concentra la intervención penal. Erraremos, sin embargo, si, para mejorar la eficacia o evitar esos costes, entramos en una dinámica de ampliación del ámbito de intervención penal, extendiendo el concepto de violencia de género o facilitando aún más las actuaciones penales. Es la hora de profundizar en otros ámbitos más prometedores, especialmente la educación, la sensibilización y la socialización en valores de igualdad.” (BELAZA, Mónica Ceberio. Entrevista a José Luis Díez Ripollés: “En las cárceles españolas ya hay más presos por violencia de género que por tráfico de drogas”. **El País**, 08/01/2018. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2018/01/01/actualidad/1514801354_510396.html>. Acesso em: 12 jan. 2018).

²⁴¹ TREVES, Renato. **Introducción a la Sociología del Derecho**. Madrid: Taurus, 1978, p. 96.

No caso analisado, houve uma clara tentativa nesse sentido. Embora a teoria feminista acabe inserindo um ruído desnecessário, como explicado anteriormente, introduz um valor “inegociável” a ser tomado em consideração: a igualdade entre homens e mulheres (ou “de gênero”, como preferem os movimentos dessa causa). Tal igualdade é decorrência de que se reconheça como inaceitável e ilegal a violência praticada contra as mulheres.

Inclusive, esse parece ser um ponto importante para a revisão das linhas que tomam a atividade legislativa como essencialmente uma negociação. Essa já seria a quarta conclusão parcial. Explique-se. Há pontos “inegociáveis” e a igualdade aqui mencionada parece ser um deles²⁴². O reconhecimento de tal igualdade, ainda que *a contrario*, indica que não passível de qualquer negociação ou flexibilização. O caminho parece ser muito mais o da extensão dessa igualdade a outros coletivos, como aponta o próprio caso analisado, ampliando a cobertura para o grupo de pessoas “especialmente vulneráveis” (anciãos, crianças, etc.).

Retome-se a importante reflexão sobre a igualdade entre homens e mulheres. Leis desse tipo não seriam necessárias se fosse a inclinação natural de todos os homens o tratamento igualitário às mulheres. É dizer, as leis vêm com a pretensão de corrigir o comportamento, não dos homens bons, mas dos maus. Ao argumento de que nem todos os homens são maltratadores, deve-se responder igualmente que nem todas as mulheres são mentirosas e as que fazem acusações verdadeiras não podem pagar o preço pelas que mentem.

Assim, leis para combater a violência contra a mulher continuam sendo necessárias, muito embora seguirão carregando o rótulo de colocar as mulheres em uma situação de “privilegiadas”, de “vítimas”, papéis esses que definitivamente não são os que se buscam²⁴³. Tanto isso parece ser verdade que, em sociedades mais “igualitárias” em termos de homens e mulheres, a discussão sobre a violência nas relações afetivas (*en la pareja*) não faz distinção

²⁴² Essa ideia está presente de alguma maneira em Baldassare Pastore, Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria em uma passagem na qual, discorrendo sobre a cooperação e o conflito no campo do Direito, assim se manifestam: “*Un'altra forma importante di conflitto è quella del **riconoscimento**, cioè la lotta per l'accettazione sociale della propria identità. Conflitti del genere non sono negoziabili, perché l'identità non si può riconoscere solo in parte, ma o tutta o niente. Chi accetta di negoziare già in qualche modo riconosce l'identità altrui e la legittimità dei suoi fini. (...) Nei conflitti di riconoscimento il ruolo del diritto è particolarmente importante, perché non si vuole una generica tolleranza, ma l'attribuzione di diritti e l'imposizione di doveri. In quest'uso simbolico del diritto l'identità si sente pienamente accolta nella convivenza sociale, sia per il carattere convenzionale del diritto stesso, sia per la sua portata normativa.*” (PASTORE, Baldassare; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Le ragioni del diritto**. Bologna: il Mulino, 2017, p. 54).

²⁴³ A questão, no entanto, parece seguir sem reunir um entendimento. Nas eleições gerais de 2015, por exemplo, o partido político *Ciudadanos* lançou em seu programa de campanha a proposta de “eliminar a discriminação positiva” prevista na lei, de modo que as penas nos casos de violência doméstica sejam as mesmas, independentemente de se o crime é cometido por homens contra as mulheres, quanto de mulheres em relação a homens, de pais a filhos ou de um homem ao seu companheiro em uma relação homossexual (C's quitará la discriminación positiva en la ley de violencia de género pese a la polémica. **La Razón**, 11/12/2015. Disponível em: <<http://www.larazon.es/elecciones-generales-2015/rivera-eliminara-la-discriminacion-positiva-en-la-ley-de-violencia-de-genero-pese-a-la-polemica-LH11431956>>. Acesso em: 22 dez. 2017.)

sobre o sexo do sujeito ativo e do sujeito passivo. Como exemplo, cite-se a experiência inglesa²⁴⁴.

É que a violência é praticada justamente como instrumento de controle e como mecanismo para perpetuar a desigualdade em todos os sentidos e em qualquer circunstância, dentro do lar e fora dele na vida em sociedade, o que é grave e anormal, tanto por suas causas, seus significados, quanto por suas consequências.

Nessa linha de raciocínio, segue pendente a discussão e compreensão do que as mulheres precisam verdadeiramente. Aqui, permanecem atuais as palavras de Harriet Taylor Mill, publicadas 1869 (mas escritas ao menos dez anos antes disso): “*O que as mulheres necessitam são direitos iguais, igual admisão a todos os privilégios sociais; não uma posição aparte, uma sorte de sacerdócio sentimental*”.²⁴⁵ Ao que tudo indica, esse ponto continuará pendente e, mais cedo ou mais tarde, esse debate terá que ser travado.

Uma quinta conclusão sobre o caso espanhol é extraída a partir das explicações sobre a ineficácia da LVG. Um dos principais entraves apontados nesse sentido é a falta de recursos e a falta de capacitação específica dos operadores e incumbidos da aplicação da lei nos conhecimentos específicos envolvendo o universo dessa forma de violência.

Um outro problema tem a ver com a distância do “direito dos livros” e o “direito em ação”, para usar a já consagrada denominação dada por Roscoe Pound²⁴⁶. Com isso, quer-se referir à diferença de valores, concepções e convenções existente por parte dos formuladores do Direito (*law in books*) e daqueles encarregados de cumpri-lo (*law in action*), no caso, a polícia, os advogados, os juízes, etc., que guiam suas ações conforme “o Direito”. Especificamente no caso analisado, o fenômeno está caracterizado por uma profunda resistência por partes desses atores na prática jurídica – seja por preconceitos e concepções, seja por falta de preparo técnico –, o que contribui para o (relativo) baixo grau de efetividade para a solução do problema social focado.

²⁴⁴ No Reino Unido, a agravante específica para os crimes praticados em situação de violência doméstica se aplica independentemente do sexo, bastando a existência de uma relação afetiva (atual ou anterior), ou seja, é suficiente que o sujeito ativo e o sujeito passivo sejam (ou tenham sido) cônjuges ou companheiros, sem importar qual dos dois (homem ou mulher) pratica a ação ou é vítima. A disciplina da questão consta do *Domestic Violence, Crime and Victims Act – DVCVA*, de 2004, que modificou diversos aspectos da proteção até então vigente do *Family Law Act*, de 1996. Mais detalhes sobre o sistema inglês podem ser encontrados em: ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero**. Experiências e representações sociais. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2014, pp. 301-383.

²⁴⁵ Tradução de: “*Lo que necesitan las mujeres son derechos iguales, igual admisión a todos los privilegios sociales; no una posición aparte, una suerte de sacerdócio sentimental*” (La conceción del derecho de voto a las mujeres. In: MILL, John Stuart; MILL, Harriet Taylor. **Ensayos sobre la igualdad sexual**. Madrid: Cátedra, 2001, pp. 117-147, p. 146).

²⁴⁶ POUND, Roscoe. Law in books and law in action. **American Law Review**, n. 44, 1910, pp. 12-36.

De alguma maneira, esse tipo de problema já havia sido detectado por um setor feminista para o qual, sendo o Direito um “efeito epifenomênico do patriarcado” (é dizer, pelo qual o patriarcado se manifesta em uma dimensão mais superficial), dificilmente poderia ser utilizado para desmantelá-lo. Trata-se, entretanto, de um argumento cético e, mais, simplista, que pouco contribui para mudar a realidade – postura essa que, no caso, representa sustentar o indesejado “patriarcado”.

Essa conclusão, portanto, poderia ser traduzida na ideia de que muito raramente o Direito (legislado) é capaz de liderar as mudanças sociais mais importantes, sobretudo quando se está diante de uma “resistência cultural”, reputando-se aos juristas um papel residual. Por isso, tradicionalmente as leis que mais funcionam geralmente são as *bottom-up*, não as *top-down*. Ocorre que, se o que se deseja é a mudança de determinados padrões arraigados na sociedade, a transformação social, torna-se necessária a reflexão sobre as maneiras de reduzir a distância entre os preceitos legais e a realidade.

É bem verdade que a chamada função revolucionária do Direito, com vistas à promoção de uma mudança social radical, depende de sua capacidade de funcionar, de forma efetiva, como instrumento de controle social repressivo^{247, 248}. Em sendo assim, aos juristas não se pode relegar um papel de coadjuvantes²⁴⁹, sobretudo diante da constatação de que o centro de gravidade do desenvolvimento do Direito não está na legislação (atividade e produto), nem na jurisprudência, mas sim na própria sociedade^{250, 251}. A única maneira de construir um mundo sem “machismo”, ou se se prefere, sem dominação masculina (ou, melhor dito, com igualdade real entre homens e mulheres), é a luta cotidiana, impedindo-se as pequenas violações dos direitos das mulheres²⁵².

²⁴⁷ FERRARI, Vicenzo. **Funciones del derecho**. Madrid: Editorial Debate, 1989, p. 53.

²⁴⁸ William Evan enumera as seguintes condições para que o Direito possa mais facilmente produzir uma mudança social: 1) que a fonte do direito esteja revestida de autoridade e prestígio; 2) que as novas normas se conectem com a tradição histórica e cultural do país; 3) que os encarregados de cumprir as novas normas estejam convencidos da respectiva legitimidade (das normas); e 4) que estejam previstas sanções positivas e negativas adequadas (Law as an instrument of social change. In: GOULDNER, Alvin W.; MILLER, S. M. (Eds.). **Applied sociology: opportunities and problems**. New York: Free Press, 1965, pp. 291-292).

²⁴⁹ Nesse sentido, vejam-se as reflexões de Manuel Atienza em **Filosofía del derecho y transformación social** (Madrid: Trotta, 2017).

²⁵⁰ Para uma noção sobre a análise funcional e as funções do direito, confira-se o capítulo segundo *Las funciones del derecho* de: ATIENZA, Manuel. **Introducción al derecho**. México, DF: Fontamara, 2011. A primeira edição do referido livro foi publicada em 1985 (Barcelona: Editorial Barcanova).

²⁵¹ Para um aprofundamento sobre as estratégias do feminismo para alcançar a mudança social, notadamente a igualdade de tratamento entre homens e mulheres, à luz de um enfoque transversal, perpassando todas as políticas públicas, vejam-se: FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación. Mainstreaming de género y cambio social. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 49, 2015, pp. 333-365; BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 87-88, 2010, pp. 225-252.

²⁵² Nesse sentido, as campanhas publicitárias parecem muito importantes e na Espanha existe uma especial atenção para a constante modernização da mensagem, com o objetivo de que alcance o maior número de

Esse ponto já conduz a uma sexta conclusão importante sobre o tema: a principal contribuição da LVG foi ter conferido visibilidade ao tema da violência contra a mulher, diminuindo dessa maneira a tradicional tolerância em face desse tipo de violência²⁵³. Na Espanha, ao menos, já não representaria uma verdade o ditado popular segundo o qual “*Em briga de marido e mulher ninguém mete a colher*”.

Símbolo mais brutal da desigualdade entre homens e mulheres existente na sociedade, a violência contra a mulher deixou de ser um “delito invisível”, muito embora persistam desafios referentes à subnotificação das vítimas (os dados são no sentido de que somente uma de cada quatro mulheres se atreve a denunciar)²⁵⁴ e as situações em que o agressor comete suicídio após o assassinato, que são frequentes, mas não entram para as estatísticas.

Uma sétima conclusão, também relacionada à anterior, referente aos efeitos da lei, consiste na dificuldade de avaliar leis como a LVG no momento pós-legislativo, dada a impossibilidade de contrastá-la com um cenário sem a lei. Em outras palavras, tratar-se-ia de responder com exatidão à pergunta: se não existisse a lei, quantas mulheres teriam sido vítimas de violência? Se o número eventualmente fosse maior sem a lei, reduzindo-se com o seu advento, a LVG seria efetiva. Ocorre que, como dito, esse exame realmente não é possível²⁵⁵. E o grande problema está em deixar-se levar por esse discurso (de que a lei é

destinatários, não somente a vítima, mas também o próprio agressor e os que estão ao redor e presenciam as diversas formas de violência contra a mulher. Um breve histórico de algumas campanhas está em: PEINADO, Mari Luz; BUENO BALLESTEROS, Anabel. Corregimos las campañas contra la violencia machista dirigiéndolas al agresor y no a la víctima. **El país**, 23/11/2017. Disponível em: <https://verne.elpais.com/verne/2017/11/21/articulo/1511283303_058531.html>. Acesso em: 26 nov. 2017.

²⁵³ Essa tolerância pode ser verificada através da naturalização dessa violência, inclusive por parte das próprias mulheres. É o que delata, por exemplo: LORENTE ACOSTA, Miguel. **Mi marido me pega lo normal**. Barcelona: Planeta, 2012. A primeira edição do livro, no entanto, é de 2001.

²⁵⁴ Em algumas publicações, esse número sobe para 30%, o que quer dizer que, do universo das mulheres que declaram ser vítimas de maus-tratos, somente 30% das mulheres denunciam e, mesmo entre essas, um terço retira a denúncia. É o que consta do seguinte trecho entrevista com José Luis Díez-Ripollés: “**P.** *Las mujeres denuncian cada vez menos. ¿Cuál cree que es el motivo?* **R.** *A través del estudio de las encuestas de victimización vemos que no llega al 30% el porcentaje de mujeres que dicen sufrir violencia de género y que luego denuncian. Es, además, una tendencia a la baja. Y muchas de las que luego encuentran la muerte a manos de sus parejas no han denunciado. Esto no puede ser. Es una de las cuestiones más preocupantes. Además, de las que denuncian, otro tercio retira la denuncia. Esto apunta a que hay una cierta insatisfacción de la mujer con el sistema penal. Por algún motivo, no confía en él.*” (BELAZA, Mónica Ceberio. Entrevista a José Luis Díez Ripollés: “En las cárceles españolas ya hay más presos por violencia de género que por tráfico de drogas”. **El País**, 08/01/2018. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2018/01/01/actualidad/1514801354_510396.html>. Acesso em: 12 jan. 2018).

²⁵⁵ Também sobre esse ponto, na mesma entrevista acima, confira-se o comentário de José Luis Díez Ripollés: “**P.** *¿Cree que, en términos generales, la ley de violencia está siendo efectiva, eficaz y eficiente? ¿Qué sería lo más importante que habría que mejorar?* **R.** *La ley está siendo efectiva, se han activado muchos recursos y de lo que se trata ahora es de mejorar su funcionamiento. En cuanto a su eficacia, siempre deseáramos conseguir más, pero lo cierto es que la violencia más grave ya no crece, y ahora hay que trabajar en seguir reduciendo su volumen, además de mejorar la incidencia sobre la violencia de menor entidad. Pero la intervención penal genera también unos costes que no podemos ignorar: Las mujeres no acaban de confiar en el sistema penal, por*

efetiva, mesmo diante dos números relativamente estabilizados), para abandonar os esforços no combate à violência, sobretudo quando se está diante de distorções na aplicação da lei²⁵⁶.

A oitava conclusão que se pode retirar na experiência espanhola é que o tema da violência contra a mulher não é de direita, nem é da esquerda. Trata-se de uma agenda política de Estado. Mesmo sendo verdade que a ascensão do Partido Socialista tenha desempenhado um papel importante e um grande giro no tratamento legislativo dado ao tema, deve-se reconhecer que desde antes, ainda durante o governo do Partido Popular, já haviam sido aprovadas providências administrativas, notadamente o *I* e o *II Plan de Acción contra la violencia doméstica*, a partir de 1998, sem contar as reformas legislativas anteriores. Recorde-se que, mesmo o ponto mais polêmico da LVG (a criação de tipos diferenciados quando o sujeito ativo é o homem e o passivo, a mulher) de alguma maneira já constava da lei anterior. Além disso, o retorno do Partido Popular ao poder nas eleições de 2011 não implicou retrocessos ou desconstrução da legislação sobre o tema, tendo seguido com mais avanços, como já comentado.

Uma nona conclusão, já saindo do tema usado como pretexto, e voltando para o âmbito das teorias da legislação e da argumentação legislativa, tem a ver com a forma de avaliar a argumentação produzida por ocasião da elaboração das leis. Em determinados temas, além de considerar o efetivamente dito, parece ser importante examinar alguns silêncios.

É necessário detectar os pontos que deveriam ter sido debatidos, mas não o foram, e revelar essa face oculta da argumentação tem o efeito de tirar uma máscara, que não esconde a realidade, mas claramente a simula. Dito com outras palavras, avaliar uma argumentação legislativa também passar por verificar se houve algum tipo de dissimulação, ou se foi usado

considerar que genera en demasiadas ocasiones efectos colaterales negativos indeseados; además esos efectos afectan especialmente a los sectores sociales más desfavorecidos, que son aquellos en los que se concentra la intervención penal. Erraremos, sin embargo, si, para mejorar la eficacia o evitar esos costes, entramos en una dinámica de ampliación del ámbito de intervención penal, extendiendo el concepto de violencia de género o facilitando aún más las actuaciones penales. Es la hora de profundizar en otros ámbitos más prometedores, especialmente la educación, la sensibilización y la socialización en valores de igualdad.” (BELAZA, Mónica Ceberio. Entrevista a José Luis Díez Ripollés: “En las cárceles españolas ya hay más presos por violencia de género que por tráfico de drogas”. *El País*, 08/01/2018. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2018/01/01/actualidad/1514801354_510396.html>. Acesso em: 12 jan. 2018).

²⁵⁶ O exemplo dessa distorção foi reconhecido pelo próprio José Luis Díez Ripollés na entrevista já citada: “*P. ¿Cuáles son los delitos de violencia de género por los que más se condena? R. Se aplica mucho más el artículo 153 del código penal, que castiga el maltrato leve ocasional, que el artículo 173, que sanciona la violencia doméstica habitual. Este último solo se aplica en un 6% de los casos, muchas veces porque la prueba del art. 153 es más sencilla, lo que hace que este se aplique en más del 50% de los casos. Es una disfunción grave, que debería corregirse pues el delito de violencia doméstica habitual es el que realmente atiende a la violencia de género y además castiga más gravemente.*” (BELAZA, Mónica Ceberio. Entrevista a José Luis Díez Ripollés: “En las cárceles españolas ya hay más presos por violencia de género que por tráfico de drogas”. *El País*, 08/01/2018. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2018/01/01/actualidad/1514801354_510396.html>. Acesso em: 12 jan. 2018).

algum artifício para silenciar algo verdadeira importante, sendo certo que as palavras também têm valor pelo que não dizem.

Por último, uma décima conclusão, bastante óbvia a essas alturas: é impossível avaliar uma argumentação legislativa sem mergulhar profundamente no mérito do assunto discutido, tampouco sendo possível fazê-lo sem, nem que seja minimamente, tomar partido. Por mais que se tente evitar, haverá sempre um grau de parcialidade inescapável.

Algumas das conclusões parciais acima serão retomadas oportunamente na Parte III desta tese. Por agora, finaliza-se o capítulo e passa-se imediatamente à análise da argumentação referente à lei brasileira análoga à LVG espanhola, sobre o mesmo problema social da violência contra a mulher.

Capítulo 4. A argumentação legislativa sobre a violência contra a mulher no Brasil

Nessa seção, estuda-se o caso da argumentação legislativa para a construção da Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha, de agora em diante simplesmente LMP, bem como faz-se a comparação entre os casos estudados na Espanha e no Brasil.

Para isso, foram organizadas oito partes. Além desta breve introdução sobre o tema, são reconstruídos os antecedentes da discussão legislativa e a exposição de motivos (4.1), já com algumas pinceladas críticas sobre algumas argumentações que foram surgindo antes mesmo do envio do projeto de lei ao Poder Legislativo.

Em seguida, são analisados os termos da proposta original submetida à discussão (4.2), os detalhes da tramitação legislativa propriamente dita (4.3), o caminho argumentativo percorrido para a aprovação da lei (4.4) e os contornos da lei final aprovada (4.5).

Dados alguns aspectos polêmicos, igualmente fez-se necessário mergulhar na argumentação já quando da aplicação da lei, tanto a postura dos operadores jurídicos, quanto do Supremo Tribunal Federal, que tiveram peso determinante sobre as práticas envolvendo a lei estudada. Nesse item, ainda são considerados os eventos pós-legislativos, notadamente, o controle de constitucionalidade e a avaliação da inovação legislativa, bem como a continuação dos debates nessa seara e suas consequências (4.6). Tudo isso é arrematado com conclusões parciais para recapitular os principais aspectos do caso estudado (4.7).

Por fim, no item 4.8, procede-se à comparação entre as argumentações legislativas do capítulo anterior, referente ao caso espanhol, e do presente capítulo (4.8).

Antes de ingressar propriamente na análise, devem ser pontuados alguns marcos importantes para a contextualização do que segue.

Em 1979, o Brasil aderiu à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, na sigla em inglês)¹. Por esse documento (arts. 1º a 6º), os Estados partes se comprometem a tomar as “medidas apropriadas” para combater as formas de exploração, violência e discriminação contra a mulher.

¹ CEDAW – *Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women*. Trata-se do primeiro tratado internacional dispendo amplamente sobre os direitos humanos da mulher. Entrou em vigor em 3 de setembro de 1981. A aprovação pelo Congresso Nacional se deu por intermédio do Decreto Legislativo n. 93, de 14 de novembro de 1983. A ratificação se deu em 1º de fevereiro de 1984. A promulgação veio com o Decreto n. 89.406, em 30 de março de 1984. Em 30 de julho de 2002, o Decreto nº 4.316 promulgou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

O ano de 1979 também foi o da anistia política², e ainda coincide com a realização do primeiro grande congresso feminista³, o Congresso da Mulher Paulista – realizado nos dias 4, 5 e 8 de março –, cujos êxito e repercussão internacional renderam a organização, logo no ano seguinte, do II Congresso da Mulher Paulista, com pautas amplas: sexualidade, trabalho doméstico, aborto, meios contraceptivos, políticas de natalidade, discriminação no mercado de trabalho, saúde, educação, creche, violência, lesbianismo e a mulher negra. A partir então os encontros passaram a eleger as prioridades de pauta e naquele momento as escolhidas foram: a luta contra a violência doméstica e contra o controle de natalidade (ou seja, em meio à explosão demográfica, o movimento defendia o livre-arbítrio para ter filhos, sem prejuízo dos programas de atenção à saúde).

Nesse segundo evento, a questão feminina alcançou os partidos políticos de esquerda, tendo-se registrado a discordância quanto à discussão desses temas, sob o argumento de que tais bandeiras poderiam provocar “divisões no seio da classe operária”, satisfaziam apenas “uma elite de mulheres” e não “galvanizavam as amplas massas femininas”⁴. Seja como for, o fato é que o combate à violência doméstica foi estabelecido como prioridade por parte do movimento feminista no Brasil, já em um ambiente de redemocratização, em uma delicada conjuntura política, que reivindicava agendas consideradas mais “urgentes”.

No final de 1980, observou-se o surgimento de uma importante organização de apoio e conscientização das mulheres, o SOS-Mulher, que passou a representar práticas novas no movimento feminista, que a essa altura não mais se limitava à discussão de temas (elaboração de reivindicações), já tendo incluído a prestação de serviços mínimos, como plantões de atendimento, apoio, orientação jurídica gratuita, por parte de um grupo de voluntárias, acolhendo concretamente e entrando em contato com a realidade das mulheres em situação de violência. A inspiração veio de organizações semelhantes que já funcionavam na Inglaterra e nos Estados Unidos desde o início dos anos 1970, com a finalidade de estimular a

² Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979.

³ Foge às pretensões desta tese discutir as questões que envolvem o feminismo. Para o que interessa agora, basta dizer muito resumidamente que o feminismo é ao mesmo tempo uma teoria, um movimento social e uma ética propondo uma maior igualdade de gênero. Compreender essa forma de pensar e agir como a busca por parte das mulheres em imprimir aos homens as opressões a que estão submetidas, invertendo a lógica atual, ou simplesmente como o contrário do machismo, é equivocado.

⁴ TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, pp. 117-123. Para essa autora, o episódio revela a dificuldade de os partidos políticos incorporarem os projetos do movimento feminista. Segundo seu relato, ainda, foi a participação dos partidos políticos de esquerda a causa da posterior cisão do movimento feminista no Brasil. Os partidos de direita, sendo mais conservadores, não se envolveram com a pauta especialmente pela não aceitação de algumas bandeiras específicas (sobretudo o aborto). De acordo com a autora, o movimento não resistiu às tentativas opostas de colocar as discussões “no rumo certo” (pp. 126, 162).

solidariedade e a cumplicidade entre as mulheres, na crença de que a “emancipação” só se efetivaria se fosse o resultado de uma experiência coletiva⁵.

Em 1985, foi criada a primeira Delegacia de Defesa da Mulher – DDM na cidade de São Paulo⁶.

Paralelamente a isso, a atuação do movimento feminista foi se disseminando⁷. Surgiram outras organizações de mulheres militantes em várias frentes, especialmente a conscientização e debates⁸. Não chegou a eleger mulheres para o Legislativo, mas nem por isso o movimento feminista deixou de estar presente por ocasião da Assembleia Constituinte para a elaboração da Constituição de 1988⁹.

Conforme narra Céli Regina Jardim Pinto:

A presença de militantes do movimento feminista durante os trabalhos constituintes e a capacidade que tiveram de fazer pressão, vencer resistências e fazer que (*sic*) fossem incorporadas suas demandas no texto da Carta Constitucional apontam para um fenômeno que não pode ser desprezado. Trata-se de formas alternativas de participação política que não passam pela representação. Atuar politicamente por meio de pressão organizada, capaz inclusive de ser propositiva, foi uma das marcas do movimento feminista brasileiro na década de 1980. O caso da Constituinte é particularmente interessante, pois não se tratava de forma alguma de um Congresso Constituinte feminista, nem mesmo de uma bancada feminista. Todavia foram muitas as vitórias do movimento. Esses êxitos foram consequências de uma bem montada estratégia de mobilização que reuniu mulheres do país inteiro, levou para Brasília lideranças regionais, promoveu campanhas e manteve um atento acompanhamento ao longo dos trabalhos.

(...)

A mobilização do movimento feminista durante os preparativos para a Constituinte e durante o próprio período dos trabalhos constituintes possivelmente é um dos melhores exemplos na então jovem democracia brasileira de organização da sociedade civil com o objetivo de intervir diretamente no campo político. Houve uma rede de participação que envolveu centenas de pequenos grupos, feministas ou não, com expressão local, regional ou nacional, mulheres com lideranças nas mais diversas áreas, sindicalistas, políticas, acadêmicas, líderes no movimento dos sem-terra, etc. (...).¹⁰

⁵ GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas**: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993, pp. 26, 49.

⁶ A criação se deu durante o governo de Franco Montoro, por iniciativa de seu então Secretário de Segurança Pública, Michel Temer. Segundo consta, a ideia surgiu após este último ter recebido um grupo de mulheres que reclamavam do mau atendimento nas delegacias de polícia. (Temer criou primeira estrutura de defesa da mulher em 1985. **Portal Brasil**, 27/05/2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2016/05/temer-criou-primeira-estrutura-de-defesa-da-mulher-em-1985>>. Acesso em: 29 ago. 2017).

⁷ Os caminhos percorridos por esse movimento, parece importante, esclarecer, não necessariamente coincidiram com as questões envolvendo o reconhecimento das outras identidades de gênero. Sobre o ponto, confira-se o capítulo segundo de: EUGENIO, Gabriel Soares. **Pelo direito de existir além das barreiras patologizantes: a experiência das pessoas trans em uma perspectiva argumentativa**. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2018.

⁸ Idem, *ibidem*, pp. 29 e ss.

⁹ PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003, pp. 72 e ss.

¹⁰ Idem, *ibidem*, pp. 76, 78-79.

Entre as conquistas mais importantes quanto aos direitos da mulher, estão os seguintes dispositivos da Constituição de 1988:

Art. 5º. (...)

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Art. 7º. (...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.¹¹

Art. 189. (...)

Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

Art. 226. (...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Além dos preceitos acima claramente consagrando reivindicações do movimento feminista, desde sua redação originária a Constituição de 1988 no art. 226, § 8º, trouxe a previsão no sentido de que “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.*”. Esse dispositivo terá especial importância na discussão que se sucede.

Em 9 de junho de 1994, a Assembleia Geral da Organização de Estados Americanos adotou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a

¹¹ A Emenda Constitucional n. 72, de 2013, conferiu ao parágrafo único do art. 7º a seguinte redação atualmente em vigor: “*Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.*”

Mulher, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará¹². Pelo seu art. 7º, *d e e*, os Estados partes se comprometem a, por todos os meios apropriados e sem demora, adotar políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, em especial, medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade, bem como medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher^{13, 14}.

Ao longo da década de 1980, as práticas dos SOS-Mulher igualmente tiveram relevância para o conhecimento das demandas majoritárias no que dizia respeito à questão das mulheres. Os dados dos atendimentos realizados foram objeto de análises dos estudiosos e, a partir dessas informações, delimitou-se o problema social a partir da demanda imediata (queixas relativas a maridos e companheiros no contexto doméstico). Essas eram as questões mais urgentes, embora também se tenham detectado problemas de outra natureza que igualmente estavam presentes e sem o devido tratamento institucional (violência sexual, assédio sexual, discriminação sexual, violência psicológica, etc.)¹⁵.

Nesse mesmo período, registre-se que foram crescendo as conexões internacionais do movimento feminista no Brasil que, à semelhança de seus homônimos nos outros países da América Latina, foi tecendo estreitos vínculos com o marco internacional de direitos humanos¹⁶.

Além disso, somado aos compromissos internacionais assumidos, em 2001, o Estado brasileiro foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, por intermédio do Relatório n. 54/01, no Caso 12.051, envolvendo *Maria da Penha Maia Fernandes*, por negligência e omissão em relação à violência doméstica, em razão da

¹² O Congresso Nacional aprovou a convenção pelo Decreto Legislativo nº 107, de 31 de agosto de 1995. A promulgação foi ocorreu em pelo Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.

¹³ Em 1998, relatório da Organização Mundial de Saúde – OMS apontava que “... a violência contra a mulher no âmbito doméstico tem sido documentada em todos os países e ambientes socioeconômicos, e as evidências existentes indicam que seu alcance é muito maior do que se supunha.” (Apud TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica de. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 12).

¹⁴ Na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993, pela primeira vez, ficou consignado na Declaração e Plano de Ação de Viena que “Os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais.” (item 18).

¹⁵ GREGORI, Maria Filomena. GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas**: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993; _____. Deslocamentos semânticos e hibridismos: sobre os usos da noção de violência contra mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 48, mai.-jun. 2004, pp. 246-259.

¹⁶ MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

ineficiência do sistema judicial brasileiro na condenação de Marco Antonio Heredia Viveiros, então marido da vítima, pelos diversos crimes e violências praticados durante os anos de convivência matrimonial¹⁷.

A denúncia – apresentada em 1998 em conjunto pela própria Maria da Penha Maia Fernandes, pelo Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional (CEJIL) e pelo Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) – tinha como pano de fundo a impunidade e ineficiência do sistema judicial brasileiro, em violação aos direitos humanos e compromissos assumidos internacionalmente pelo país, por não haver, por mais de quinze anos, tomado medidas efetivas para processar e punir o agressor, mesmo diante das várias denúncias efetuadas pela vítima nos órgãos competentes. O caso foi tomado como evidência de um padrão sistemático de atuação no trato desses temas da violência doméstica e familiar.

Instado a se manifestar, o Brasil não respondeu à denúncia perante a Comissão. Pela primeira vez no âmbito do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, um caso de “violência doméstica” levou à condenação de um país por parte da CIDH, que declarou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelo descumprimento de dispositivos da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Entre as recomendações, foi determinado ao país:

1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia.
2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze

¹⁷ De acordo a denúncia apresentada, em 29 de maio de 1983, Marco Antonio Heredia Viveiros desferiu um disparo de arma de fogo nas costas de Maria da Penha Maia Fernandes enquanto ela dormia, o que resultou na impossibilidade definitiva para caminhar (paraplegia irreversível) e traumas psicológicos. Após o tratamento médico e cirurgias a que teve de ser submetida em razão dos ferimentos, ao retornar para a casa, em duas semanas, Marco Antonio Heredia Viveiros tentou eletrocutar Maria da Penha Maia Fernandes enquanto ela tomava banho. Conforme as apurações, tudo foi premeditado por Marco Antonio Heredia Viveiros, que fez Maria da Penha Maia Fernandes assinar um seguro de vida e um contrato de compra e venda de seu carro. Comprovadas a autoria e materialidade dos fatos, o Ministério Público apresentou denúncia em 28 de setembro de 1984. A sentença condenatória pelo Tribunal do Júri foi proferida apenas em 4 de maio de 1991. Submetida a recurso, em 4 de maio de 1995, o Tribunal de Alçada concluiu pela anulação da decisão do Tribunal do Júri. A alegação da defesa foi no sentido de que as primeiras agressões a Maria da Penha Maia Fernandes teriam sido cometidas por ladrões que tentavam assaltar a casa. Um novo júri foi realizado em 15 de março de 1996, com decisão por nova condenação à pena privativa de liberdade de dez anos e seis meses. Um novo recurso foi interposto e, passados mais de quinze anos dos fatos, o réu ainda não havia sido julgado definitivamente. Um relato detalhado do caso consta do livro escrito pela própria Maria da Penha Maia Fernandes intitulado “*Sobrevivi... posso contar*” (Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010).

anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil.

4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte:

- a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica;
- b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;
- c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera;
- d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais.
- e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares.

Entre as conseqüências da condenação pela CIDH, além da prisão de Marco Antonio Heredia Viveiros em 31 de outubro de 2002, após decorridos 19 anos dos crimes praticados, teve início a onda de medidas legislativas com o objetivo de coibir a violência doméstica. Por exemplo, veio a Lei n. 10.778, de 24 de novembro de 2003, que determinou a notificação compulsória, no território nacional, dos casos de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados¹⁸.

Depois, a Lei n. 10.886/2004, incluiu o § 9º ao art. 129 do Código Penal, pelo qual se criou um tipo qualificado de lesão corporal a que chamou de violência doméstica, quando a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade. Pela redação do artigo, o crime pode ser cometido tanto pelo homem, quanto pela mulher, desde que existam as relações estabelecidas.

¹⁸ “Art. 1º Constitui objeto de notificação compulsória, em todo o território nacional, a violência contra a mulher atendida em serviços de saúde públicos e privados. § 1º Para os efeitos desta Lei, entende-se por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, inclusive decorrente de discriminação ou desigualdade étnica, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público quanto no privado. (Redação dada pela Lei nº 12.288, de 2010) § 2º Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica e que: I – tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual; II – tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus-tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar; e III – seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra. § 3º Para efeito da definição serão observados também as convenções e acordos internacionais assinados pelo Brasil, que disponham sobre prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.”.

Tecnicamente, a “violência doméstica” representa uma forma qualificada de lesão corporal de natureza leve e uma causa de aumento de pena para a lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, pois o § 10 incluído pela mesma lei previu o aumento da pena em 1/3.

Desses elementos, portanto, nota-se que, muito mais do que o clamor público interno existente¹⁹, foi a pressão internacional (compromissos internacionais firmados e sobretudo julgamento no âmbito da CIDH por atuação do movimento feminista) o principal fator para a confecção da que ficou conhecida como Lei Maria da Penha – LMP (Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006), para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Como se verá com mais detalhes adiante, de fato o ordenamento internacional teve muita influência nos contornos que assumiu a proteção legal aprovada, com especial influência da correlata lei espanhola analisada anteriormente, que foi aprovada apenas dois anos antes da LMP.

Nesse contexto, é desnecessário comentar sobre o carácter fortemente simbólico da Lei Maria da Penha, a começar pelo próprio nome com que ficou conhecida, que carrega a memória de apenas um caso, mas com a intenção de simbolizar a violência cometida contra todas as mulheres.

4.1. Os antecedentes e a exposição de motivos

¹⁹ Há muito os movimentos feministas já reclamavam, por exemplo, que “*Na Justiça brasileira, é comum os assassinos de mulheres serem absolvidos sob a alegação de defesa da honra. Segundo a jurista Florisa Verucci, ‘embora a lei seja silenciosa, não havendo qualquer referência a esse tipo de atenuante, muitos homens foram absolvidos do crime sob alegação de o terem cometido em legítima defesa da honra. Esse artifício foi criado por brilhantes advogados, que exercem o mandato de defensores de inúmeros réus que, com isso, se livraram da cadeia, conspurcando muitas vezes de forma execrável a memória das vítimas, para que estas, aparecendo como traidoras, infieis, ninfomaniacas, ou o que seja, transformassem o réu em vítima e a vítima em ré.’*” (TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993, p. 132). Durante a década de 1990, os grupos dedicaram-se a mostrar, além da violência contra a mulher, “a convivência” da sociedade e das autoridades constituídas, policiais e judiciais: “*(...) Costuma-se tratar as agressões como meras desavenças familiares. Sugere-se até mesmo que a mulher queixosa deve ter tido alguma culpa para que o homem se torne tão agressivo. ‘Será que você não preparou o jantar dele e ele ficou aborrecido?’ ou ‘Não será porque você anda na rua de minissaia?’ Esse tipo de comentário é frequente nas delegacias de polícia, o que não só constrange a vítima, como incentiva o agressor. O tratamento na área jurídica não tem sido diferente. A defesa dos acusados é feita da forma mais sórdida, como, por exemplo, a de um advogado no Estado de Alagoas que pediu a absolvição do réu que espancava de morte a esposa com considerações do tipo: ‘Em incidente doméstico no qual o agente agrediu a companheira causando-lhe levíssimos ferimentos (...) aconselha o interesse social a sua absolvição em vez de uma condenação.’ Há ainda uma insistência, por parte das autoridades competentes, em promover a reconciliação. Em certos casos, vítima e acusado – casados ou vivendo maritalmente – são chamados à delegacia, antes da abertura do inquérito policial, para que se reconciliem. Não se considera que o espancamento da mulher pode se transformar numa escalada perigosa da violência, principalmente quando as agressões se repetem, e que um homicídio poderá destruir definitivamente aquela família. Todo esse comportamento faz parte de um jogo em que a convivência da sociedade, da vítima e das autoridades converge para a manutenção do silêncio, da impunidade e da continuidade da relação*”. (Idem, ibidem, p. 133). Para uma crítica sobre a construção da teoria da legítima defesa da honra, confira-se: GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Legítima defesa da honra. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaina. **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 267-287.

Na esteira da mencionada condenação brasileira junto à OEA, em 2004, o Decreto n. 5.030, de 31 de março, instituiu o Grupo de Trabalho Interministerial com a finalidade de elaborar proposta de medida legislativa e outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher²⁰.

A pauta das discussões no âmbito do Grupo de Trabalho foi guiada pelo conjunto de cinco organizações não-governamentais (ONGs) atuantes no combate à violência doméstica contra a mulher: Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM/Brasil); Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA); Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA); Instituto para Promoção da Equidade (IPE) e THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero. Foi dessas ONGs que partiu o anteprojeto discutido que, com poucas alterações, foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo e se converteu na LMP.

Logo aqui já se nota a marcada influência do movimento feminista, inclusive na escolha da expressão “violência doméstica e familiar” (e não “violência de gênero”, por exemplo, como foi usada no texto espanhol)²¹.

De acordo com a Exposição de Motivos – EM n. 16, de 16 de novembro de 2004, que acompanhou o texto encaminhado ao Congresso Nacional, a proposta legislativa foi amplamente discutida com representantes da sociedade civil e órgãos diretamente envolvidos na matéria, tendo sido objeto de diversas oitivas, debates, seminários e oficinas realizadas em diversos Estados da federação.

Nos termos da própria EM:

3. Em março do corrente ano [2004], foi encaminhada pelo Consórcio de Organizações Não-Governamentais Feministas proposta de anteprojeto de Lei para subsidiar as discussões do Grupo de Trabalho Interministerial instituído com a finalidade de elaborar proposta de medida legislativa para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.
4. A proposta foi amplamente discutida com representantes da sociedade civil e órgãos diretamente envolvidos na temática, tendo sido objeto de diversas oitivas, debates, seminários e oficinas.²²

²⁰ O Grupo de Trabalho foi composto por um representante de cada um dos seguintes órgãos: a) Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, da Presidência da República, com a incumbência de coordenação; b) Casa Civil da Presidência da República; c) Advocacia-Geral da União; d) Ministério da Saúde; e) Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; f) Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; e dois representantes do Ministério da Justiça, sendo um da Secretaria Nacional de Segurança Pública. O Grupo de Trabalho desenvolveu suas atividades até 30 de setembro de 2004, conforme a autorização do Decreto nº 5.167, de 3 de agosto de 2004.

²¹ Como já comentado anteriormente, o uso da expressão “de gênero” não é um consenso e, para parte dos movimentos feministas, mascara a violência cometida “contra a mulher”.

Ainda conforme esse documento, a delimitação das medidas especificamente às mulheres partiu do entendimento de que “*a lógica da hierarquia de poder em nossa sociedade não privilegia as mulheres*”, o que justificaria a adoção de ações afirmativas direcionadas a “*corrigir desigualdades e a promover a inclusão social (...), um tratamento diferenciado que possibilite compensar as desvantagens sociais oriundas da situação de discriminação e exclusão a que foram expostas*”.

O uso dessas expressões, deve-se chamar a atenção, deixa transparecer que a iniciativa legislativa se declarou como uma “ação afirmativa” (inclusive, o fez expressamente no item 7 da EM n. 16/2004), ou seja, uma política pública com o objetivo de promover o ideal igualitário, no caso, a igualdade de gênero. O ponto exige um parêntese para algumas considerações.

Como sabido, as ações afirmativas funcionam como espécie de mecanismo emergencial para promover a inclusão e integração social de grupos minoritários ou solução de conflitos sociais. Trata-se de um conjunto de medidas adotadas temporalmente, para compensar uma situação de discriminação (que as políticas “gerais” não conseguem eliminar), e com objetivo determinado: normalmente a concretização de acesso a bens e direitos diversos, como trabalho, educação, participação política, etc., por parte desses grupos até então marginalizados.

É bem verdade que a discriminação contra a mulher nunca chegou a se transformar em uma espécie de ódio coletivo, generalizado, tampouco ensejou o surgimento de organizações contrárias às mulheres, por exemplo, nem nunca houve formas de segregação de gênero positivamente legitimadas pelo próprio Estado através de leis, decisões judiciais, etc.²³.

²² O documento completo está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=90ADFD977FED348438BD235FEDCAE3A6.proposicoesWebExterno1?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²³ A ideia de “ações afirmativas” surgiu nos Estados Unidos, onde havia um sistema institucionalizado de discriminação racial, tanto por parte da sociedade (inclusive com associações como a Ku Klux Klan), quanto do próprio Estado (por exemplo, o Conselho de Cidadãos Brancos). Esse contexto vinha legitimado desde o final do século XIX pela teoria do “separados mas iguais” (*separate but equal*), que fundamentou a decisão da Suprema Corte daquele país no caso *Plessy vs. Ferguson* (163 U.S 537 1896). A doutrina do “separados mas iguais” estabelecia uma igualdade meramente formal, fixando que brancos, negros, pardos e mulatos deveriam conviver e com idêntica estrutura, o que ensejou a criação de regras rígidas para o acesso a restaurantes, vagões de trem, assentos em ônibus, escolas, teatros, relações inter-raciais, etc. No caso em comento, Homer Adolph Plessy, descendente de negros (neto), tinha tentado embarcar em um vagão de trem exclusivo para uso de pessoas de cor branca. O condutor do trem ordenou que ele saísse e usasse o vagão destinado às pessoas de cor. Ante a recusa, foi retirado à força do trem e preso, e por esse ato também foi condenado por desobediência. A decisão da Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade das leis que estabeleciam a doutrina do “separados mas iguais” (SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 65-72). Passado um tempo, começou a surgir um lento boicote a esse tipo de segregação e o caso de Rosa Parks se tornou célebre, considerado o estopim de um sutil movimento antissegregacionista. Em 1º de dezembro

Como assinalado no capítulo anterior, a associação entre violência e discriminação no caso das mulheres é recente. A despeito de aqui considerar-se tecnicamente incorreto o rótulo de “ação afirmativa” para o tratamento penal dado, está-se de acordo com o mérito, ou seja, o conteúdo das medidas. Tanto a violência, quanto a discriminação contra a mulher exigem regras de combate e tratamento mais amplas. Isso, como deveria ser, sempre com o devido monitoramento de seus efeitos, caráter temporário e destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher.

Nessa linha, por exemplo, a Lei n. 9.504/1997, que estabelece normas para eleições, em seu art. 10, § 3º (com redação dada pela Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009) fixou o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo, o que claramente veio beneficiar as candidaturas femininas, pois a política partidária brasileira apresenta predominância masculina. No entanto, medidas nesse sentido ainda não são uma exceção.

Deixando de se falar em discriminação nesse sentido mais amplo, para entrar no tema da violência propriamente dita contra a mulher, o fato é que os dados revelam que tal brutalidade continua atingindo níveis assustadores²⁴.

de 1955, na cidade de Montgomery (Alabama), Rosa se negou a ceder o assento em que estava a um homem branco que havia subido ao veículo depois (e que, segundo, consta, sequer havia mencionado intenção de sentar-se) e mover-se para a parte traseira, onde por lei ficavam sinalizados os assentos para negros. Pela conduta, Rosa foi presa. Em resposta, Martin Luther King liderou um protesto na cidade, por mais de 382 dias, conclamando a população afrodescendente (que representavam mais de 3/4 dos usuários) a não tomar ônibus públicos para forçar as autoridades a terminar com a segregação. Paralelamente, as leis segregacionistas de Montgomery e Alabama foram declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1956. Essa foi a primeira vitória do movimento contra a segregação. Nesse contexto, já no final da década de 1960, a criação de programas positivos foi a solução encontrada para conter os ânimos da população segregada e demonstrar “boa vontade”, diante dos indícios à época de que estaria para acontecer um conflito civil de grandes proporções no país. Ironicamente, essas medidas de caráter afirmativo não partiram dos movimentos negros, mas sim foram imaginadas e postas em práticas em um dos sistemas mais liberais do mundo, e em um momento de iminente conflito civil, à luz da consideração de que era preciso desenvolver uma sociedade mais justa, democrática e humana, mas sem nenhuma construção teórica prévia. (KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Uma análise histórico-jurídico-comparativo do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 206-210).

²⁴ Ainda hoje esses números seguem elevados: de acordo com pesquisa encomendada pelo Fórum Nacional de Segurança, realizada pelo Datafolha, uma em cada três mulheres sofreu algum tipo de violência no ano de 2016. Só de agressões físicas, a cifra chega a 503 mulheres a cada hora. 12 milhões de mulheres, o que representa 22% das brasileiras, sofreram agressões verbais. Outros 10% sofreram ameaça de violência física; 8%, violência sexual; 4%, ameaça com uma faca ou arma de fogo; 3% ou 1,4 milhão de mulheres sofreram espancamento ou tentativa de estrangulamento; e 1% levou pelo menos um tiro. De acordo com a pesquisa, 52% das mulheres que sofreram algum tipo de violência se calam. Mulheres com alta escolaridade (ensino médio e superior) e renda alta (acima de cinco salários mínimos) reportam mais ocorrências, se comparadas às de renda e escolaridade mais baixas. As que mais sofrem são as mais jovens (abaixo de 30 anos). Em 61% dos casos, o agressor era um conhecido. Mais números estão disponíveis na própria pesquisa: **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, Datafolha Instituto de Pesquisa, mar. 2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio-pesquisa-vs4.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

Ocorre que, do ponto de vista estritamente técnico, parece pouco apropriado considerar as medidas legislativas para combater a violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher como uma política de ação positiva. A rigor, a “simples” punição à violência praticada não dá um tratamento “privilegiado” à mulher, não há nenhuma “regalia” em que as mulheres tenham os seus agressores punidos.

Na verdade, o combate à violência doméstica e familiar cometida contra a mulher é “um mínimo” que se espera do Estado, um ponto de partida necessário, o qual vem antes de qualquer outra forma de inclusão social efetiva das mulheres. Isso porque, para efetivamente acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher, é necessário um esforço estatal mais amplo, um conjunto de medidas, inclusive as de ações afirmativas pelo tempo necessário até que seja alcançado o ideal igualitário quanto aos gêneros. Entretanto, definitivamente a LMP não traz qualquer tipo de ação afirmativa que a faça merecer esse rótulo.

Além disso, a violência contra a mulher também é praticada em outros âmbitos. A LMP, como será visto detalhadamente adiante, cria mecanismos para coibir a violência cometida apenas no plano doméstico. Repita-se, não é qualquer violência que faz incidir a lei, cujo âmbito de proteção se limita ao contexto intrafamiliar e doméstico e oriundos de uma relação de afeto ou de convivência. Aqui, parece ter havido uma escolha estratégica na concentração nesse tipo de violência, com base no dado apresentado pela própria EM no sentido de que 63% das agressões físicas contra as mulheres acontecem nos espaços domésticos e são praticadas por pessoas com relações pessoais e afetivas com as vítimas²⁵.

Na EM, ainda foi apresentada como razão da delimitação o seguinte ponto, *in verbis*: “13. A violência doméstica fornece as bases para que se estruturam outras formas de violência, produzindo experiências de brutalidades na infância e na adolescência, geradoras de condutas violentas e desvios psíquicos graves.”²⁶.

É uma obviedade, mas deve-se repetir que as relações pessoais (domésticas, familiares e de afetividade) não são as únicas que rendem agressões físicas, verbais, e perseguição contumaz às mulheres, pois o ambiente das escolas, das universidades, das ruas e do trabalho igualmente são cenários de violência. Somente para ilustrar o caso deste último, cite-se a prática de se pagarem às mulheres salários menores do que para homens no mesmo cargo, em média, entre 15 e 30% inferiores, ou mesmo a constatação fática de que as

²⁵ A EM mencionou dados da Pesquisa da Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar – PNAD do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

²⁶ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=90ADFD977FE D348438BD235FEDCAE3A6.proposicoesWebExterno1?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004>. Acesso em: 22 ago. 2017.

profissões com presença de mais mulheres que são, em geral, menos remuneradas. Argumentos no sentido de que a “emancipação feminina” criou mais concorrência em determinadas profissões e que as mulheres “interrompem a carreira” (por causa dos filhos) com mais frequência que os homens, como sabido, não podem justificar a diferença de salários em uma sociedade que promove o ideal igualitário.

Voltando ao tema, parece que considerar as medidas de combate à violência (doméstica e familiar) contra a mulher como política afirmativa dificulta o melhor tratamento da questão, não só porque inadequado, mas sobretudo porque (o simples combate dessa modalidade de violência) não é o suficiente para efetivamente acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher, embora seja um importante ponto de partida, providência indiscutivelmente necessária. São necessárias, entretanto, muitas outras previsões.

Em outras palavras, não significa afirmar que o problema não seja grave e mereça ser resolvido. Na verdade, como dito, é elementar e pressuposto para as outras medidas. O que não se pode é acreditar que isso (o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher) é o bastante para garantir a igualdade real e nesse sentido foi o parêntese aqui feito. Contudo, o tipo de digressão aqui feita não chegou a ser considerada por ocasião dos debates legislativos. A discussão sobre as iniciativas da LMP serem ação afirmativa ou não foi completamente ignorada por todos os debates subsequentes analisados no Brasil.

Chama-se a atenção para a escolha da expressão (“ação afirmativa”), muito embora não tenha havido qualquer repercussão. Também chama a atenção que a EM n. 16/2004 tenha evitado usar um discurso mais duro quanto ao verdadeiro motivo da lei: a violência praticada contra as mulheres. Os números da violência praticada contra as mulheres, por exemplo, somente foram usados em um segundo momento e, mesmo assim, sem o tom que talvez fosse o exigido diante de um panorama de quatro mulheres espancadas por minuto, de acordo com a própria EM n. 16/2004.

À primeira vista, a análise da exposição de motivos da lei poderia parecer um mero detalhe ou preciosismo, já não possui força normativa. Contudo, esse documento reúne (ou deveria fazê-lo) importantes elementos, pois de certa maneira representa a forma como o Poder Executivo absorveu as demandas sociais, apresentou a realidade (conforme sua narração, obviamente) e fundamentou o que reputa ser adequado para atendê-las. Isso, para submeter esse raciocínio à apreciação do Poder Legislativo. Idealmente, portanto, trata-se de um texto que deveria refletir as disputas e anseios (ou ao menos parte deles) existentes como

situação política e social imediatamente antes de a discussão se tornar propriamente legislativa²⁷.

Nesse sentido, note-se que foi expressamente mencionada na EM a participação dos movimentos de mulheres como fundamental à elaboração da proposta, o que deixa ver a forte articulação entre o Estado e tais organizações para a propositura do projeto de lei que resultou na LMP.

Dada essa natureza da EM, teria sido importante a explicação já mencionada antes do “ciclo” da violência, tanto para a conscientização da sociedade, como para a justificação da adoção de uma política pública por parte do Estado para suprir as necessidades social, física e psicológica das mulheres em situação de violência. Somente o esclarecimento dessa dinâmica permite a compreensão da hipossuficiência emocional e até mesmo física em que se encontra a mulher nesses casos, o que faz do silêncio e da inação os maiores cúmplices desse tipo de violência.

Essa é a realidade, o problema social, que justificaria a intervenção do poder público para garantir os direitos humanos das mulheres e criar condições necessárias para o efetivo exercício desses direitos, para *“resguardá-las de toda forma de negligência discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”* (art. 3º, § 1º, da Lei Maria da Penha). Inclusive, a simples explicação da dinâmica da violência, alertando para os seus primeiros sinais, já pouparia o sofrimento de várias mulheres.

No entanto, no lugar de cumprir esse importante papel, na maior parte do restante da EM, o texto limitou-se basicamente a reproduzir o conteúdo dos artigos da proposta, de forma praticamente literal, sem maiores explicações ou justificações das opções normativas feitas.

Somente após essa exposição da proposta legislativa, pincelou-se o ponto que talvez possa ser considerado o mais controvertido da discussão em torno da LMP: a questão procedimental, as regras processuais, especialmente as de natureza criminal, surgidos após o advento da Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais (JEs).

O ponto será objeto de explicação mais detalhada adiante, no entanto, por ora, registre-se que a EM trouxe o número de que 70% dos casos julgados no Juizados Especiais Criminais versavam sobre violência doméstica, com o problema de que, como essa última lei não tinha sido criada com o objetivo de atender tais casos, não apresentava a *“(…) solução*

²⁷ Um interessante quadro comparativo resumindo os principais aspectos das exposições de motivos da Lei Maria da Penha e da equivalente espanhola pode ser encontrado em: MARTINS, Ana Paula Antunes. **O tratamento legal à violência doméstica contra as mulheres em perspectiva comparada**: análise das Exposições de Motivos das legislações brasileira e espanhola. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=38350940d98a0cfd>>. Acesso em: 18 ago. 2017.

adequada uma vez que os mecanismos utilizados para averiguação e julgamento dos casos são restritos.”²⁸. Esse é um tema que assumiu grande relevo em todos os momentos da argumentação e será retomado mais à frente.

Nesse trecho da EM, portanto, encontra-se uma explicação para a proposta: o vazio normativo anterior e o (considerado precário) funcionamento dos JEs, ou seja, a inexistência de disposições legais e de práticas que dessem o tratamento apropriado: “35. *A Justiça Comum e a legislação anterior também não apresentaram soluções para as medidas punitivas nem para as preventivas ou de proteção integral às mulheres. (...)*”²⁹.

Nesse ponto, nota-se também a influência da norma espanhola, como comentado, a *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, já tinha criado os *juzgados* (varas) com competências mistas. Ainda sobre essa influência, vale pontuar também que a expressão “proteção integral” nunca tinha sido usada anteriormente na legislação brasileira, tampouco fazendo sentido no ordenamento pátrio (carece de significado), diferentemente do que acontece no caso espanhol.

A EM avança explanação da dificuldade procedimental então existente:

39. A conciliação é um dos maiores problemas dos Juizados Especiais Criminais, visto que é a decisão terminativa do conflito, na maioria das vezes induzida pelo conciliador. A conciliação com renúncia de direito de representação geralmente é a regra.

40. Caso não haja acordo, o Ministério Público propõe a transação penal ao agressor para que cumpra as condições equivalentes à pena alternativa para encerrar o processo (pena restritiva de direitos ou multa). Não sendo possível a transação, o Ministério Público oferece denúncia e o processo segue o rito comum de julgamento para a condenação ou absolvição. Cabe ressaltar que não há escuta da vítima e ela não opina sobre a transação penal.

41. A presente proposta mantém a celeridade do rito previsto na Lei 9.099/95, mas altera o procedimento do Juizado Especial Criminal em razão da especificidade dos casos de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

42. Prevê, a criação de audiência de apresentação para permitir que a vítima seja ouvida primeiro pelo juiz, em separado do agressor, e ainda que a audiência se balize pelo princípio da mediação, não podendo a mulher ser, em nenhuma hipótese, forçada à conciliação. Esta audiência deverá ser conduzida por juiz ou mediador, devendo este último ser profissional do direito, devidamente habilitado no Curso de Ciências Jurídicas e capacitado em questões de gênero.

43. A presente proposta garante, também, que a vítima esteja acompanhada por advogado na audiência, visto que a Lei 9.099/95, em seu artigo 68, concede esta prerrogativa apenas ao agressor.

44. O Projeto propõe, outrossim, alteração na Audiência de Instrução e Julgamento retirando a realização da transação penal da primeira audiência e postergando esta possibilidade para a segunda audiência. O objetivo é disponibilizar ao juiz outras ferramentas mais adequadas e eficazes para solucionar a questão, como por

²⁸ Parágrafo 34. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=90ADFD977FED348438BD235FEDCAE3A6.proposicoesWebExterno1?codteor=256085&filename=Tramitacao-PL+4559/2004>. Acesso em: 22 ago. 2017.

²⁹ Idem, ibidem.

exemplo, o encaminhamento das partes à equipe de atendimento multidisciplinar, realização de exames periciais e providências cautelares.

45. O Projeto proíbe a aplicação de penas restritivas de direito de prestação pecuniária, cesta básica e multa, pois, atualmente, este tipo de pena é comumente aplicado nos Juizados Especiais Criminais em prejuízo da vítima e de sua família.

Com efeito, as iniciativas legislativas desencadeadas pelo Poder Executivo costumam adotar a forma prioritária de medida provisória, que segue o rito abreviado conforme os termos do art. 62 da Constituição da República de 1988. Entretanto, tratando-se de proposta que envolve matéria penal, processual penal e processual civil, o encaminhamento ao Congresso Nacional não pode se dar por intermédio da edição de medida provisória, pela vedação do art. 62, § 1º, *b*, do texto constitucional de 1988. Possivelmente esse foi o motivo do pedido de tramitação em regime de urgência, nos termos do art. 64 da Constituição da República de 1988³⁰.

Nada obstante, parece ter dito pouca utilidade o pedido formulado, já que os prazos constitucionais do art. 64 da Constituição não foram atendidos na prática e a aprovação demorou quase um ano e meio. No final da EM, justificou-se o procedimento solicitado da seguinte maneira:

50. O pedido de tramitação especial em regime de urgência, nos termos do § 1º do artigo 64 da Constituição Federal, para o Projeto de Lei apresentado, justifica-se pelo cumprimento das recomendações ao Estado Brasileiro do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – CEDAW, do Plano de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher (1995), da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará (1994), do Protocolo Facultativo à Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, além de outros instrumentos de Direitos Humanos. E, finalmente, pelo clamor existente na sociedade com o sentido de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher que hoje alcança índices elevadíssimos e pouca solução no âmbito do Judiciário e outros Poderes estabelecidos.

Nesses termos, em 03 de dezembro de 2004, o referido projeto de lei foi encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, por intermédio da Mensagem n. 782, de 24 de novembro de 2004. Como manda o texto constitucional para esses casos, o processamento se iniciou na Câmara dos Deputados.

³⁰ “Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. § 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior. § 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.”

4.2. Os contornos do projeto de lei enviado ao Parlamento

Antes de ingressar na análise da tramitação propriamente dita, cumpre apresentar os contornos originais da projeto de lei apresentado pelo Poder Executivo. Ainda que um pouco enfadonha, a exposição se faz necessária, tanto para uma noção geral dos termos da versão original que foi discutida no Poder Legislativo, quanto para a compreensão do que mudou e do que foi mantido durante a tramitação, já se devendo adiantar que a proposta original teve algumas modificações substanciais. Como se verá, a versão final aprovada discrepou em poucos aspectos.

O texto que acompanhou a EM n. 16/2004, continha 47 artigos, distribuídos em cinco títulos: I) Disposições preliminares; II) Da violência doméstica e familiar contra a mulher; III) Da assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar; IV) Dos procedimentos; e V) Disposições finais.

Os quatro artigos das disposições preliminares cuidam se explicar o espírito da lei, qual seja, a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal e dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, e estabelecimento as medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência (art. 1º).

O art. 2º estabelece que toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Nos termos do art. 3º, aponta-se ser dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, em especial, assegurar à mulher condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária, desenvolvendo ações que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-la de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O art. 4º determina que na interpretação da lei sejam considerados os fins sociais a que ela se destina e a condição peculiar da mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Já dentro do título segundo, com dois capítulos e três artigos, como disposição geral que fixa a abrangência da lei, o art. 5º fixa os âmbitos da violência contra a mulher e o que considera como relação de gênero. De acordo com o texto, configura-se violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada na relação de gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, ocorrida: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como relações pessoais afetivas; III - em qualquer outra relação pessoal de afeto na qual o acusado compartilhe, tenha compartilhado ou não o mesmo domicílio ou residência da ofendida. Consideram-se relações de gênero as relações desiguais e assimétricas de valor e poder atribuídas às pessoas segundo o sexo.

O art. 6º fixa que violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

O art. 7º elenca exemplificativamente as forma de violência doméstica e familiar contra a mulher, dividindo-a em cinco modalidades: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Trata-se de um dos artigos mais relevantes da lei e cuja redação final manteve praticamente inalterada a versão original.

O título terceiro contava com três capítulos e cinco artigos. Nele estão agrupadas as medidas de assistência à mulher. A partir do art. 8º começava a disciplina da política pública para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, por intermédio de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Foram arroladas as seguintes diretrizes:

I - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública, Assistência Social, Saúde, Educação, Trabalho e Habitação;

II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, concernentes às causas, conseqüências e freqüência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação dos resultados das medidas adotadas;

III - a observância, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar;

IV - a implementação de centros de atendimento multidisciplinar para as pessoas envolvidas em situação de violência doméstica e familiar, visando agilizar e garantir o atendimento integral às mulheres;

V - a implementação de atendimento policial especializado às mulheres;

VI - a realização de campanhas educativas, voltadas à prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher e à difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VII - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para a promoção de parcerias entre si ou com entidades não-governamentais, objetivando a implementação de programas voltados à erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como a capacitação permanente dos integrantes dos órgãos referidos no inciso I deste artigo.

VIII - a capacitação permanentemente dos integrantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Polícia Civil, bem assim dos profissionais da saúde, da educação, da assistência social, dentre outros;

IX - a promoção de programas educacionais formais e não-formais que disseminem valores éticos, do irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana e dos direitos das mulheres, e

X - privilegiar nos currículos escolares, em todos os níveis, de conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Tudo isso foi essencialmente mantido na redação final aprovada.

Ainda como disposição programática, o art. 9º estabelece que a assistência social às mulheres em situação de violência doméstica e familiar deverá ser prestada de forma articulada, emergencial ou não, conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, dentre outras normas pertinentes.

O art. 10 e seguintes tratam do atendimento pela autoridade policial. Não foi utilizada a melhor técnica legislativa, a forma verbal escolhida definitivamente não foi a mais clara. Determinou-se que nas hipóteses de violência familiar ou doméstica praticadas ou na iminência de serem praticadas contra mulheres deverá ser imediatamente notificada a autoridade ou o agente policial para que possa comparecer ao local, aplicando-se o mesmo para o descumprimento de medida cautelar aplicada pelo juízo (parágrafo único). Além disso, a norma parece óbvia: em sendo chamada, a autoridade policial deverá comparecer ao local da emergência.

Nos termos do art. 11, atendimento à mulher em situação de violência a autoridade ou o agente policial buscará adotar as seguintes providências: I - providenciar transporte para a ofendida até o hospital, o posto de saúde ou o Instituto Médico Legal; II - providenciar

transporte da ofendida e seus dependentes em risco de vida para local seguro ou abrigo; III - assegurar a possibilidade da ofendida retirar seus pertences pessoais do local da ocorrência ou do domicílio familiar; IV - comunicar à ofendida o horário e o local de comparecimento à delegacia, caso não seja possível o seu atendimento imediato; V - informar à ofendida dos direitos a ela conferidos na lei e dos serviços públicos e privados disponíveis; e VI - garantir proteção policial, quando necessário.

Ainda sobre as atribuições da autoridade policial, o art. 12 determina que, em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro do fato, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, além daqueles já previstos no Código de Processo Penal e na Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995: I - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias; II - ouvir a ofendida; III - ouvir o indiciado e as testemunhas; IV - determinar que se proceda ao exame de corpo de delito e requisitar os exames periciais necessários; V - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do fato e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter; VI - ordenar a identificação do indiciado e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes; e VII - remeter à autoridade judiciária o expediente lavrado. Em mais uma falha de técnica legislativa, o art. 12 na versão original continha um § 1º, em lugar de um parágrafo único, estabelecendo que, quando necessário à preservação das provas, o encaminhamento da ofendida ao exame de corpo de delito deverá ser prioritário.

O art. 13 inaugura o título quarto, com vinte e quatro artigos, distribuídos em oito capítulos, referente aos procedimentos. Ordenava a aplicação supletiva dos Códigos de Processo Penal e Civil e da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que não conflitassem com o procedimento estabelecido na própria lei para o processo, julgamento e execução das causas cíveis e criminais em que esteja caracterizada a violência doméstica e familiar contra a mulher. Este artigo foi modificado durante a tramitação parlamentar.

O art. 14 trata da equipe de atendimento multidisciplinar deverá ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e da saúde. A essa equipe, já nos termos do art. 15, compete, dentre outras atribuições que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito à autoridade judiciária, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros, assegurada a livre manifestação do ponto de vista técnico.

Pelo art. 16, nos casos cuja complexidade exigir avaliação mais aprofundada, tal equipe poderá indicar a manifestação de profissional especializado em determinada área, o que será determinado pela autoridade judiciária.

Conforme o art. 17, o Poder Judiciário, na elaboração de sua proposta orçamentária, poderá prever recursos para a criação e manutenção da equipe de atendimento multidisciplinar. Aqui, escolha cuidadosa do verbo (poder) escapa eventual alegação de inconstitucionalidade à luz princípio da separação e independência dos poderes, conforme o art. 2º da Constituição de 1988 (*“Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*).

O art. 18 autoriza a intervenção do Ministério Público nas causas cíveis e criminais em que não for parte, quando caracterizada a violência doméstica e familiar contra a mulher. Nesses casos, em sendo necessário, art. 19 lhe faculta: I - requisitar a força policial e a colaboração dos serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, dentre outros; II - fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência, de que trata esta Lei, e adotar de imediato as medidas administrativas ou judiciais no tocante a quaisquer irregularidades constatadas.

O art. 20 determina que, todos os atos processuais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de advogado ou Defensor Público. E o art. 21 garante a toda mulher em situação de violência doméstica e familiar o acesso aos serviços de Defensoria Pública ou de Assistência Judiciária Gratuita, nos termos da lei, mediante um atendimento específico e humanizado no Juízo competente, nas Delegacias de Polícia e núcleos de atendimento das Defensorias Públicas.

O art. 22 inaugura o capítulo das medidas cautelares. De acordo com a proposta, essas serão concedidas pelo juiz, por representação da autoridade policial, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, da ofendida ou de quem tenha qualidade para representá-la. Pelo § 1º, poderão ser concedidas independentemente de audiência das partes. O requerimento da ofendida, que poderá ser feito oralmente, independe da presença de advogado (§ 2º). À luz do § 3º, serão aplicadas, isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos na forem ameaçados ou violados.

Nos termos do art. 23, poderá o juiz, a requerimento das partes ou do Ministério Público, conceder novas cautelares ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, seus familiares e seu patrimônio.

Pelo art. 24, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no curso do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (parágrafo único).

O art. 25 determina que a ofendida deverá ser intimada dos atos processuais relativos ao acusado, especialmente dos pertinentes ao ingresso e à saída da prisão sem prejuízo da intimação do advogado constituído ou do defensor público.

O art. 26 exemplifica as medidas cautelares que o juiz poderá aplicadas ao acusado, em conjunto ou separadamente, quando constatada a ocorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher:

I - suspensão ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, podendo encaminhar o acusado a programa de acompanhamento psicossocial, onde houver, ou a tratamento similar;

III - proibição de determinadas condutas, dentre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e de suas testemunhas;

b) utilização de qualquer meio de comunicação para contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas;

IV - proibição de freqüentar lugares que o juiz entenda conveniente para preservar a integridade física e mental da ofendida;

V - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, sujeita à avaliação do acusado por equipe de atendimento multidisciplinar, ou serviço similar; e

VI - prestação de alimentos provisionais.

Tais medidas cautelares aplicadas contra o acusado não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem (§ 1º). Na hipótese do inciso I (suspensão ou restrição do porte de armas), sendo o acusado policial ou integrante das Forças Armadas, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição, a suspensão ou a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do acusado, responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de desobediência, nos termos do artigo 330 do Código Penal (§ 2º). O § 3º autoriza que, para garantir a efetividade das medidas cautelares, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

O art. 27 trata das medidas cautelares de proteção à mulher em situação de violência. Poderá o juiz, quando necessário:

I - encaminhar a mulher em situação de violência e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção e aos serviços de atenção integral à saúde das mulheres;

II - determinar a recondução da mulher e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após o afastamento do acusado; e

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo de seus direitos relativos a bens, à guarda dos filhos e aos alimentos.

O art. 28 aponta o rol (não taxativo) das medidas de proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal e daqueles de propriedade particular da mulher. O juiz poderá determinar liminarmente as seguintes medidas, dentre outras previstas em lei:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo acusado à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, condicionada excepcionalmente a decisão judicial contrária;

III - revogação das procurações conferidas pela mulher ao acusado; e

IV - indenização por perdas e danos dos gastos decorrentes dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Para os fins previstos nos incisos II e III, o juiz deverá oficiar o cartório competente (parágrafo único).

O art. 29 disciplina o procedimento nos Juizados Especiais Criminais. Na proposta original, determinou-se que, ao processo, julgamento e execução dos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais em que esteja caracterizada violência doméstica e familiar contra a mulher, aplica-se a Lei n 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que não conflitar com o estabelecido nesta Lei.

De acordo com o art. 30, a ação penal será pública condicionada à representação.

Pelo art. 31, ao receber o expediente lavrado pela autoridade policial, imputando prática de crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, deverá o juiz de imediato designar audiência de apresentação. Vedou-se a intimação ou a notificação da pessoa autora da agressão por intermédio da ofendida (§ 1º). Determinou-se que na audiência de apresentação, presente o Ministério Público, deverão comparecer a ofendida e o acusado, acompanhados por seus respectivos advogados (§ 2º). Se a ofendida comparece sem advogado, ser-lhe-á garantida a assistência judiciária gratuita, nos termos da lei (§ 3º).

O art. 32 prevê que a mediação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, será conduzida por juiz ou mediador, devidamente habilitado em curso superior, com capacitação em violência doméstica e familiar contra a mulher (§ 1º). Sob pena de responsabilidade, nos termos da lei, em hipótese alguma a mulher ofendida de violência doméstica e familiar poderá ser forçada, direta ou indiretamente, à conciliação (§ 2º). Não havendo mediação, será dada à ofendida a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo (§ 3º). O não oferecimento da representação na audiência não implica na decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei (§ 4º). No caso, o prazo decadencial somente passa a correr da data da audiência de apresentação para a qual estiver pessoalmente intimada a ofendida, devendo tal advertência constar expressamente do mandado de intimação (§ 5º). A retratação ou a renúncia da representação somente serão consideradas válidas após ratificação em audiência (§ 6º).

O art. 33 determina que, exercido o direito de representação, o juiz colherá o depoimento pessoal da ofendida, separadamente, e em seguida o do acusado, admitida a acareação.

Pelo art. 34, o juiz encaminhará o caso à equipe de atendimento multidisciplinar ou aos núcleos de atendimento similares, podendo, ainda, determinar a realização dos exames periciais que julgar necessários.

O art. 35 disciplina a audiência de instrução e julgamento. Havendo representação e não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos, a ser especificada na proposta. O § 1º veda a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o acusado condenado, pela prática de crime, a pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o acusado beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do acusado, bem como os motivos e as circunstâncias, se necessária e suficiente a adoção da medida;

IV - o descumprimento, pelo acusado, das medidas cautelares que lhe tenham sido aplicadas.

Ao propor a transação penal, o Ministério Público considerará os subsídios apresentados pela Equipe de Atendimento Multidisciplinar e os antecedentes do acusado (§ 2º). Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, será esta submetida à apreciação do juiz (§ 3º).

O art. 36 veda a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, das penas restritivas de direito de prestação pecuniária, cesta básica e multa.

O art. 37 estabelece que, não sendo possível a transação penal, o Ministério Público oferecerá de imediato denúncia oral, prosseguindo-se em audiência de instrução e julgamento, devendo constar do mandado de citação do autor do fato tal advertência, bem como a necessidade de arrolar testemunhas cinco dias antes da audiência, caso pretenda ouvi-las.

A partir do art. 38 tem-se o título quinto, as disposições finais. Autorizou-se a criação de Varas e Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, cabendo ao Poder Judiciário dispor sobre sua estrutura. Enquanto não estruturadas tais varas e os juizados, os crimes relativos à violência doméstica e familiar contra as mulheres serão julgados com observância do previsto na própria lei e na legislação processual pertinente.

O art. 39 autorizou a criação de centros de reabilitação para os acusados e de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, a serem previstos na legislação local.

O art. 40 estabeleceu que compete à União, ao Distrito Federal, aos Estados e aos Municípios promoverem a adaptação de seus órgãos e de seus programas às diretrizes e aos princípios estabelecidos na lei.

Conforme o art. 41, a defesa dos interesses e direitos previstos na lei poderá ser exercida, concorrentemente com a ofendida, pelo Ministério Público ou por associação de defesa da mulher, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da Lei Civil.

O art. 42 determina que sejam incluídas nas bases de dados dos órgãos oficiais as estatísticas sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher. Mesmo os casos que ainda não tenham sido julgados, constarão de cadastro específico, de conhecimento reservado da autoridade judiciária e do Ministério Público (art. 43), cabendo às Varas e aos Juizados Especiais de Violência Doméstica a respectiva elaboração (§ 1º) e, enquanto não estruturados esses, às Varas criminais e Juizados Especiais Criminais.

O art. 44 prevê que serão estabelecidas dotações orçamentárias específicas, em cada exercício financeiro, para a implementação das medidas estabelecidas na lei.

O art. 45 consagra que as obrigações previstas na lei não excluem outras decorrentes dos princípios por ela adotados.

O art. 46 altera o art. 313 Código Penal para incluir uma nova hipótese de prisão preventiva, qual seja, se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja a pena aplicada.

Por fim, o art. 47 estabelece que a lei entra em vigor na data de sua publicação.

O projeto de lei que saiu do Poder Executivo incorporou a grande maioria das propostas do Consórcio, notadamente tudo o que diz respeito à ideia de uma lei específica, o conceito de violência, os princípios proteção à mulher, etc.

Entretanto, duas questões desagradaram de modo especial o movimento feminista: a primeira, a manutenção dos casos à luz da Lei n. 9.099/95; e a segunda, quanto à criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica, em lugar da criação de um Juízo Único (cível e criminal), a manutenção da dinâmica própria dos Juizados Especiais Criminais³¹.

4.3. A tramitação dentro do Poder Legislativo

Ainda antes de ingressar propriamente na argumentação ao redor da proposta apresentada, cumpre expor alguns detalhes referentes aos aspectos formais do processo de elaboração da LMP. O conhecimento das datas, dos intervalos entre um evento e outro e do caminho percorrido dentro das Casas Legislativas dá uma dimensão sobre o debate travado no caso concreto.

De fato, parece ser relevante saber por quais comissões o projeto de lei passou, as intercorrências, os requerimentos, as eventuais obstruções regimentais por que passou e sobretudo o tempo de “maduração” das discussões. Definitivamente, esses são elementos a serem considerados quando se pretende uma análise do que aconteceu dentro do Poder Legislativo.

Seguindo o rito do art. 64 da Constituição de 1988, a tramitação começa na Câmara dos Deputados. Nessa Casa Legislativa, o projeto de lei recebeu o n. 4.559, de 2004, tendo sido lido em plenário no dia 03/12/2004 e, no dia 13/12/2004, determinou-se o envio às Comissões de Seguridade Social e Família – CSSF; de Finanças e Tributação – CFT; e de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, em sequência. A tramitação seguiu o regime de urgência.

Na primeira comissão, a Comissões de Seguridade Social e Família – CSSF, no dia 15/02/2005, foi designada como relatora a Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ), a qual, em 10/03/2005, apresentou o Requerimento n. 183, convocando a realização de audiência pública com o objetivo de *“debater o PL 4.559, de 2004, que cria mecanismos*

³¹ CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 39-63, p. 47.

para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. O Requerimento foi aprovado em 16/03/2005. Em 31/03/2005, foram apensados ao PL n. 4.559, de 2004, os PLs n. 4.958 e 5335, ambos de 2005 e de autoria do Deputado Carlos Nader (PL-RJ).

No dia 14/03/2005, conta o movimento feminista³², o Consórcio organizou um debate juntamente com outras entidades de mulheres e convidou a relatora, que compareceu ao encontro onde lhe foram explicadas a proposta original do Consórcio e as alterações que sofreu no Poder Executivo na formatação para o PL n. 4.559, de 2004. O movimento pretendia ver o projeto de lei aprovado até o dia 25 de novembro do mesmo ano, data em que se celebra o Dia internacional de combate à violência contra as mulheres³³. Ainda nessa reunião, foram traçadas as estratégias do movimento de mulheres adotaria para apoiar o projeto de lei:

- a) constituição de um grupo de apoio para subsidiar os trabalhos da deputada relatora;
- b) realização de audiências públicas regionais em cidades a serem indicadas pelo movimento de mulheres, constando com a presença e depoimentos de mulheres vítimas de violências;
- c) realização de audiências públicas na Comissão de Seguridade, com a participação de mulheres que compareceram nas audiências regionais;
- d) buscar recursos para realizar um seminário sobre 10 anos da Convenção de Belém do Pará versus 10 anos da Lei 9.099/1995, reunindo feministas e juristas;
- e) incluir no calendário de atividades das organizações e redes debates sobre o projeto.³⁴

Embora essa informação não conste da tramitação legislativa disponível na página eletrônica, averiguou-se que a relatora, Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ), esteve em pelo menos nove estados da federação (Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Acre, Rio Grande do Norte, Paraíba, Ceará, São Paulo e Espírito Santo), realizando seminários para investigar as demandas de cada região. Conforme narram Myllena Calazans e Iáris Cortes:

As audiências públicas nos estados foram um sucesso. O Consórcio se envolveu diretamente e as discussões se ampliaram com a participação do movimento de

³² Essa informação não consta da página oficial da tramitação na Câmara dos Deputados, disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=272058>>. Acesso em: 2 ago. 2017.

³³ A data foi escolhida em memória ao assassinato de três irmãs na República Dominicana ocorrido em dia 25 de novembro de 1960. Consta que Patria, Minerva e María Teresa Mirabal foram brutalmente mortas a mando do então ditador Rafael Leónidas Trujillo. Curiosamente, embora a data esteja vinculada ao combate da “violência doméstica”, no caso das irmãs Mirabal, as mortes se deram pelas atividades políticas calandestinas em oposição à ditadura vigente no país caribenho. Diante dos rumores de que seriam assassinadas, decidiram fugir e esconder-se. Na estrada, a caminho do esconderijo, tiveram o carro em que estavam parado pelos membros do serviço de inteligência militar por cujas mãos foram mortas e seus corpos foram empurrados juntamente com o carro pelo precipício.

³⁴ Idem, *ibidem*, p. 48.

mulheres e outras organizações. Definiu-se que as audiências públicas fossem realizadas em todas as regiões brasileiras, e no período entre maio e agosto, o movimento de mulheres e o Consórcio se articularam com a Bancada Feminina Federal e com os legislativos e executivos locais para realização das audiências. (...) As sugestões, que continham as especificidades regionais e locais referentes à violência doméstica, foram fundamentais para enriquecer o projeto. Elas eram discutidas pelo grupo de apoio que estudava a possibilidade de inclusão no texto revisado. Assim, foram surgindo várias visões sobre as violências. Em muitos estados, por exemplo, a discussão sobre as medidas em relação ao agressor foi polêmica. Para algumas feministas e organizações não era cabível a previsão de centros de reeducação para os agressores, penas alternativas ou justiça terapêutica, pois essas ações iriam dividir recursos que deveriam ser destinados para as políticas para as mulheres em situação de violência. Outros grupos já pensavam exatamente o oposto e defendiam a ideia de que essa questão (tratamento/reflexão para agressores) deveria fazer parte da política de enfrentamento à violência como forma de propiciar um espaço para os homens refletirem sobre sua conduta, discutirem os papéis atribuídos aos homens e mulheres, evitando a reincidência³⁵.

Não só as medidas ao redor do agressor geraram polêmica. Ainda entre os pontos mais debatidos também esteve a desistência e a retirada da queixa por parte da mulher, além da já comentada exclusão da aplicação da Lei n. 9.099/95.

Foi com base nessas audiências que a relatora elaborou um “substitutivo”, é dizer, uma emenda com pretensão de alterar a proposta em seu conjunto, substancial ou formalmente (*enmienda a la totalidad*). A razão e o conteúdo dessas modificações serão visto mais adiante. Por ora, registra-se apenas que o substitutivo foi apresentado através do respectivo parecer³⁶ e os demais parlamentares da comissão não apresentaram quaisquer outras emendas de alteração do conteúdo.

As notas taquigráficas da sessão da CSSF do dia 24/08/2005 registram apenas que:

(...) 3) PROJETO DE LEI Nº 4.559/04 (Item de nº 8 da pauta) - do Poder Executivo - (MSC 782/2004) - que "cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e dá outras providências". (Apensados: PL 4958/2005 e PL 5335/2005). Relatora: Deputada Jandira Feghali. Parecer: pela aprovação deste, com substitutivo, e pela rejeição do PL 4958/2005, e do PL 5335/2005, apensados. Foi concedida a palavra à Deputada Jandira Feghali, Relatora, que apresentou relato sobre todo o trabalho desenvolvido na feitura do Parecer, citando a incorporação de diversas sugestões apresentadas no decorrer das audiências públicas a que comparecera em nome da Comissão de Seguridade Social e Família e consultou a Presidência sobre a possibilidade de ser feita apresentação do texto em “power point” tendo o Presidente anuído à solicitação após consulta ao Plenário. Reassumiu a Presidência o Senhor Deputado Dr. Benedito Dias. Após a explanação, a Senhora Deputada Jandira Feghali informou que iria modificar os artigos 5º, 27 e 36 no sentido de ser substituída a palavra imputado por acusado para fins de uniformização do texto e agradeceu ao consórcio de mulheres advogadas que participaram da elaboração do texto, às assessorias da Casa e das Lideranças, à Secretaria da Comissão de Seguridade Social e Família, à Secretaria de Política para as Mulheres e à Comissão

³⁵ Idem, *ibidem*, pp. 49-50.

³⁶ O parecer completo está disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarti?ntegra;jsessionid=90ADFD977FED348438BD235FEDCAE3A6.proposicoesWebExterno1?codteor=334626&filenome=Tramitacao-PL+4559/2004>. Acesso em: 22 ago. 2017.

de Constituição e Justiça e Cidadania. Em seguida o Senhor Presidente concedeu a palavra aos Deputados Mário Heringer, Dr. Francisco Gonçalves, Sueli Campos, Iara Bernardi, Eduardo Barbosa e Dr. Benedito Dias – Presidente, todos tecendo manifestações de apoio ao trabalho elaborado e parabenizando a Relatora pelo Parecer apresentado. Em votação, foi aprovado por unanimidade o Parecer da Relatora, com complementação de voto. Pediu a palavra a Deputada Jandira Feghali para agradecer o apoio e informando que deixaria à disposição do Colegiado a apresentação feita para uso livre.³⁷

Após a leitura do parecer da relatora Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ), portanto, o PL n. 4.559, de 2004, foi aprovado por unanimidade dentro da CSSF na sessão do dia 24/08/2005, tendo seguido sua tramitação.

No dia 30/08/2005 foi recebido na Comissão de Finanças e Tributação – CFT, tendo sido designada como relatora a Deputada Federal Yeda Crusius (PSDB-RS), a qual no dia 10/11/2005 apresentou seu parecer pela adequação financeira e orçamentária do projeto.

A CFT analisa exclusivamente os *“aspectos financeiros e orçamentários públicos de quaisquer proposições que importem aumento ou diminuição da receita ou da despesa pública, quanto à sua compatibilização ou adequação com as leis orçamentárias”* (art. 32, inciso IX, *h*, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD). Trata-se de uma limitação regimental à natureza dos debates nessa comissão, de modo que não houve discussão relativamente ao conteúdo propriamente dito da matéria. Ainda assim, juntamente com o parecer favorável, o qual foi aprovado por unanimidade na sessão de 23/11/2005, a relatora na CFT também apresentou duas emendas de adequação³⁸.

Seguindo para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – CCJC, o PL teve designada como relatora a Deputada Federal Iriny Lopes (PT-ES) em 29/11/2005. No dia seguinte, foi aprovado o Requerimento n. 3.291, formulado pelos líderes, pela urgência na apreciação do PL n. 4.559/2004³⁹.

Ainda na CCJC, na sessão deliberativa do dia 06 de dezembro de 2005, foi lido o parecer pela constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL n. 4.559, de 2004. Nessa ocasião, o Deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ) ofereceu sugestões escritas, as quais foram devidamente acolhidas para o aperfeiçoamento da redação. No jargão, diz-se que o deputado “votou em separado”. O parecer final, já

³⁷ Comissão de Seguridade Social e Família, 52ª Legislatura - 3ª Sessão Legislativa Ordinária. Ata da 38ª Reunião Ordinária, realizada em 24/08/2005. Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/or demdodia/integras/337034.htm>>. Acesso em: 19 ago. 2017.

³⁸ Que novas redações respectivamente aos arts. 38 e 46 do substitutivo.

³⁹ Diário da Câmara dos Deputados, de 30/11/2005, p. 58082.

complementado, foi aprovado por unanimidade⁴⁰, tendo seguido para o plenário em 07/03/2006.

Por diversas vezes tentou-se incluir a matéria para leitura em plenário, mas o trancamento⁴¹ da pauta ou o encerramento da sessão legislativa impediram a deliberação do PL n. 4.559, de 2004.

⁴⁰ Publicado no Diário da Câmara dos Deputados, de 16/12/05, p. 63284.

⁴¹ O chamado “trancamento” da pauta é um jargão comum no dia a dia do Poder Legislativo. Trata-se do sobrestamento temporário das votações nos plenários nas Casas Legislativas, impedindo a deliberação das outras matérias em tramitação constantes da ordem do dia, enquanto não forem votadas as matérias que a Constituição previu como ensejadoras dessa paralisação, desse “congelamento” das demais deliberações, quais sejam, as medidas provisórias editadas há quarenta e cinco dias e os projetos de lei processados em regime de urgência constitucional, nos termos do art. 62, § 6º, e art. 64, § 2º, respectivamente. Eis o teor dos dispositivos em comento: “Art. 62. (...) § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.” (Incluído pela Emenda Constitucional – EC nº 32, de 2001) e “Art. 64. (...) § 2º Se, no caso do § 1º [urgência solicitada pelo Presidente da República], a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação.” (Redação dada pela EC nº 32, de 2001). Assim, a partir do 45º dia de sua edição pelo Poder Executivo, as medidas provisórias e os projetos de lei com urgência constitucional passam a sustar a pauta das Casas Legislativas onde estão tramitando. Como se vê, o texto constitucional não usou a expressão “trancamento”, mas esse foi o termo consagrado e a que se refere com naturalidade no dia a dia das Casas. Definitivamente, trata-se de um importante instrumento de que o Poder Executivo pode lançar mão para controlar a agenda do Poder Legislativo. Essa ampliação do poder de agenda do Executivo foi o principal efeito da EC n. 32/01 e com o passar do tempo isso gerou um grande problema. Dada a enorme quantidade de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, as pautas do Congresso Nacional viviam trancadas, gerando um ciclo vicioso que levada à edição de mais medidas provisórias para a aprovação de matérias de interesse executivo. Os anos que se seguiram a partir dessa dinâmica padeceram dessa paralisação, que claramente foi a principal causa da demora da aprovação da LMP. Nada obstante, ao longo do tempo, cresceu o sentimento de que havia abuso no uso do expediente. Esse contexto conduziu à formulação da Questão de Ordem nº 411, de 2009, pelo então Deputado Federal Régis de Oliveira, nos seguintes termos: Quais são as matérias abrangidas pela expressão “deliberações legislativas” para os fins de sobrestamento da pauta por medida provisória nos termos da Constituição (art. 62, § 6º, da Constituição de 1988)? Defendeu tal parlamentar que a locução não deveria abranger as resoluções previstas no inciso VII do art. 59, da Constituição de 1988 (“Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”). O então Presidente da Câmara dos Deputados em 2009, Michel Temer, ao responder tal questão de ordem, assentou o que ficaria conhecido como Doutrina Temer: a interpretação de que “deliberações legislativas sobrestadas” são somente as ordinárias e desde que não versem sobre as matérias proibidas para a edição de medidas provisórias. Ou seja, a pauta não fica trancada para a deliberação de projetos de lei sobre nacionalidade, cidadania, e outros temas que não podem ser veiculados via medida provisória. Tampouco será trancada para a votação de projetos de lei complementar, emendas à Constituição e matéria referente a decreto legislativo, os quais tampouco podem ser disciplinados via medida provisória. Os então Deputados Carlos Fernando Coruja Agustini, Ronaldo Ramos Caiado e José Aníbal Peres de Pontes entraram com o Mandado de Segurança n. 27.931, o qual foi conhecido pelo Ministro Celso de Mello, com o entendimento de que existe controvérsia constitucional a justificar que o STF exercesse sua jurisdição, já que se tratava da interpretação do art. 62, § 6º, da Constituição. De forma sucinta, o Ministro reputou legítima a interpretação formulada, o que, entretanto, não implica na total liberação das pautas de votações, que ainda padecem de frequentes trancamentos. Para o que interessa especificamente a esta tese, deve-se notar que o trancamento impinge sua marca sobre a argumentação praticada no Parlamento, tanto nas situações em que se deseja “destrancar” a pauta, agilizando-se as discussões e deliberando com mais rapidez; quanto nas situações em que, por causa do travamento da pauta, matérias importantes têm sua discussão impossibilitada e eventualmente isso pode fazer com que se perca a janela de oportunidade para uma melhor discussão e aprovação de leis.

Somente em 22/03/2006 houve êxito na apreciação da matéria, com a aprovação de requerimento dos líderes solicitando a inversão da pauta para que o PL n. 4.559/2004, que figurava no quinto item, passasse à apreciação como segundo item. Aqui, pontue-se rapidamente a importância dos requerimentos para acelerar ou retardar a tramitação da proposição.

Nesse dia 22/03/2006, durante a discussão em plenário, em turno único, foram apresentadas três emendas. A primeira pretendia promover alterações no Código Civil para permitir que o juiz pudesse determinar a imediata saída do cônjuge agressor do lar familiar, nos casos especificados, salvo se houver inequívoca manifestação da vítima contrária à medida. Já as segunda e terceira emendas eram simplesmente de redação, de autoria do Deputado Fernando Coruja (PMDB-SC).

Logo em seguida, no entanto, a Emenda n. 1 foi retirada pela Deputada Laura Carneiro (PFL-RJ), possivelmente para permitir maior agilidade à aprovação. Para proferir parecer às emendas apresentadas em plenário, foram designados relatores *ad hoc*, os quais acolheram as emendas, sem mais. Pode-se dizer que praticamente sem debate algum. No mesmo dia 22/03/2006, a matéria foi aprovada.

Os oradores então inscritos abriram mão da palavra para a discussão do projeto, conforme se observa do Diário da Câmara dos Deputados⁴². Não ficou registrado o motivo, mas claramente o propósito foi conferir rapidez à aprovação do projeto de lei, é o que costuma acontecer na prática. Durante a votação propriamente dita, as poucas manifestações feitas apresentaram consenso sobre a proposição representar uma “resposta” à violência doméstica contra as mulheres e uma medida importante para coibi-la.

Como será visto com mais vagar na próxima seção, os parlamentares não chegaram a entrar nos detalhes técnicos sobre a adequação ou a efetividade das medidas legislativas propostas para o alcance dos objetivos desejados. O projeto foi aprovado por unanimidade na Câmara dos Deputados⁴³.

No dia 30/03/2006, a matéria foi remetida ao Senado Federal. Nessa Casa Legislativa, a proposta foi discutida como Projeto de Lei da Câmara – PLC n. 37, de 2006. Foi lido na sessão do dia 03 de abril de 2006⁴⁴ e na sequência remetido à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ.

⁴² Diário da Câmara dos Deputados, 23/03/2006, p. 14350. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23MAR2006.pdf#page=436>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

⁴³ Diário da Câmara dos Deputados, 23/03/2006, p. 14360. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD23MAR2006.pdf#page=436>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

⁴⁴ Conforme a publicação no Diário do Senado Federal n. 51, de 04/04/2006, pp. 10746-10765.

Na sessão de 02/06/2006 da CCJ, foi lido o Parecer n. 638, de 22 de maio de 2006, opinando pela aprovação da proposição, operando ínfimas alterações redacionais esquematizadas em quadro comparativo⁴⁵. A CCJ igualmente aprovou requerimento pedindo urgência na apreciação da matéria, tendo o projeto sido encaminhado ao plenário.

A partir daí, a praxe regimental é que se abra o prazo de cinco dias úteis para emendas. Após a leitura do parecer, passou-se a palavra aos oradores inscritos, no entanto, não houve discussão sobre o tema objeto do parecer. O primeiro deles, o Senador Paulo Paim (PT-RS) usou os dez minutos de que dispunha na tribuna para tratar de temas alheios à discussão, envolvendo propostas para o seu Estado natal, o Rio Grande do Sul. Na sequência, registra-se o claro esvaziamento do plenário. O Senador Gilvam Borges (PMDB-AP) usa seu tempo também para abordar questões do seu Estado natal, o Amapá. Os demais seguiram o mesmo padrão.

É que o Regimento Interno do Senado Federal não traz (e talvez tampouco houvesse sentido em fazê-lo) qualquer limitação quanto à pertinência temática das intervenções e, mesmo durante a discussão de determinada proposição legislativa, os oradores inscritos podem usar a palavra para tratar de quaisquer assuntos, mesmo sem qualquer vinculação com a matéria do PL. Essa, inclusive, é uma das características mais marcantes da argumentação legislativa brasileira. A bem da verdade, essa liberdade tem algum sentido, quando, por exemplo, está-se esperando a formação do quórum para votação.

Em 14/06/2006, decorreu o prazo regimental sem que qualquer emenda tenha sido apresentada, o que foi comunicado pelo Presidente do Senado Federal, liberando a matéria para inclusão na ordem do dia a qualquer momento.

Graças ao Requerimento nº 736, de 2006, de autoria da Senadora Serys Slhessarenko (PT-MT), a matéria incluída na Ordem do Dia de 04/06/2006, extra pauta, em regime de urgência. Ocorrida no mesmo dia, a deliberação contou com o consenso da Casa. Não houve quaisquer debates, discursos favoráveis, sequer no plano retórico, nada. O projeto que foi aprovado de maneira meramente protocolar pelo plenário do Senado Federal, conforme se pode ler das notas taquigráficas produzidas nesse dia⁴⁶.

Após a aprovação pelo plenário, o Parecer nº 874, de 2006, da Comissão Diretora, de 11 de julho de 2006, relatado pelo Senador João Alberto Souza (PMDB-MA), ofereceu a

⁴⁵ Publicado no Diário do Senado Federal n. 90, de 03/06/2006, pp. 18945-18982.

⁴⁶ Conforme se infere do Diário do Senado Federal n. 111, de 05/07/2006, pp. 22459-22474.

redação final⁴⁷. Esse é um momento sumamente importante no processo legislativo dentro do Senado Federal. Explique-se.

Dentro da Secretaria-Geral da Mesa, principal órgão encarregado do assessoramento legislativo, existe uma coordenação formada por especialistas em técnica legislativa, encarregada de verificar (e se for o caso, aperfeiçoar) o texto referente ao que foi aprovado pelos parlamentares. É uma espécie de última oportunidade para que se corrijam pequenas falhas que costumam não ser objeto de atenção durante as discussões no plenário (ou nas comissões, quanto aos projetos de lei aprovados em caráter terminativo).

Na praxe atualmente em curso no Senado Federal (é um detalhe que pode variar de acordo com a orientação do Secretário-Geral), essa comissão tem liberdade para efetivamente corrigir as proposições, naturalmente, dentro dos limites da deliberação, como não poderia deixar de ser.

Por intermédio do Requerimento nº 813, de 2006, subscrito pela Senadora Lúcia Vânia (PSDB-GO), foi solicitada a dispensa de interstício e prévia distribuição de avulsos da redação final da matéria, de modo a acelerar a aprovação da redação final, o que ocorreu sem quaisquer debates⁴⁸.

Em 18/07/2006, o Ofício SF n. 1.351 encaminhou a Mensagem SF n. 185/2006 contendo o projeto de lei aprovado para a sanção presidencial.

A tramitação legislativa foi encerrada com a Mensagem n. 209, de 2006, de 07 de agosto de 2006, na qual o Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva restituiu ao Senado Federal os autógrafos com a sanção do texto convertido na agora Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, logo apelidada, como comentado, de Lei Maria da Penha – LMP.

A sanção do projeto de lei foi marcada por uma grande solenidade ocorrida no Palácio do Planalto, com a presença de diversas autoridades, representantes dos movimentos de mulheres, inclusive da própria Maria da Penha Maia Fernandes⁴⁹.

A partir desses simples dados referentes à tramitação dentro do Congresso Nacional, já é possível perceber que praticamente não houve discussão entre os próprios parlamentares sobre o projeto de lei em questão. Isso costuma acontecer de forma especial nas ocasiões em que já existe uma espécie de consenso público ao redor da matéria, ou seja, quando a opinião pública (do eleitorado) é manifestamente favorável à matéria, como foi o caso.

⁴⁷ O parecer foi publicado no Diário do Senado Federal n. 116, de 12/07/2006, pp. 23556-23563.

⁴⁸ É o que consta claramente do Diário do Senado Federal n. 117, de 13/07/2006, pp. 23919-23926.

⁴⁹ CALAZANS, Myllena; CORTES, Íaris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 39-63, p. 56.

Obviamente, para isso acontecer também é necessário que a matéria não desperte interesses políticos contrapostos ou de grupos antagonicos (o governo e a oposição), como na hipótese⁵⁰.

De fato, é natural que a argumentação somente esteja presente como uma resposta (ou uma antecipação) a divergência de opiniões, seja real, seja imaginária (fabricada intencionalmente, alimentada por interesses escusos, ou fruto de um mal-entendido, por exemplo).

Assim, em não existindo diferenças de pontos de vista, a tendência é que não haja diálogo intenso entre os parlamentares; quando muito, poderão ser vistos os “quase-debates”, ou seja, monólogos calculados somente para angariar a concordância da audiência, não dos demais parlamentares, mas sim dos eleitores, mais especificamente os telespectadores das TVs Câmara ou Senado⁵¹, que estão assistindo ao vivo as sessões de deliberação.

O discurso nesses casos é predominantemente retórico, não há troca de ideias (dialética). O debate não assumiu a forma de uma “controvérsia”, no sentido dado por

⁵⁰ Esse é um dado importante: dificilmente esse tipo de consenso seria alcançado em determinadas matérias. As questões federativas em geral entram para esse grupo especialmente sensível, como por exemplo, os conflitos federativos clássicos desde a simples repartição do produto da arrecadação à mais complexa divisão das competências (administrativas) que impliquem gastos públicos. Alcançar um consenso nesse tipo de assunto costuma demorar muito mais. Da mesma maneira, discussões sobre o tamanho do Estado – que se traduzem no tamanho da carga tributária ou na forma de gastar o orçamento público –, as reformas da previdência, do sistema de pensões e na seguridade social, são temas especialmente polêmicos em quaisquer governos e circunstâncias, sem que quaisquer apelos a crise econômica ou fiscal possam convencer a unanimidade. Essa parece ser uma realidade na maioria dos sistemas. Especificamente no caso do Brasil, no entanto, alguns temas são verdadeiros tabus na discussão parlamentar e sobre essas se cogita que jamais será possível alcançar um relativo consenso: pena de morte, aborto, redução da maioridade penal e liberação do porte de arma para a população.

⁵¹ Tanto a Câmara dos Deputados, como o Senado Federal contam com sistemas de transmissão televisiva (TV Digital) e via internet para a cobertura em tempo real das atividades legislativas e eventos ocorridos nas Casas Legislativas. O objetivo é justamente esse: a transmissão ao vivo das reuniões plenárias, debates e comissões, prestando o serviço público de informação à sociedade (sobre o trabalho parlamentar) e de aproximar o cidadão do debate político. A primeira TV legislativa a entrar no ar foi o canal da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (TV Assembleia – TVA), mas não em rede nacional. No Senado Federal, as sessões e reuniões começaram a ser gravadas a partir de 1993. Fundada em 5 de fevereiro de 1996, pelo então Senador José Sarney, à época presidente da Casa, a TV Senado, especificamente, tem capacidade de transmitir ao vivo até oito eventos que estejam acontecendo simultaneamente no Senado Federal. Pela internet, o acesso se dá pela página da emissora (www.senado.leg.br/tv). Por intermédio do *link* “NO AR”, é possível escolher as reuniões de comissão ou a sessão de plenário que estejam em transmissão pelos canais 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8. O sinal da TV Senado é disponibilizado gratuitamente a qualquer emissora que se interesse por eventos do Parlamento. Além disso, a TV Senado também conta com dois canais no *YouTube*. A TV Câmara por seu turno, foi fundada quase dois anos depois que a TV Senado, em 20 de janeiro de 1998. Igualmente pode ser acompanhada pela internet (<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/tv/aoVivo.html>). Uma curiosa informação é a de que as máximas audiências dessas TVs foram por ocasião das votações pela admissibilidade do impeachment da então Presidente Dilma Rouseff nos dias 17 de abril (TV Câmara) e 11 de maio (TV Senado). Mais detalhes sobre tais TVs podem ser encontrados em: ANSELMO, Alessandra Marquez. **A TV Câmara sob a ótica da comunicação pública**: desafios políticos e institucionais. Monografia (especialização). Curso em Legislativo e Políticas Públicas, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2011; CUNHA, Mayra Mesquita Araújo da. **Eleições na TV Senado**: Uma análise da cobertura do primeiro turno em 2010 e 2014. Monografia (especialização). Curso em Comunicação Legislativa, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), 2015.

Marcelo Dascal⁵² e que tanto peso tem na expressão do debate parlamentar (ao menos na idealização que se costuma fazer normalmente). Tampouco chegou a assumir os contornos dos outros três modos de debater, além da controvérsia, esquematizados por Josep Aguiló Regla⁵³: disputa, diálogo racional e consenso.

No caso analisado, o debate (talvez até mesmo a própria argumentação) simplesmente parece não ter tido muito peso. Trata-se de algo que não é necessariamente positivo ou negativo, deve-se reforçar, simplesmente faz parte da dinâmica de discussão de qualquer tema (sendo recorrente em alguns). Embora não seja uma exclusividade da argumentação no âmbito do Poder Legislativo, essa característica – definitivamente – é o que a torna peculiar. E essa peculiaridade se deve a diversos fatores, devendo-se mencionar expressamente o tempo limitado das discussões, a estrutura partidária.

A relativa demora na aprovação da LMP, tendo demorado pouco mais de um ano e meio – o projeto foi enviado à Câmara dos Deputados no dia 03/12/2004 e transformado em lei ordinária no dia 07/08/2006 –, deveu-se muito mais à própria falta de articulação por parte dos interessados (em conferir maior agilidade à tramitação), e, como visto, ao trancamento da pauta.

Claramente o projeto não sofreu oposição (não houve nenhum discurso contrário), nem foi objeto dos diversos mecanismos regimentais ou não de obstrução das discussões^{54, 55}.

⁵² DASCAL, Marcelo. Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos. In: MARAFIOTI, Roberto (Ed.). **Parlamentos**: teoría de la argumentación y debate parlamentario. Buenos Aires: Biblos, 2007 pp. 69-90. Para esse autor, a controvérsia se situa em uma posição intermediária entre uma discussão científica e uma mera disputa entre conflitos de preferências (irresolúveis), sendo necessariamente baseada em argumentos.

⁵³ AGUILÓ REGLA, Josep. Cuatro modos de debatir. **Doxa**, n. 36, 2013, pp. 211-227.

⁵⁴ Por obstruções devem-se entender todas as formas regimentais ou não de retardar a discussão parlamentar, notadamente com o propósito de impedir que o projeto de lei seja aprovado. Basicamente são: 1) o não comparecimento ou o não registro da presença (para a não-formação do quórum para a abertura da sessão); 2) após o início dos trabalhos, o pedido para verificação de quórum (diante de um plenário esvaziado, para encerrar ou, como se costuma dizer, “derrubar” a sessão); 3) o pedido de votação nominal, nos termos do art. 189 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados – RICD (“*Art. 186. O processo nominal será utilizado: I - nos casos em que seja exigido quorum especial de votação; II - por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Deputado; III - quando houver pedido de verificação de votação, respeitado o que prescreve o § 4º do artigo anterior; IV - nos demais casos expressos neste Regimento. § 1º O requerimento verbal não admitirá votação nominal. § 2º Quando algum Deputado requerer votação nominal e a Câmara não a conceder, será vedado requerê-la novamente para a mesma proposição, ou para as que lhe forem acessórias.*”) e art. 294 do Regimento Interno do Senado Federal – RISF (“*Art. 294. O processo nominal, que se utilizará nos casos em que seja exigido quorum especial de votação ou por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador, ou ainda, quando houver pedido de verificação, far-se-á pelo registro eletrônico dos votos, obedecidas as seguintes normas: (...)*”). Recorde-se que a maioria das votações é encaminhada pelos líderes, que representam as bancadas, ou chamada votação simbólica, pelo qual o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convida os deputados a permanecerem sentados (ou como estão) e proclamará o resultado manifesto. Se houver votação divergente, o Presidente pergunta ao plenário se há dúvida quanto ao resultado e, se for o caso, pode ser formulado pedido de verificação da votação. A disciplina desse processo de votação “ostensiva” consta do art. 185 do RICD e do 293 do RISF. Desse modo, um pedido de votação nominal é um dificultador. Tais regimentos internos, tanto da Câmara dos Deputados, quanto do Senado Federal, preveem ainda a chamada “obstrução legítima”, declarada pelo líder (*portavoz*) do partido ou do bloco parlamentar, por intermédio da qual se cria uma

“ficção”, qual seja, a retirada da presença dos parlamentares representados somente para o cômputo de formação do quórum da sessão, mesmo com sua permanência em plenário e consideração de presença para os demais fins, especialmente o constante do art. 55, inciso III, da Constituição da República de 1988, pelo qual: “*Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador: (...) III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada;*”. Tal “obstrução legítima”, como se vê, é uma “ausência ficta”, e precisa ser comunicada à Mesa, para que se proceda à baixa no quórum, o que também pode acabar derrubando a sessão. Na prática, é um expediente usado pelas minorias como uma maneira de forçar negociações. Trata-se de uma medida protelatória regimentalmente disciplinada no Brasil, sem que constem registros de figuras semelhantes em outros Paramentos. No Regimento Interno da Câmara dos Deputados, está prevista no art. 82, § 6º: “*Art. 82. Às onze ou às dezesseis horas, conforme o caso, passar-se-á a tratar da matéria destinada à Ordem do Dia, sendo previamente verificado o número de Deputados presentes no recinto do Plenário, através do sistema eletrônico, para o mesmo efeito do que prescreve o § 5º deste artigo. (...) § 5º Ocorrendo verificação de votação e comprovando-se presenças suficientes em Plenário, o Presidente determinará a atribuição de faltas aos ausentes, para os efeitos legais. § 6º A ausência às votações equipara-se, para todos os efeitos, à ausência às sessões, ressalvada a que se verificar a título de obstrução parlamentar legítima, assim considerada a que for aprovada pelas bancadas ou suas Lideranças e comunicada à Mesa.*”. No RISF, a figura consta do art. 13, § 2º: “*Art. 13. Será considerado ausente o Senador cujo nome não conste da lista de comparecimento, salvo se em licença, ou em representação a serviço da Casa ou, ainda, em missão política ou cultural de interesse parlamentar, previamente aprovada pela Mesa, obedecido o disposto no art. 40. § 1º O painel do plenário será acionado nas sessões deliberativas. § 2º Considerar-se-á ainda ausente o Senador que, embora conste da lista de presença das sessões deliberativas, deixar de comparecer às votações, salvo se em obstrução declarada por líder partidário ou de bloco parlamentar.*”. Por fim, registre-se que, quanto mais requisitos procedimentais forem necessários para aprovação de uma proposição (como o quórum qualificado, por exemplo), mais facilidade haverá para o uso de tais mecanismos de obstrução, os quais poderiam ser considerados uma espécie de “elemento performático” da argumentação praticada dentro do Poder Legislativo.

⁵⁵ Além das obstruções com previsão regimental, também podem ser citadas situações mais atípicas, como o episódio ocorrido no último dia 11 de julho de 2017, em que um grupo de cinco Senadoras da República literalmente ocuparam a mesa que conduz os trabalhos no plenário do Senado Federal, inclusive a cadeira do Presidente do Casa, impedindo o início da sessão deliberativa em que seria discutida a proposta de reforma trabalhista. De acordo com o Regimento Interno do Senado Federal, havendo quórum, qualquer Senador pode abrir a sessão e foi isso o que o grupo de Senadoras fizeram, dando a palavras para discursos contra a reforma em discussão. Ao chegar o Presidente do Senado para ocupar a cadeira da Presidência, as Senadoras Gleisi Hoffmann (PT-PR), Lídice da Mata (PSB-BA), Vanessa Grazziotin (PCdoB-AM), Fátima Bezerra (PT-RN) e Regina Sousa (PT-PI) se recusaram a deixar o local. Com isso, o Presidente do Senado Federal determinou que fossem apagadas as luzes do plenário e usou outro espaço (o auditório do Senado Federal) para realizar a sessão. Para desocupar o local, as senadoras queriam a garantia de que fossem votadas alterações no texto da reforma. A situação perdurou mais de seis horas. Considerando o impedimento de uso do plenário, a sessão foi retomada em outro local. A cena foi inédita na história e condenada por Senadores de diversos partidos. Aqui, é curioso notar que, em uma democracia, a votação das leis está entre os valores mais importantes, e foi justamente isso que foi impedido. Ainda que a intenção fosse discutir melhor as propostas de reforma, o fato é que o episódio claramente se transformou em uma confusão cujo único efeito foi o bloqueio de qualquer debate. E, ainda mais grave, em uma instância denominada Parlamento, cuja raiz etmológica vem justamente dos verbos *parler*, *parlare* (falar, em francês e italiano, respectivamente), sendo a essência da atividade legislativa debater, não protestar dessa maneira. Mais detalhes podem ser encontrados em: GARCIA, Gustavo. Senadoras ocupam cadeira do presidente do Senado; Eunício suspende sessão. **G1**, Brasília, 11/07/2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/eunicio-suspende-sessao-apos-senadoras-da-oposicao-ocuparem-mesa-do-plenario.ghtml>>. Acesso em: 11 ago. 2017; Reforma trabalhista: senadoras dizem que só deixarão mesa se destaque for aprovado. **G1**, Brasília, 11/07/2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/reforma-trabalhista-senadoras-dizem-que-so-deixarao-mesa-se-de-estaque-for-aprovado.ghtml>>. Acesso em: 11 ago. 2017; **Jornal Nacional**, edição do dia 11/07/2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2017/07/senadoras-da-oposicao-ocupam-mesa-do-plenario-e-impedem-votacao.html>>. Acesso em: 11 ago. 2017; Governistas criticam ocupação da mesa do Plenário; para Oposição, foi ato político. **Senado notícias**, 11/07/2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/11/governistas-criticam-ocupacao-da-mesa-do-plenario-para-oposicao-foi-ato-politico>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

⁵⁶, os quais, por diversas maneiras, podem ir provocando atrasos que acabam por inviabilizar a aprovação da matéria (perde-se a chamada “janela de oportunidade”⁵⁷).

Diz-se que houve uma “certa demora”, tanto porque foram extrapolados os prazos constitucionais do regime de urgência do art. 64 da Constituição de 1988, quanto porque claramente a matéria já vinha sendo debatida desde muito antes, o que faria supor uma tramitação mais acelerada. Nada obstante, vale o registro de que o prazo de um ano e meio é pode ser considerado até mesmo “curto”, se comparado com o tempo que outras discussões legislativas podem tomar, arrastando-se por anos e anos sem uma definição do Parlamento⁵⁸.

No caso da LMP, a falta de um debate parlamentar mais transparente e profundo, no entanto, não impede o estudo da *ratio* que norteou a elaboração da lei, pois, além da exposição de motivos e dos diários das sessões, a reconstrução da argumentação também pode ser resgatada a partir de outras fontes, notadamente, os discursos dos interessados: aqui, a narrativa feminista. É o que se faz na seção a seguir.

⁵⁶ Outras práticas performáticas também podem entrar para o catálogo das obstruções. Por exemplo, já aconteceu de parlamentares pertencentes às bancadas religiosas (evangélicos) levarem, para a sessão da comissão em que se discutiria o aborto, pequenos caixões (feitos de verdade, do tamanho para enterrar recém-nascidos) e bonecos de brinquedo para crianças, em formato de bebês. Como se pode imaginar, a prática tumultua as discussões.

⁵⁷ Na teoria dos múltiplos fluxos de agenda (*multiple streams model*) de John M. Kingdon, as “janelas de oportunidade” representam determinados momentos em que existem expectativas – no governo e na sociedade – de que as organizações apresentem soluções para os problemas. Com essa abordagem, Kingdon chama a atenção no sentido de que não é qualquer problema que tem a capacidade de desencadear um processo decisório para sua resolução e, conseqüentemente, existem motivos alheios aos próprios problemas que conduzem ao interesse em resolvê-los. Tal decisão (qual seja, a de apresentar uma solução) pode advir de ela representar uma oportunidade de conquistar espaços, de mostrar habilidades, de negociar apoios, etc. Resumindo, para Kingdon, um problema somente entra para a agenda de decisões quando é considerado (ou tenha interesse) político. O autor se refere ao “fluxo da política” (*politics*) como uma dinâmica extremamente fluida, sabeada na barganha e na negociação (não na persuasão), com regras próprias de funcionamento. Conteria três elementos: 1) o clima ou humor nacional (*national mood*), representando as imagens e sentimentos predominantes no conjunto da sociedade, geralmente provocados pelas manifestações de movimentos sociais, pressão da imprensa, etc; 2) o apoio ou oposição das forças políticas organizadas, expressando os consensos ou conflitos políticos entre os atores, bem como sinalizando se o ambiente é propício ou adverso à proposta e o peso de seus custos políticos; e 3) mudanças internas no governo (ou chefias de órgãos administrativos), com a troca das pessoas em posições estratégicas (*turnover*). Segundo Kingdon, o que mais influencia a formação e a alteração da agenda governamental são as mudanças em 1) e em 3). Para mais detalhes, confira-se: KINGDON, John W. **Agendas, alternatives, and public policies**. Harper Collins: Pearson, 1997.

⁵⁸ Deve-se recordar que existem matérias que facilmente podem demorar anos, chegar a dez ou até trinta anos para serem aprovadas, a exemplo do Código Civil de 2002, cujo projeto original havia sido apresentado em 1972. Quanto mais demorada é a tramitação legislativa, a conclusão que se pode tirar é que se trata de um tema polêmico ou que não reúne os acordos necessários. Não se trata de uma mera ineficiência dos trabalhos, como se poderia pensar. Os regimentos internos das Casas Legislativas, de certa forma, trazem uma tentativa de limitação do tempo das discussões legislativas pelo instituto do “arquivamento”. Nos termos do Regimento Interno do Senado Federal – RISF, art. 332, §§ 1º e 2º, por exemplo, a proposição que se encontre em tramitação há mais de duas legislaturas será automaticamente arquivada. Nessa situação, o desarquivamento pode ser solicitado por 1/3 (um terço) dos Senadores no prazo de 60 (sessenta) dias após o início da sessão legislativa subsequente ao arquivamento, desde que tal requerimento seja aprovado pelo plenário. Nessa hipótese, a proposição desarquivada deverá ter sua tramitação concluída nessa mesma legislatura, sob pena de arquivamento definitivo. Naturalmente, trata-se de uma tentativa de pôr limites às discussões sem fim. Na prática, entretanto, isso pode ser burlado: basta a matéria (o seu conteúdo) ser reapresentada sob a luz de um novo número de projeto de lei. Ocorre que, nesse caso, a tramitação começa do zero, deixando-se de aproveitar eventuais passagens pelas comissões e outros requisitos regimentais eventualmente já atendidos antes pelo projeto de lei arquivado.

4.4. Os argumentos no Parlamento

A quantidade de emendas, notadamente as que tenham pertinência com o mérito – sendo menos relevantes as emendas de redação ou de mera técnica legislativa – apresentadas pelos parlamentares poderia ser um indicativo da intensidade com que a matéria foi discutida no Parlamento. Quanto mais emendas, tende-se a pensar que houve mais debate, o que naturalmente vai acontecer quanto a assuntos mais controvertidos. Em sendo pouca a quantidade de emendas, esse seria um sinal de, não só a diminuta discussão, mas também de relativo consenso ao redor do tema em questão⁵⁹.

⁵⁹ Há, contudo, uma exceção a essa associação entre a quantidade de emendas e a intensidade da discussão no âmbito do Parlamento: o fenômeno dos “jabutis”, tal como ficou conhecida a prática parlamentar – especialmente no âmbito da Câmara dos Deputados –, de inserir emendas nos projetos de lei de conversão de medidas provisórias editadas pelo Presidente da República. As emendas “jabutis” frequentemente não atendiam à exigência de pertinência temática e tinham o claro propósito de “pegar carona” na tramitação abreviada da aprovação das medidas provisórias, com menos chances de discussão. A prática também ficou conhecida como “contrabando legislativo” e vinha se dando em despeito à própria Resolução n. 1, de 2002, do Congresso Nacional, que dispõe sobre o rito de apreciação das medidas provisórias, cujo art. 4º, § 4º, estabelece: “Art. 4º. (...) § 4º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar”. Por ocasião do julgamento da ADI n. 5127, o STF declarou inconstitucional a inserção de emendas sem pertinência temática no processo legislativo de conversão das medidas provisórias em lei. A partir da declaração de inconstitucionalidade, o Presidente do Senado Federal adotou a prática de excluir os “jabutis” que continuam sendo inseridos pela Câmara dos Deputados. No entanto, ainda não foram estabelecidos critérios objetivos para definir quais emendas se encaixam nessa definição, pois mesmo o que se entende por “pertinência temática” pode trazer uma abertura semântica bastante ampla. Essa avaliação do que deve ser excluído tem sido subjetiva, por parte do próprio Presidente do Senado Federal, no exercício do papel de casa revisora, devendo-se registrar que nesses casos não retornam para a Câmara dos Deputados. (Senado barra “jabutis” em MP e mantém voto de qualidade no Carf. **Consultor Jurídico**, 06/10/2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-out-06/senado-barra-jabutis-mp-mantem-voto-qualidade-carf>>. Acesso em 9 out. 2017) Como se vê, nesses casos, portanto, as “emendas jabutis” não podem ser tomadas como uma presunção de que os parlamentares efetivamente se engajaram na discussão legislativa e apresentaram propostas com o intuito de aperfeiçoar o texto da norma. Os “jabutis” claramente tinham o claro propósito de burlar o procedimento legislativo ordinário. O apelido dessa prática veio do adágio popular de acordo com o qual “*Jabutis não sobem em árvore. Se lá está, ou foi enchente ou mão de gente*” para ilustrar que, por trás de uma situação inusitada (inserção de uma emenda estranha à matéria discutida), há uma explicação, seja uma hipótese mais remota (a enchente), seja a interferência de outros fatores, mais especificamente a clara atuação de alguém com o propósito de converter a norma em lei sem chamar a atenção e sem muita discussão. Para uma análise do comportamento dos parlamentares, analisando se houve mudança quanto à pertinência temática após o julgamento da ADI n. 5127, confira-se: LAAN, Cesar Rodrigues van der. **Um panorama recente da apresentação de Emendas sem pertinência temática a Medidas Provisórias pós-ADI 5.127**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, fev. 2018 (Texto para discussão n. 244). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 15 fev. 2018. Muito resumidamente, o autor constatou que, de fato, houve uma menor quantidade de emendas dispostas sobre matérias “totalmente estranhas”, mas seguiram sendo apresentadas emendas “conexas” com as matérias veiculadas na MP. Sua conclusão é que a prática parlamentar ainda precisa convergir mais e aderir ao modelo legislativo constitucional consagrado na decisão do STF. Para ajudar, propõe uma adaptação regimental, prevendo uma análise de admissibilidade inicial das emendas parlamentares, o que seria feito com base em parecer técnico da Consultoria Legislativa, com a vantagem de também diminuir o constrangimento dos relatores nas comissões mistas em não acatar emendas de seus pares quando eivadas de baixo grau de pertinência temática. O ponto será retomado na Parte III desta tese.

No caso da LMP, como visto na tramitação explicada na seção anterior, após a análise preliminar da proposta original encaminhada pelo Poder Executivo, a relatora Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ) optou por apresentar um substitutivo à proposta original, já que a emenda era mais ampla e pretendia alterar a proposta em seu conjunto, substancial ou formalmente. Nesse caso, as emendas são discutidas em bloco, o que confere mais agilidade e racionalidade às discussões.

Na prática, se aprovado o substitutivo, o projeto de lei originalmente apresentado é descartado e a discussão passa a ser apenas sobre o substitutivo. Desnecessário comentar que esse expediente tem o potencial de dar uma guinada no rumo dos debates. Em resumo, pode funcionar como uma manobra estratégica na argumentação legislativa, servindo tanto para “enterrar” os aspectos polêmicos da versão original, quanto para inserir de maneira “disfarçada”, chamando menos a atenção, questões que mais à frente do debate parlamentar serão objeto de grande confrontação.

A atuação da relatora fica bem revelada a partir da análise dos áudios da sessão da CSSF⁶⁰ do dia 24/08/2005. Na reunião, a Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ) fez uma longa exposição contando toda a história desde o surgimento da iniciativa legislativa, as reuniões feitas para discussão junto à sociedade, o esforço de articulação com a sociedade, bem como explicando as propostas.

Ficou clara a argumentação de que os procedimentos previstos na legislação para a punição da violência doméstica, especialmente a transação penal que culminava no pagamento de “cestas básicas”. Nas palavras da própria relatora: “ficou barato bater na mulher”. Ou seja, a relatora claramente incorporou o discurso feminista, como será explicado mais adiante. Nada obstante, o fez com notável imparcialidade, já que a relatora também reputou inadequado o procedimento sob a ótica do acusado (geralmente o homem), em razão da falta de contraditório (e até mesmo acareação, se for o caso). Esse dado chama a atenção, já que não se trata de uma postura frequente.

Em outro momento, a própria parlamentar revela que discordou do movimento feminista, na parte referente à reabilitação do agressor, insistindo que se trata de “pena”, não “tratamento de saúde”.

Ainda nessa linha, outro detalhe foi o *mea culpa* feito pela relatora quanto ao aumento das penas dos crimes de lesões corporais contra a mulher. Declarou-se abertamente

⁶⁰ Disponíveis em: <<http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=25154>>. Acesso em: 28 set. 2017. Infelizmente, não há disponibilização dos vídeos da sessão.

adepta ao direito penal mínimo – nas suas palavras, não se tem que “sair prendendo todo mundo” –, mas disse que o aumento nas penas proposto era necessário.

A exposição da relatora também veio acompanhada de citações de trechos da doutrina, lidos pela própria Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ), bem como números da violência. Disse, por exemplo, que as mulheres costumam denunciar somente a partir da sétima agressão. Ficou evidente o grande esforço feito por ela para familiarizar-se com todos os aspectos do problema social, falando inclusive com os jargões técnicos típicos do mundo jurídico, algo que definitivamente não costuma ser a praxe entre os parlamentares.

Durante todo o tempo (foram mais de trinta minutos de discurso), sua fala é constante, marcada por uma grande serenidade, reveladas pelo timbre da voz equilibrado, nem alto, nem baixo, bem como a cadência pausada com que expunha as ideias, explicando-as pacientemente. Ao mesmo tempo, a comunicação é feita de forma firme, denotando muita segurança sobre todas as afirmações.

Componentes retóricos também estiveram presentes, com o uso de um trocadilho metafórico. A certa altura a relatora poeticamente fala que não são somente “pontos” (suturas) na mão, nos braços, nas pernas, mas também são “pontos” na alma e por isso seria necessário dar um “ponto final”. Entretanto, esse apelo sentimental foi efêmero, uma característica de menor expressão dentro da argumentação.

Ao fechar seu discurso, fez questão de enfatizar a existência de um grande consenso ao redor da proposta, por parte tanto do governo, quanto do consórcio de mulheres.

A argumentação legislativa aqui, portanto, teve forte componente de reação a um problema social existente, com a apresentação de uma proposta voltada para resolvê-lo, ao mesmo tempo em que veio recheada dos aspectos técnico-jurídicos.

As intervenções parlamentares que se seguiram à apresentação da relatora foram vazios: limitavam-se a endossar a necessidade da iniciativa legislativa, cumprimentar a relatora, elogiar os trabalhos por ela conduzidos, parabenizando o consenso costurado e o conjunto da obra, sobretudo a oitiva das mulheres para enriquecer o projeto.

O comentário mais próximo quanto mérito legislativo simplesmente vaticinou que o projeto promoveria uma grande mudança no país. Foram menos de 20 minutos de discussão. Esse ponto da pauta foi encerrado com o fecho clássico das discussões legislativas, quando o parlamentar que preside os trabalhos anuncia rapidamente: “Matéria em votação. Convido os senhores deputados a favor a permanecerem como estão (sentados). Aprovada”.

Pode-se dizer que o mesmo se repetiu na sessão do plenário da Câmara dos Deputados do dia 22/03/2006, conforme revelam os áudios⁶¹.

Diferentemente do que pudesse parecer, no entanto, aqui o substitutivo apresentado pela Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ) diferiu pontualmente da proposta original. Resumidamente, os principais pontos de alteração apresentados pela relatora na CSSF da Câmara dos Deputados foram os seguintes:

1) proibição de enquadrar os atos de violência doméstica como crimes de menor potencial ofensivo, retirando, assim, da abrangência da Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e, conseqüentemente, impossibilitando a aplicação das medidas “despenalizadores” de composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo (em substituição às penas privativas de liberdade);

2) criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher, com competência cível e criminal e procedimentos apropriados ao caso;

3) definição de que a renúncia à representação somente pode ser feita em audiência, perante o juiz, que poderá rejeitá-la;

4) previsão de assistência especial a crianças e adolescentes inseridas no contexto da violência doméstica e familiar;

5) inclusão de diretrizes e princípios, no âmbito do Sistema Único de Saúde, para a mulher vítima de violência;

6) possibilidade de inclusão da vítima de violência em programas assistenciais do governo, programas de proteção à vítima e à testemunha, acesso a transferência (remoção) do local de trabalho para as servidoras públicas e estabilidade de até seis meses por motivo de afastamento do emprego;

7) fixação do limite mínimo de distância para o acusado em relação à vítima (ordem de afastamento);

8) criação da infraestrutura administrativa para dar cobertura à mulher vítima de violência doméstica: os centros de atendimento psicossocial e jurídico, casas-abrigo, delegacias especializadas, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde, centros especializados de perícias, centros de educação e reabilitação para agressores; e

9) obrigatoriedade de comparecimento dos agressores aos programas de recuperação e reeducação.

⁶¹ Disponíveis em: <<http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=26482>>. Acesso em: 29 ago. 2017. Infelizmente, não há disponibilização dos vídeos da sessão.

Desse rápido levantamento das alterações promovidas pelo substitutivo, deve-se dar especial destaque ao afastamento da aplicação da Lei n. 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar, nos termos do art. 41 da versão final aprovada (“*Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*”). No substitutivo apresentado (art. 13) simplesmente se havia suprimido a menção à Lei n. 9.099/95.

Na prática, essa emenda incorporou “silenciosamente” a pauta do discurso feminista que “a violência contra a mulher não é crime de pequeno potencial ofensivo”. Aqui, é necessário fazer um breve resgate histórico para compreender melhor o ponto.

A Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, se insere no movimento que tem sido conhecido como “direito penal mínimo ou abolicionismo moderado”⁶². Desde a sua concepção, essa lei tinha as promessas de ordem político-criminal seguintes: reduzir a morosidade da justiça, aumentar a aplicação de medidas “despenalizadoras” e reduzir a impunidade. Em função de seus preceitos, houve uma verdadeira guinada na orientação do sistema penal brasileiro à época⁶³.

De modo essencial, tal lei trouxe medidas “despenalizadoras”, quais sejam: a composição civil (arts. 74 e 75⁶⁴), a transação penal (art. 76⁶⁵, algo semelhante ao *plea bargain* dos Estados Unidos), a suspensão condicional do processo (art. 89⁶⁶, uma adaptação do sistema francês do *sursis*, mas aplicando-se não à condenação, e sim ao próprio

⁶² O direito penal mínimo é uma tendência da política criminal moderna voltada para reduzir o âmbito de aplicação do Direito Penal, evitando tanto quanto possível novas tipificações e reduzindo a intensidade da intervenção estatal no que diz respeito à pena de prisão. A Lei n. 9.099/95, em seu art. 2º, estabelece que “*O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação*”.

⁶³ Sobre o ponto, há vasta bibliografia comentando a tendência inaugurada no Brasil pela Lei n. 9.099/95. Entre outros, citem-se: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099/95**, de 26.09.1995. São Paulo: RT, 1996; NALINI, José Renato. **O juiz criminal e a Lei nº 9.099/95**. São Paulo: RT, 1997.

⁶⁴ “*Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.*

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.

Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.”

⁶⁵ “*Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (...)*”.

⁶⁶ “*Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.*”

processamento da ação penal), a conciliação, bem como as penas de multa e prestação pecuniária.

Os Juizados Especiais – JEs e a aplicação das medidas acima foram pensados para os chamados crimes de “menor potencial ofensivo”, é dizer, as contravenções penais e os crimes a que a lei cominasse pena máxima não superior a um ano, conforme a redação original do art. 61 da Lei n. 9.099/95. Posteriormente com a redação dada pela Lei n. Lei nº 11.313, de 2006, esse limite passou a ser de 2 (dois) anos, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. Nesse universo, eram a maioria os crimes de lesões corporais leves e lesões culposas, rixas, ameaças, etc. Aqui é importante registrar que a Lei 9.099/95 não tinha por objeto especificamente a violência contra a mulher.

Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, o advento da Lei n. 9.099/95 dividiu as opiniões em geral. A diferença de visões sobre a novidade legislativa veio sobretudo do contraste entre os nobres propósitos da lei e sua aplicação na prática.

Logo por ocasião das primeiras implantações dos JEs, o movimento feminista começou a registrar sua grande insatisfação para com os ritos, técnicas e práticas aplicadas para o tratamento da delicada questão da violência doméstica, cujos casos passaram a representar mais da metade das causas processados nos JEs.

A cidade do Rio de Janeiro foi uma das primeiras do Brasil a instaurar tais JEs. Como consequência disso, logo surgiram os primeiros estudos empíricos para descrever, explicar e avaliar o funcionamento na prática dessa “minimização” do Direito Penal.

Nesse sentido, uma das pesquisas que ficaram mais famosas foi realizada por Luiz Werneck Vianna⁶⁷, que dá uma dimensão do impacto da edição da Lei n. 9.099/95 para a violência doméstica:

Talvez a maior evidência do novo papel que o aproxima da população por meio dos Juizados Especiais, esteja na jurisdição que vem administrando sobre a violência doméstica, especialmente aquela exercida sobre a mulher, significativamente majoritária na autoria de feitos (54,5%). Discriminando-se os tipos de feito, observa-se que os casos de lesão corporal leve e de ameaça são levados aos Juizados por iniciativa principalmente de mulheres – respectivamente 62,9% e 63,5% dos casos –, os quais, antes da Lei nº 9.099, se limitavam a conhecer a intervenção de delegacias policiais, em geral mais dedicadas ao acompanhamento de crimes de maior potencial ofensivo e, na melhor das possibilidades, a intervenção da Delegacia Especial de Assistência à Mulher.⁶⁸

⁶⁷ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 213

Claramente, para esse autor, os JEs promoveram uma verdadeira ampliação da rede punitiva estatal, levando adiante casos que de outra maneira não chegariam ao Poder Judiciário: antes da Lei n. 9.099/95, esses casos não costumavam ir adiante, paravam na própria delegacia de polícia. De fato, tratava-se de um novo lugar de afirmação dos direitos das mulheres em situação de risco, sobretudo diante do número de que mais da metade de suas ações versavam sobre violência doméstica⁶⁹.

A despeito disso, para o movimento de mulheres, essa visibilidade dada à violência contra a mulher pouco contribuiu para a solução do problema, especialmente pela banalização das conciliações que acabam em “cestas básicas”, no jargão utilizado pelos movimentos de mulheres, referindo-se à condenação dos acusados a esse tipo de pena.

Com efeito, foram os relatos sobre a prática nos JEs o determinante para a opinião negativa que foi se formando sobre a inadequação do tratamento aí dado à violência doméstica:

Nos Juizados Criminais a etapa da conciliação é muito rápida, realizada, em geral, em menos de cinco minutos, por agentes jovens, na maioria das vezes estudantes de direito. Houve uma exceção, contudo, em que os conciliadores eram advogados experientes na área cível, com escritórios de prestígio reconhecido na localidade, que haviam sido designados pela OAB e se preocupavam em explicar cada passo do processo às partes, os institutos da Lei nº 9.099 e suas consequências, corrigindo, inclusive, os advogados, cujo desconhecimento da lei poderia prejudicar, segundo os conciliadores, os seus representados. O texto legal era constantemente lido e interpretado, e as referências a ele se sucediam como uma lição ministrada a iniciantes. Nesse único caso, a conciliação foi considerada pelos seus agentes como uma “construção” coletiva, e valorizada como uma vitória da racionalidade da lei, expressa na atuação do conciliador.

A maior parte dos conciliadores, contudo, considera que a Lei nº 9.099 “é boa, mas apresenta muitas falhas”, sobretudo por atribuir a eles o papel informal de “conselheiros, psicólogos ou assistentes sociais”. Em situações em que o conciliador é mais velho, há alguma tentativa de explicação da lei, antes de ser proposta a transação penal. Mas, em geral, os conciliadores partem diretamente para a aplicação da multa, mesmo sem a presença de um representante do Ministério Público e sem, sequer, ouvir o relato das partes, argumentando que a “agilidade” é o fator primordial do sucesso de Juizado. Diante desse tipo de condução da audiência, os acusados, mesmo contrariados, raramente deixam de aceitar a pena antecipada de multa, embora não entendam bem o significado daquela operação. Observou-se que muitos saem da sala de conciliação sorrindo, visivelmente satisfeitos com o fato de terem “ganho” a causa.

(...)

Nos casos de ameaça entre ex-cônjuges, em nenhuma das audiências observadas houve desistência do processo. Os advogados das vítimas tendem a se opor fortemente ao pagamento da multa e a exigir que os feitos sejam “melhor analisados pelo juiz”, tendo um deles declarado que a Justiça havia sido transformada em uma “fábrica de ameaças” e que aquela era uma situação que precisaria ser corrigida. Nos casos de brigas entre cônjuges, também se observa a mesma disposição dos advogados das vítimas em considerar a multa um instrumento falho, que não “pune”

⁶⁹ Essa proporção vem se mantendo estável, conforme as reiteradas pesquisas realizadas posteriormente à de Vianna. Por exemplo: PASINATO, Wânia. Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, mar./abril de 2005, pp. 201-239.

o réu e não “confere segurança” à mulher vítima de violência. Em uma dessas situações, diante da indagação da vítima sobre o que deveria ser feito no caso de seu ex-marido continuar a agredi-la, a *conciliadora* respondeu: “Não revide; quando um não quer, dois não brigam”. E continuou discursando em favor da união da família e solicitando à mulher que considerasse a situação dos filhos, que, afinal, “são sempre produtos do meio”. Ao homem apelou para que convidasse a sua ex-esposa “para jantar em um lugar bem bonito, onde pudessem resolver os seus problemas sozinhos, longe de advogados”, aplicando-lhe a multa de R\$ 150,00.⁷⁰

O relato acima indica que os princípios orientadores da Lei n. 9.099/95 se distanciaram da sua aplicação prática, tendo sua finalidade se convertido em simplesmente finalizar a relação processual, sem dispensar maiores atenções à vítima, à justiça em cada caso. Para essa ótica, também as deficiências nas estruturas de funcionamento dos JEs (conciliadores pouco preparados, excessiva informalidade, falta de orientação, etc.) acabaram por “*privatizar o conflito e reforçar a esfera de poder em torno do agressor*”⁷¹.

A narrativa que se foi construindo pelo movimento feminista sobre o funcionamento dos Juizados Especiais acompanhou essa vertente no sentido de que a condenação do agressor ao pagamento de cestas básicas, por exemplo, destinadas a entidades assistenciais, ou multa em dinheiro, banalizava a violência sofrida pela mulher e que a Lei n. 9.099/95 não vinha contribuindo para a punição da violência praticada contra a mulher⁷².

Acompanham essa percepção mesmo as descrições mais imparciais sobre o que costumava acontecer nas audiências de conciliação (antes da aprovação da LMP), como a pesquisa empírica realizada por Marília Montenegro:

Quatro situações podem decorrer de uma audiência de conciliação: a) a composição de danos; b) renúncia; c) aguardo de prazo decadencial; d) representação. (...)

No Juizado, quando o assunto é violência doméstica, torna-se muita rara a primeira situação (a). Essa é mais usual no caso de problemas de vizinhança em que o agressor é um homem e a vítima é uma mulher. O conciliador é orientado, tanto pelo juiz como pelo promotor de justiça, a não aceitar a renúncia expressa da vítima em caso de violência doméstica.

Nos casos em que a vítima deseja renunciar (b), ou seja, desistir ou retirar a “queixa”, ela deve ser “aconselhada” a aguardar o prazo decadencial. É muito comum que o aguardo do prazo decadencial (c) venha atrelado a alguns compromissos do autor do fato, como, por exemplo, não incomodar mais a vítima e tratá-la com urbanidade e respeito. É frequente ainda que esses compromissos sejam mútuos, um se compromete a respeitar o outro.

A quarta situação (d) é a representação, quando não ocorre qualquer possibilidade de acordo, a audiência deve ser remarcada, e, dessa vez, com a presença do promotor de justiça, que, preenchidos os requisitos do art. 76 da lei 9.099/95, deverá fazer a proposta de transação penal.

⁷⁰ Idem, ibidem, pp. 222-224.

⁷¹ PASINATO, Wânia. Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 53, mar./abril de 2005, pp. 201-239, pp. 218-221.

⁷² TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003, pp. 98-99.

O que acontece, com uma relativa frequência no Juizado é uma nova tentativa de conciliação no dia da proposta de transação penal. O promotor de justiça, antes de oferecer a proposta de transação, tenta, mais uma vez, o acordo entre as partes. Percebe-se, por várias vezes, que, nos casos de violência doméstica, quanto maior é o distanciamento entre a data da audiência e o dia da prática da infração mais fácil é a realização da conciliação. É notório também que, quanto maior for o distanciamento do fato, como já foi dito, aliado a maior aproximação da vítima com o agressor, como nos casos de violência doméstica ou familiar, o *animus* da vítima não é mais o de vingança, mas sim o da minoração do seu sofrimento.⁷³

Outros autores se somaram a uma crítica mais ampla sobre o advento da Lei n. 9.099/95 e seu impacto sobre a violência doméstica⁷⁴. Lênio Luiz Streck, por exemplo, afirmou:

Com o juizado especial criminal, o Estado sai cada vez mais das relações sociais. No fundo, institucionalizou a “surra doméstica” com a transformação do delito de lesões corporais de ação pública incondicionada para ação pública condicionada. Mais do que isso, a nova Lei dos Juizados permite, agora, o “duelo nos limites das lesões”, eis que não interfere na contenda entre pessoas, desde que os ferimentos não ultrapassem as lesões leves (que, como se sabe, pelas exigências do art. 129 e seus parágrafos, podem não ser tão leves assim). O Estado assiste de camarote e diz: batam-se, que eu não tenho nada com isso. É o neoliberalismo no Direito, agravando a própria crise da denominada “teoria do bem jurídico”, própria do modelo liberal individualista de Direito.⁷⁵

Em resumo, de acordo com a construção feminista, o advento da Lei n. 9.099/95 teria trazido para o agressor a percepção de que a violência contra a mulher estaria “permitida”, bastando que pagasse o “preço”^{76, 77}.

Inclusive, essa constatação já tinha dado ensejo, antes mesmo da LMP, à Lei n. 10.455, de 13 de maio de 2002, que alterou a Lei n. 9.099/95 para estabelecer pela primeira vez na seara penal brasileira que, em caso de violência doméstica, o juiz poderia determinar como medida cautelar o afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima⁷⁸.

⁷³ MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015, pp. 136-7.

⁷⁴ AMARAL, Cláudio do Prado. A Lei nº 9.099/95, a política criminal e a violência doméstica contra a mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 111-133 (escrito antes da edição da Lei Maria da Penha).

⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999, pp. 81-104, p. 94.

⁷⁶ TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003, pp. 80, 90.

⁷⁷ CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei nº 11.340/2006. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 170, jan. 2007, pp. 15-17.

⁷⁸ Foi acrescentado um parágrafo único ao art. 69 da Lei n. 9.099/95: “Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a

Assim, por ocasião dos debates da LMP em 2005 na Câmara dos Deputados, o movimento feminista já vinha manifestando sua insatisfação para com o que acreditava ser a má-aplicação ou aplicação distorcida da Lei n. 9.099/95. Esse foi o contexto que explica a inclusão do dispositivo que ao fim resultou no art. 41 na LMP: “*Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995*”⁷⁹. Sem dúvida, essa foi a emenda parlamentar mais importante.

Foi esse mesmo discurso que pressionou pela inclusão da previsão legal claramente simbólica (e tecnicamente equivocada, porquanto desnecessária) do art. 17 na LMP: “*Art. 17. É vedada a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.*”

Diante do art. 41, como se vê, a previsão do art. 17 é redundante (e inócua, até porque não existe no Código Penal “pena de cesta básica”), embora simbolicamente reforce a pauta feminista. Como costumam afirmar os militantes desse movimento, a norma impede que “a dor da vítima possa ser comprada por dinheiro ou cestas básicas”.

Como consequência do art. 41 da LMP, nos crimes de violência doméstica e familiar, mesmo os de menor potencial ofensivo, seria possível a prisão em flagrante e o arbitramento

vítima.”. Esse é outro antecedente da LMP. Até então, o afastamento do lar estava previsto apenas no âmbito cível, no art. 888, inciso VI, do então vigente Código de Processo Civil – CPC (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973: “*Art. 888. O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: (...) VI - o afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal;*”). No atual CPC (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), a previsão não foi reproduzida.

⁷⁹ Essa preocupação em afastar a aplicação da Lei n. 9.099/95 já constava desde o início dos trabalhos do consórcio de organizações não governamentais feministas, como se depreende do relato a seguir: “*Na primeira reunião de trabalho do Consórcio explicitamos o que queríamos e o que não queríamos, respondendo a perguntas, tais como: quais os efeitos da Lei 9.099/1995 sobre a violência cometida contra as mulheres no âmbito doméstico? Por que uma lei específica de violência doméstica? O que ela deve conter? Quais as implicações na ordem jurídica? O que não queremos que conste na lei? Que mulheres ela deve atingir? O que será destinado ao agressor?... No momento não tínhamos muito a ideia da repercussão que esta lei traria. Uma coisa estava clara para o grupo: a Lei 9.099/1995 deveria ficar fora da lei, pois, para nós, a violência doméstica não era e não poderia continuar a ser tratada como uma violência de “menor potencial ofensivo”. Esta lei até poderia ser usada como subsídio na sua parte referente à celeridade do procedimento.*” (CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 39-63, p. 43). Contudo, ao que parece, a participação de juízes em algumas reuniões do Grupo de Trabalho Interministerial criado pelo Decreto n. 5.030/2004, bem como o apoio da Secretaria de Políticas para as Mulheres – SPM, acabaram contribuindo para a posição que se sagrou vencedora na proposta apresentada pelo Poder Executivo no sentido de que a violência contra as mulheres continuasse sob a égide da Lei n. 9.099/95 (Idem, ibidem, p. 46). Mais detalhes sobre o embate protagonizado entre os setores do movimento brasileiro e parte dos juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE, pode ser encontrado em: LAVIGNE, Rosane M. Reis. Caso Fonaje: o ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE no processo de elaboração da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 65-92). Para o coletivo de magistrados, bastariam poucas mudanças na Lei n. 9.099/95 para resolver a questão procedimental suscitada.

de fiança, o que pela Lei n. 9.099/95 não tinha cabida. Ao mesmo tempo, resta afastada qualquer possibilidade de aplicação das medidas “despenalizadores”. Sem dúvida, trata-se do artigo mais controvertido da LMP.

A inserção do art. 41 na LMP rendeu uma importante contenda que chegou ao Supremo Tribunal Federal, por intermédio de duas ações do controle concentrado, a ADC n. 19 e a ADI n. 4424. Os detalhes sobre o esse julgamento do STF e como esses dispositivos vem sendo aplicados na prática serão devidamente aprofundados adiante. Por agora, apenas registre-se que essa foi uma opção legislativa inserida por emenda parlamentar, por força de pressão dos movimentos de mulheres, desacompanhada de estudos mais aprofundados que a recomendassem. Esses pontos serão retomados oportunamente mais adiante na parte em que se comenta a argumentação pós-legislativa.

Com efeito, o que importa é explicar que, como consequências dessa opção legislativa, foi endurecida a punição nos casos de violência doméstica e familiar – pois os agressores já não podem ser sancionados com penas restritivas de direitos alternativas às penas privativas de liberdade (prestação pecuniária, prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, por exemplo) – e retirou-se dos envolvidos a possibilidade de resolver entre si o conflito, pois, sem a possibilidade de transação ou suspensão condicional do processo, ou seja, as formas de “conciliação penal”, as denúncias necessariamente terão prosseguimento conforme o processo penal ordinário.

Contraditoriamente, no entanto, o grande enrijecimento trazido pela LMP diz respeito somente aos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo cometido contra a mulher. As propostas não trouxeram modificações para os crimes considerados mais graves, nada foi alterado quanto ao homicídio (tanto o tentado, como o consumado) – justamente a situação do caso de Maria da Penha, que deu nome à lei. É bem verdade, deve-se registrar, que o Código Penal nunca admitiu medidas despenalizadores para tais crimes mais graves. De toda forma, esse é o dado que chama a atenção: curiosamente, a LMP não seria aplicável ao próprio caso que a inspirou. Esse é um ponto extremamente importante, mas não foi objeto de observação em nenhum momento durante as discussões legislativas. Mais adiante, como se verá, essa falha dos legisladores foi revista.

Ainda dentro das emendas apresentadas pela relatora Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ), comente-se a inserção do art. 16 na LMP (no substitutivo esse era o art. 17), que também representou uma medida polêmica:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Como se vê, a novidade está na “solenidade” até então inexistente para esse tipo de ato, só podendo a renúncia ser realizada “perante o juiz” e ouvido o promotor de justiça. Inclusive, no substitutivo ainda existia um parágrafo único, o qual não restou aprovado, pelo o juiz poderia rejeitar a renúncia. A ideia – presume-se, pois não constam maiores razões específicas – seria a de proteger a mulher, garantir que a mulher em situação de violência doméstica e familiar está renunciando de forma livre e espontânea, ciente das consequências de seu ato, e de alguma maneira justificando-o.

Sobre o ponto, comenta Marília Montenegro:

(...) Diferentemente do que acontecia na lei 9.099/95, em que a vítima e o agressor se encontravam na frente de um conciliador para que esse avaliasse o conflito, que poderia terminar com um pedido de desculpas ou um termo de compromisso por parte do agressor, que “justificava”, por parte da mulher, a desistência do procedimento.

Com a nova lei não existe mais o momento conciliatório, a mulher, se desejar (*sic*) poderá renunciar, nos casos em que a lei faculta essa possibilidade, só que agora essa renúncia será na frente de autoridades, deve informar o motivo pelo seu desinteresse no processo, embora ela tenha ido até a delegacia e prestado a “ocorrência”.⁸⁰

Esse tipo de medida costuma gerar divisões dentro do próprio movimento feminista. A grande crítica que se faz é a percepção subjacente da mulher como “ser inferior”, incapaz de tomar suas próprias decisões.

Para quem tem esse entendimento, “(...) é como se a lei duvidasse do discernimento da mulher para prosseguir ou não com o processo criminal e admitisse a fragilidade de seu posicionamento, que para ter validade precisaria ser analisado pelo promotor e pelo juiz.”⁸¹.

Nada obstante esse posicionamento, acredita-se que se trata de medida necessária, dada a dinâmica inerente ao ciclo de violência contra a mulher^{82, 83}.

⁸⁰ MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 119.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 120.

⁸² Já se comentou anteriormente, sobre o ciclo de violência e abuso. Embora não se possa generalizar, parece ser importante insistir em que está catalogado um certo padrão de escalada a que se costuma fazer referência em matéria de violência doméstica. O ciclo evolucionário costuma se repetir em uma espiral de agravamento. Para uma rápida explicação, veja-se: SOARES, Bárbara M. **Enfrentando a Violência contra a Mulher**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.

⁸³ Concede-se que a medida é paternalista, entrando, como visto, para o que se pode denominar como paternalismo justificado. O ideal, nesse contexto, seria verificar em cada caso concreto se a medida é necessária ou não (se a mulher está em condições de decidir por si mesma ou não). Para isso, deveria existir uma previsão dando poderes aos juízes para que esses pudessem pedir laudos com a avaliação técnica sobre o estado da mulher.

Da análise desses detalhes quanto ao desenvolvimento da aprovação legislativa, a uma primeira vista, poderia ser criticado o fato de a pauta feminista ter sido incorporada de forma não transparente, tampouco tendo havido discussão parlamentar mais ampla sobre se essa opção representa ou não a melhor opção para as mulheres em situação de violência. Diz-se silenciosamente porque, como visto, não se observou um debate parlamentar mais publicizado, seja nas comissões, seja em plenário, sobre a pertinência das emendas, notadamente a polêmica inserida no art. 41 da LMP.

Esse caminho, no entanto, talvez não seja o mais adequado em se tratando de uma argumentação dentro do Poder Legislativo. Subjacente a essa crítica, está presente o desejo de que tudo o que foi debatido fosse formalizado, constasse em registros, atas, papéis, etc., o que obviamente nem sempre será possível. Não se pode exigir na atividade legislativa um nível de documentação semelhante ao que existe para a fundamentação de uma sentença ou acórdão em um processo judicial, por exemplo.

Essa solenidade assim rigorosa para o Poder Judiciário tem uma razão de ser, já que “o que não está nos autos não está no mundo” (*Non quod est in actis non est in mundo*) e o juiz somente pode decidir com base nas informações constantes do processo. Contudo, esse não é o caso da atividade que se desenvolve no processo de elaboração normativa. O debate legislativo é mais disperso, envolve mais atores – especialmente os eleitores – e o que fica registrado sempre será inferior à amplitude da argumentação travada. Daí ser muito feliz a metáfora de Daniel Oliver-Lalana sobre a argumentação legislativa ser uma “porção concentrada” da discussão pública.

No caso, o importante é que haja discussão, ainda que os seminários, conferências, reuniões nos Estados, no gabinete do parlamentar, no cafezinho, etc., acabem não indo para o “processado” do projeto de lei, o que naturalmente não é o desejável (melhor seria se pudessem constar tais registros).

O caso em análise é uma clara demonstração dessa situação: houve muita discussão – a ponto de a LMP ser considerada um caso de sucesso de atuação do movimento feminista como grupo de pressão – no interior das instituições do sistema político, com o objetivo de influenciar a formulação legislativa, na atividade conhecida como *lobby* (do bem) ou *advocacy*⁸⁴. O êxito, no entanto, não representa ausência de críticas. Mais adiante a atuação do movimento feminista será objeto de comentário mais aprofundado.

⁸⁴ BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha. Uma experiência bem sucedida de *Advocacy*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 13-37.

Ao substitutivo apresentado pela relatora Deputada Federal Jandira Feghali (PCdoB-RJ) somente foram apresentadas duas emendas na Câmara dos Deputados.

O Senado Federal, por seu turno, não apresentou qualquer sugestão de mérito modificando o teor. Conforme se vê do parecer apresentado pela Senadora Lúcia Vânia (PSDB-GO)⁸⁵, as alterações se limitaram a conferir maior clareza, precisão e ordem lógica, em observância aos ditames da técnica legislativa da Lei Complementar n. 95/98.

Argumentos importantes, como o juízo sobre a constitucionalidade das medidas trazidas pela Lei Maria da Penha, por exemplo, não foram objeto de consideração por parte dos parlamentares. As críticas por parte da doutrina não foram objeto de qualquer consideração, e nenhum parlamentar se atreveu a manifestar posição contrária às medidas trazidas pelo projeto de lei.

A LMP trazia um nítido tratamento diferenciado entre homem e mulher para a mesma situação: a violência doméstica. Quando a mulher é a vítima de uma agressão doméstica, a consequência é o rigor penal, ao passo que, sendo o homem a vítima, será aplicado o Direito Penal mais brando da Lei n. 9.099/95. Recorrentemente, chegam ao Judiciário demandas pleiteando a aplicação da LMP a homens (em uma relação heterossexual), mas até o momento são poucas as decisões estendendo a aplicação^{86, 87}, originalmente restrita à proteção das mulheres^{88, 89, 90}.

⁸⁵ Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4159830&disposition=inlin e>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

⁸⁶ MARTINES, Fernando. Homem tenta usar Lei Maria da Penha contra ex-mulher, mas juiz impede. **Consultor Jurídico**, 16/08/2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-ago-16/marido-tenta-usar-lei-maria-penha-ex-mulher-perde>>. Acesso em 17 ago. 2017.

⁸⁷ Filho que agrediu pais é condenado com base na Lei Maria da Penha. **Consultor Jurídico**, 14/02/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-14/filho-agrediu-pais-condenado-ba-se-lei-maria-penha>>. Acesso em 15 fev. 2018.

⁸⁸ Existem decisões judiciais estendendo a aplicação para os chamados transgêneros, ou seja, quem se identifica com o gênero feminino, ainda que tenha nascido homem, com base no argumento analógico: como a Lei Maria da Penha visa a proteger as mulheres devido às suas peculiares vulnerabilidades, não se pode negar a mesma proteção a quem se identifica com o gênero feminino, independentemente do sexo biológico, sob pena de incorrer em discriminação injustificada. (RODAS, Sérgio. Lei Maria da Penha protege mulher trans vítima de homem trans, diz desembargador. **Consultor Jurídico**, 05/10/2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-out-05/lei-maria-penha-protege-mulher-trans-vitima-homem-trans>>. Acesso em 07 out. 2017).

⁸⁹ Da mesma forma, também começam a surgir decisões expandindo a legislação, como para proteger uma mulher transgênero de sua mãe. (RODAS, Sérgio. Lei Maria da Penha protege também mulher transgênero ou transexual e homem gay. **Consultor Jurídico**, 10/06/2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-10/lei-maria-penha-protege-tambem-mulher-transgenero-homem-gay>>. Acesso em 07 out. 2017). De fato, há precedente do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a possibilidade de a mulher também ser sujeito ativo da violência doméstica. A decisão foi tomada do Conflito de Competência n. 88.027-MG, assim ementado: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. JUZADO ESPECIAL CRIMINAL E JUIZ DE DIREITO. CRIME COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. CRIME CONTRA HONRA PRATICADO POR IRMÃ DA VÍTIMA. INAPLICABILIDADE DA LEI Nº 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUZADO ESPECIAL CRIMINAL. 1. Delito contra honra, envolvendo irmãs, não configura hipótese de incidência da Lei no 11.340/06, que tem como objeto a mulher numa perspectiva de gênero e em condições de

A proposta tampouco foi objeto de contestação quanto ao seu potencial para resolver o problema a que se propunham, é dizer, a relação de adequação meios-fins das previsões. Os parlamentares simplesmente não discutiram nada disso no plenário, nenhum aspecto técnico foi mencionado. O conteúdo acabou seguindo as linhas que já haviam sido ditadas em outros foros (os debates do consórcio e dentro do Poder Executivo). Embora a aprovação da lei represente um grande avanço, teria sido importante a reflexão sobre outras maneiras de assegurar à mulher o direito a uma vida sem violência.

Chama a atenção, durante os debates no Legislativo, a falta de discussão sobre a realidade das vítimas de violência doméstica, notada por não terem sido feitas quaisquer referências a estudos empíricos ou pesquisas de campo que revelassem de forma mais clara os problemas. Embora se reconheça a dificuldade envolvendo o levantamento de dados sobre esse tipo de violência que ocorre dentro das residências, deve-se registrar que existem tais trabalhos de investigação mais sociológicas, mesmo sendo poucos, tanto que aqui alguns foram citados, sem contar outros, como o célebre de Maria Filomena Gregori *Cenas e Queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*⁹¹ e outros⁹².

Além desse *déficit* teórico, do ponto de vista da argumentação legislativa, as discussões representaram uma oportunidade desperdiçada de aprofundar em diversas questões. Tudo isso, naturalmente, não retira o valor da aprovação da LMP. Como já visto, a argumentação no Legislativo vai separada de seu produto. Mesmo sem debates, os

hipossuficiência ou inferioridade física e econômica. 2. Sujeito passivo da violência doméstica, objeto da referida lei, é a mulher. Sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade. 2. No caso, havendo apenas desavenças e ofensas entre irmãs, não há qualquer motivação de gênero ou situação de vulnerabilidade que caracterize situação de relação íntima que possa causar violência doméstica ou familiar contra a mulher. Não se aplica a Lei no 11.340/06. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Governador Valadares/MG, o suscitado. (STJ, CC 88.027-MG, Terceira Seção, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 05/12/2008, publicado em 18/12/2008).

⁹⁰ Em outra decisão, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso entendeu que: “*A aplicação da Lei Maria da Penha não se restringe à violência doméstica contra a mulher maior e capaz, mas abrange violência familiar da qual podem ser vítimas as crianças e idosos do sexo feminino.*”, ou seja, basicamente incorporou o entendimento consolidado na legislação espanhola. Consignou: “*Assim, demonstrada violência da mãe contra a filha, no ambiente familiar e a condição de vulnerabilidade desta [criança de tenra idade], impõe-se o reconhecimento da competência do Juízo da Vara Especializada de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o processamento e julgamento do feito.*” (Lei Maria da Penha também se aplica a casos envolvendo menores, diz TJ-MT. **Consultor Jurídico**, 14/02/2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-06/lei-maria-penha-tambem-aplica-casos-envolvendo-menores>>. Acesso em 15 fev. 2018).

⁹¹ São Paulo: Paz e Terra, 1992.

⁹² AZEVEDO, Maria Amélia. **Mulheres espancadas: A violência denunciada**. São Paulo: Cortez, 1985; IZUMINO, Wânia Pasinato. Justiça Criminal e violência contra a mulher: o papel da Justiça na solução de conflitos de gêneros. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 18, abr./jun. 1997, pp. 147-170; _____, Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. **XXVIII Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação em Ciências Sociais – ANPOCS**, Caxambu, Minas Gerais, 26 a 28 de outubro de 2004. CD-ROM; HERMANN, Leda. **Violência doméstica e os juizados especiais criminais**. Campinas: Servanda Editora, 2002.

legisladores parecem ter acertado na aprovação da lei. Sobre o ponto, retomem-se aqui as considerações já feitas sobre a lei espanhola.

4.5. A lei aprovada

Nesta seção, o propósito é contrastar a versão original do projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo e o resultado das discussões, é dizer, o que finalmente foi aprovado pelo Poder Legislativo. Considerando que no apartamento 4.2 já foi possível ter uma noção geral da primeira proposta, aqui se concentra mais no que efetivamente foi objeto de emenda e cuja alteração não tenha se limitado a um aperfeiçoamento meramente técnico legislativo.

A versão final da lei contou com 46 artigos (só um a menos que a proposta original), agrupados em sete títulos (dois a mais que antes).

A primeira emenda importante consistiu na alteração do parágrafo único do art. 5º para prever que o conceito de violência doméstica e familiar aplica-se independentemente de orientação sexual. O propósito foi o de incluir sob o âmbito de proteção da lei as relações homoafetivas.

Em seguida, outra alteração importante se deu no art. 9º, que trata da assistência social às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Com a emenda, foram acrescentados três parágrafos para prever que o juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal (§ 1º); assegurará acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta, e manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses (§ 2º)⁹³; e que a assistência à mulher compreenderá o acesso aos benefícios decorrentes do desenvolvimento científico e tecnológico, incluindo os serviços de contracepção de emergência, a profilaxia das Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) e outros procedimentos médicos necessários e cabíveis nos casos de violência sexual (§ 3º).

No art. 11, sobre o atendimento à mulher a ser prestado pela autoridade policial, foi acrescentada expressamente a possibilidade de se efetuar a prisão em flagrante ou solicitar a prisão preventiva (pela inclusão do inciso I e renumeração dos demais).

⁹³ Como visto, medida equivalente constava da lei espanhola.

No art. 12, dentro dos procedimentos a serem adotados pela autoridade policial, foram reordenados os incisos, e incluiu-se o prazo máximo de 48 horas para a remissão do expediente ao Poder Judiciário com vistas à concessão das medidas protetivas de urgência.

No art. 13, já dentro do título sobre os procedimentos, suprimiu-se a possibilidade de aplicação da Lei n. 9.099/95.

A partir do art. 14, houve várias alterações. Em lugar de tratar da equipe de atendimento multidisciplinar, as emendas parlamentares inseriram os artigos já para tratar sobre os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, com competência cível e criminal. Foram, então, inseridas diversas novidades e aperfeiçoamentos. Incluiu-se a possibilidade de a ofendida optar pelo foro de competência: I - do seu domicílio ou de sua residência; II - do lugar do fato em que se baseou a demanda; ou III - do domicílio do agressor (art. 15 da LMP).

O art. 16 da versão final igualmente foi fruto de inovação das discussões parlamentares, estabelecendo que, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata a lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. A emenda original, mas essa parte não foi aprovada, ainda determinava que, à vista das circunstâncias do fato e da situação da vítima, o juiz poderá, justificadamente, ouvido o Ministério Público, rejeitar a renúncia à representação.

Também foi resultado de emenda parlamentar o acréscimo do art. 17, já comentado, vedando a aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de “penas de cesta básica” ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

O que o projeto original chamou de “medidas cautelares” a versão final denominou “medidas protetivas de urgência” tratadas logo a partir do art. 18. Aqui, verifica-se mais uma influência da lei espanhola, registrando-se a desnecessidade (do ponto de vista da racionalidade linguística) de chamar as tradicionais medidas cautelares como protetivas. A despeito disso, toda essa parte ficou muito melhor redigida após a intervenção do Parlamento, podendo-se afirmar que essa foi a sua maior contribuição: o aperfeiçoamento da ordenação dos dispositivos normativos.

Foram inseridas mais exemplos de medidas que o juiz poderia tomar em proteção à ofendida, como: I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III - determinar o

afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV - determinar a separação de corpos (art. 23). Isso, sem prejuízo das medidas para a proteção patrimonial do art. 24 da LMP, e que já estavam previstas no art. 28 da proposta original.

Os demais dispositivos da lei final aprovada conservam essencialmente as previsões comentadas no item 4.2, mudando-se mais a ordem de sua apresentação.

A parte mais modificada refere-se justamente à questão procedimental, com o claro afastamento da Lei n. 9.099/95 (pelo art. 41 da LMP já comentado) e tramitação perante JEs com competência cível e criminal cumuladas. Como se comentou, embora esse fosse um dos pleitos do movimento feminista, a proposta encaminhada originalmente pelo Poder Executivo expressamente determinava a aplicação da Lei n. 9.099/95. A alteração que resultou finalmente aprovada ocorreu quando da apresentação do substitutivo na Câmara dos Deputados. Contudo, como se verá mais adiante quando da argumentação pós-legislativa, esse não foi o último *round* do embate sobre o ponto.

Voltando aos comentários gerais sobre a lei aprovada, não é demais enfatizar a importância do art. 7º, que trouxe a definição de violência contra a mulher, dividindo-as nas seguintes: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

1) a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Classicamente: espancamento; atirar objetos, sacudir e apertar os braços; estrangulamento ou sufocamento; lesões com objetos cortantes ou perfurantes; ferimentos causados por queimaduras ou armas de fogo; tortura; etc.

2) a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. Ilustrativamente, nessa categoria se enquadram: proibição de sair de casa, estudar, viajar ou falar com amigos e parentes; tirar a liberdade de crença, de ir à igreja; etc.

3) a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja sua liberdade sexual, como a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método

contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. Em outras palavras: estupro, obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa (fetiches); etc.

4) a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. Por exemplo, através do seguinte: controlar o dinheiro; deixar de pagar a pensão alimentícia; distribuição de documentos pessoais; furto, extorsão ou dano; estelionato; privar de bens, valores ou recursos econômicos; causar danos intencionalmente a objetos da mulher ou dos quais ela goste, etc.

5) a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. Concretamente, isso pode acontecer pelas seguintes condutas: tentar manchar a reputação da mulher; emitir juízos morais sobre a conduta; fazer críticas mentirosas; expor a vida íntima; distorcer e omitir fatos para deixar a mulher em dúvida sobre a sua memória e sanidade; rebaixar a mulher por meio de xingamentos que incidem sobre a sua índole; desvalorizar a vítima pelo seu modo de vestir, etc. Assim como na violência psicológica, o objeto de proteção é a autoestima da vítima. A diferença em relação à violência moral é o envolvimento de terceiros, cujo conhecimento impacta na reputação ou reconhecimento social da vítima (leia-se, por parte de seu ciclo de convívio social). Os espaços virtuais (como *whatsapp*, *facebook*, *youtube*, etc.) têm oferecido uma nova dimensão dessas ofensas, que são divulgadas de forma massiva e instantânea.

Definitivamente, a LMP trouxe uma das definições mais completas de violência. Inclusive, é mais abrangente do que a lei espanhola, que tipificou apenas as modalidades física e psicológica (ainda que tenha incluído as agressões à liberdade sexual, as ameaças, as coações ou privações arbitrárias de liberdade, nos termos do *artículo 1, 3*). Na prática, como as formas de agressão são complexas e não costumam ocorrer de forma isolada, parece adequada a definição mais ampla. Embora as violências de tipo físico sejam as mais expressivas, é a violência psicológica que costuma preceder as lesões corporais e o homicídio. Na maioria dos casos, há um ciclo de violência que se inicia moralmente, passando do psicológico para o físico (e sexual dentro do casamento, das relações amorosas, etc.) até chegar às formas letais.

A doutrina, entretanto, censura veementemente a redação legislativa, tachando-a de extremamente aberta, vaga ou ampla, o que dificulta a aplicação na realidade das delegacias e

no processo judicial. Isso porque, de acordo com a explicação dada, a cultura jurídica que orienta os trabalhos nesses lugares é informada pelo princípio da legalidade estrita, conforme a lógica estabelecida no art. 1º do Código Penal: “*Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal*”. E, como já visto, o art. 7º da LMP não culmina sanções autônomas além das já determinadas nas tipificações penais. Além disso, persiste a forte tendência das autoridades em reduzir a violência à sua expressão meramente física, em um modelo “biomédico” de lesões. Em síntese, ignoram a dimensão psicológica já comentada e a dinâmica dos ciclos de violência e abuso referida.

Curiosamente, ao mesmo tempo em que a abrangência desse conceito de violência dificulta a prática, outra parte da doutrina critica que ainda não abarca todas as situações em que existe agressão contra a mulher. A Lei n. 11.340/2006 decidiu delimitar o conceito ao âmbito privado, às relações íntimas de afeto. Adotou a expressão “violência doméstica”, restringindo-se às relações pessoais, intrafamiliares, quando é sabido que as dinâmicas de relação de gênero igualmente afetam o âmbito público, porquanto basta a existência de relações de subordinação e dominação.

Nada obstante, ao menos não se observa incoerência, já que em nenhum momento sugeriu ou pretendeu acabar com “todas” as formas de violência.

Ainda quanto a esse ponto, recorde-se, por exemplo, a lei espanhola não restringiu seu âmbito de proteção, dirigindo-se a quaisquer formas de violência que, como manifestação da discriminação da situação de desigualdade e das relações de poder dos homens sobre as mulheres, é exercida por quem seja ou tenha sido cônjuge ou de quem esteja ou tenha estado ligado a elas por relações similares de afetividade, ainda que sem coabitação (*artículo 1, 1*).

Além disso, a própria Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher já comentada), em seu artigo 1º, fixou que se deve entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, *tanto no âmbito público como no privado*.

Ainda no que diz respeito à noção de violência, que parece ser o ponto central da discussão, pode-se dizer que a lei brasileira ainda foi tímida no que diz respeito à tipificação da violência psicológica. Definitivamente, ainda ficará pendente o grande desafio dessa questão. A violência psicológica consiste na agressão emocional, com as físicas condutas de ameaçar, rejeitar, humilhar ou discriminar a vítima. O agressor costuma sentir prazer em vê-la amedrontada, inferiorizada e diminuída, ao passo que esta dificilmente se dá conta das agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos. Além de

ser “invisível” (não deixar marcas físicas), essa violência tem comprovação sumamente difícil e costuma deixar dores permanentes.

A despeito da previsão da LMP, não foram previstos tipos penais que enquadrassem de forma específica essa modalidade de violência, que o Código Penal segue considerando apenas como uma circunstância agravante para majoração da pena (at. 61, inciso II, *f*)⁹⁴.

Com efeito, a LMP trouxe a interessante previsão que dissocia a violência doméstica da prática de tipos penais, pois, mesmo não se encaixando precisamente em uma das condutas descritas como crime, se a vítima comparece à autoridade policial, esta deve proceder ao registro da ocorrência, tomando as providências respectivas, nos termos dos arts. 11 e 12, inclusive as medidas protetivas de urgência.

Essa previsão, portanto, permite que a ofendida requeira diretamente na própria delegacia de polícia medidas como: separação de corpos, alimentos, vedação de o agressor aproximar-se dela e de seus familiares ou ser ele proibido de frequentar determinados lugares. Nesses casos de urgência, a autoridade policial deve encaminhar o expediente ao juiz no prazo de 48 horas (art. 12, inciso III).

Feitas essas considerações sobre a versão final da lei, passa-se a comentar a argumentação que se desenvolveu a partir de sua aprovação.

4.6. A aplicação da lei e a argumentação pós-legislativa

Do que foi dito até agora, pode-se perceber que a aprovação da LMP nos termos em que se deu se insere em um contexto de “pressões internacionais” (e de grupos feministas por trás dessa articulação), fazendo parte de um movimento mais amplo de “juridificação” paulatina dos direitos das mulheres, o que, contudo, vem acontecendo sem o necessário debate público mais amplo sobre o verdadeiro problema social em questão, qual seja, uma sociedade predominantemente marcada pelo patriarcado, cuja presença segue marcada inclusive nas estruturas encarregadas da aplicação da própria LMP, pois não há neutralidade das instituições em face das problemáticas de gênero e o próprio sistema jurídico está repleto de

⁹⁴ Eis o teor do dispositivo em comento: “*Art. 61. São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) II - ter o agente cometido o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica; (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)*”.

práticas sexistas⁹⁵. Sobre esse ponto, remetam-se aos comentários já feitos no capítulo anterior sobre a lei espanhola.

Como comentado anteriormente, a LMP traz grande carga simbólica, a começar pelo próprio nome que carrega, o que explica a inserção de alguns artigos, por assim dizer, dispensáveis (e até “atécnicos”), conforme já analisado. A força simbólica, no entanto, não é algo de todo negativo.

No prazo de um ano após a edição da LMP, em algumas capitais brasileiras, foi constatada uma diminuição do número de denúncias de violência doméstica. Um dos principais fatores para essa diminuição teve a ver com o “medo das consequências da nova lei”, embora também seja possível que tal medo partisse das próprias mulheres que, em lugar de denunciar, teriam passado a suportar as agressões caladas, ocultando a verdadeira cifra⁹⁶.

Indubitavelmente, o legado mais importante da lei consiste justamente nesse seu efeito simbólico consistente em que a lei conferiu visibilidade à violência doméstica, a qual costumava ficar restrita à esfera onde acontecia, como resultado de uma relação íntima, privada e familiar. Esse efeito igualmente teve consequências práticas, na medida em que, na qualidade de uma política pública de enfrentamento à violência contra a mulher, a LMP criou equipamentos e serviços públicos destinados ao atendimento de mulheres em situação de violência (delegacias, centros de atendimento, varas e núcleos especializados na defensoria pública e no Ministério Público), os quais não existiam antes da lei e continuam funcionando até o momento.

Ocorre que, logo após a sua edição, as novidades legislativas trazidas pela LMP, especialmente a inaplicabilidade do rito da Lei n. 9.099/95, encontrou grande resistência por parte dos operadores⁹⁷. Nesse momento, finalmente se passa a explicar a polêmica quanto à aplicação do art. 41 da LMP.

Conforme comentado anteriormente (no item 4.3), durante o processo de elaboração normativa, já dentro do Parlamento, uma emenda da relatora Deputada Federal Jandira

⁹⁵ O ponto vem sendo objeto de pesquisas. Por todos os estudos, confira-se: MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

⁹⁶ MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 148.

⁹⁷ O caso de um juiz de Sete Lagoas-MG ganhou repercussão nacional. Recusando-se a aplicar a LMP, alegou que a nova legislação era “*um conjunto de regras diabólicas*” e que “*a desgraça humana começou por causa da mulher*”. O Conselho Nacional de Justiça – CNJ condenou tal magistrado a uma penalidade administrativa (afastamento do cargo por dois anos), a qual não chegou a ser aplicada, tendo sido suspensa por determinação do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, após um mandado de segurança apresentado pela Associação dos Magistrados Mineiros (Amagis) como substituto processual. (Deferida liminar a juiz afastado por criticar Lei Maria da Penha. **Notícias STF**, 23/02/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=172727>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

Feghali (PCdoB-RJ) inseriu o dispositivo constante do art. 41 da LMP: “*Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.*”.

Como explicado na ocasião, ao afastar tal legislação, houve duas importantes consequências: em primeiro lugar, a consideração de que os crimes de lesão corporal leve e culposas no contexto da violência doméstica não seguem o rito dos crimes de menor potencial ofensivo e são de ação pública incondicionada à representação da vítima (diferentemente do tratamento dado pelo art. 88 da Lei n. 9.099/95, agora inaplicável); e, em segundo lugar, restou impossibilitado o uso dos instrumentos despenalizadores, notadamente a “transação penal” prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Na prática, deixou de existir a audiência de conciliação que até então era a praxe à luz da Lei n. 9.099/95. Em lugar de uma única audiência onde homem e mulher compareciam para tratar do conflito, as audiências foram separadas em dias distintos (sem a acareação).

Logo após a publicação da lei, a aplicação do art. 41 da LMP e a interpretação dessa norma com os demais dispositivos da lei em referência encontrou grande aversão nos meios institucionais e por parte dos profissionais envolvidos.

Os encarregados da prática judicial insistiam em seguir o rito da Lei n. 9.099/95, especialmente quanto à realização da audiência de conciliação e a exigibilidade de representação da ofendida para o prosseguimento da ação penal nos casos de lesões corporais leves e lesões culposas praticadas no contexto descrito pela LMP.

A discussão foi trasladada às instâncias superiores do Poder Judiciário. Tentando pacificar a jurisprudência, em 24/02/2010, o Superior Tribunal de Justiça – STJ consignou a interpretação, em sede de recurso especial julgado pela sistemática dos recursos repetitivos (Lei n. 11.672/2008), que se fazia necessária a representação da vítima de violência doméstica para a propositura de ação penal e que a inaplicabilidade da Lei n. 9.099/95 se restringiria aos institutos despenalizadores da lei em referência (como já comentado: composição civil,

transação penal e suspensão condicional do processo). A decisão foi tomada no REsp 1.097.042-DF⁹⁸.

Consequentemente, permaneceria aplicável o art. 88 da Lei n. 9.099/95 (“*Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.*”), de modo que, mesmo nos casos de violência doméstica e familiar, os crimes em questão seriam de ação pública condicionada.

Nesse julgamento, observou-se que entender a ação como incondicionada (independentemente de representação) resultaria subtrair da mulher ofendida o direito e o anseio de livremente se relacionar com quem quer que seja escolhido como parceiro, o que significaria negar-lhe tal liberdade de se relacionar, direito de que é titular, para tratá-la como se fosse submetida à vontade dos agentes do Estado.

Essa linha de entendimento encontra eco em parte da doutrina. É como pensa Maria Lúcia Karam:

Quando se insiste em acusar da prática de um crime e ameaçar com uma pena o parceiro da mulher contra sua vontade, está se subtraindo dela, formalmente ofendida, seu direito e seu anseio a livremente se relacionar com aquele parceiro por ela escolhido. Isto significa negar-lhe o direito à liberdade de que é titular para tratá-la como coisa fosse, submetida à vontade de agentes do Estado que, inferiorizando-a e vitimizando-a, pretendem saber o que seria melhor para ela, pretendendo punir o homem com quem ela quer se relacionar e sua escolha há de ser respeitada, pouco importando se o escolhido é, ou não, um ‘agressor’ – ou que, pelo menos, não deseja que seja punido.⁹⁹

Além disso, a argumentação constante do acórdão do STJ fundamenta que não há como prosseguir uma ação penal depois de o juiz ter obtido a reconciliação do casal ou ter homologado a separação com a definição de alimentos, partilha de bens, guarda e visitas. Assim, a possibilidade de trancamento de inquérito policial em muito facilitaria a composição

⁹⁸ RECURSO ESPECIAL REPETITIVO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PROCESSO PENAL. LEI MARIA DA PENHA. CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. IRRESIGNAÇÃO IMPROVIDA.

1. A ação penal nos crimes de lesão corporal leve cometidos em detrimento da mulher, no âmbito doméstico e familiar, é pública condicionada à representação da vítima.

2. O disposto no art. 41 da Lei 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei 9.099/95, restringe-se à exclusão do procedimento sumaríssimo e das medidas despenalizadoras.

3. Nos termos do art. 16 da Lei Maria da Penha, a retratação da ofendida somente poderá ser realizada perante o magistrado, o qual terá condições de aferir a real espontaneidade da manifestação apresentada.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1097042/DF, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Min. JORGE MUSSI, Terceira Seção, j. em 24/02/2010, DJe 21/05/2010)

⁹⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 48.

dos conflitos envolvendo as questões de Direito de Família, mais relevantes do que a imposição de pena criminal ao agressor.

Outra explicação apontada no acórdão foi a de que se no crime de estupro – cuja gravidade é indiscutivelmente maior, comparada ao crime de lesões corporais –, a ação é pública condicionada, sendo necessária a representação da vítima, mais razão ainda se tem para exigir a representação da mulher quanto à vontade de ver seu companheiro condenado criminalmente pelas lesões corporais.

Com o objetivo de pacificar definitivamente o que se entendia como correta aplicação da LMP, em 04/06/2010, a Procuradoria-Geral da República – PGR ingressou perante o Supremo Tribunal Federal – STF com ação direta de inconstitucionalidade contra artigos 12, inciso I, 16 e 41 da LMP, para declarar que a inaplicabilidade dos dispositivos da Lei n. 9.099/95 é conforme a Constituição.

O argumento da PGR foi no sentido de que exigir a representação da ofendida para o prosseguimento da persecução penal importa obstáculos à punição do agressor e isso se dá em inobservância do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, inciso I) e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI), à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, § 8º), bem como dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro¹⁰⁰.

Na petição inicial, após diversas citações doutrinárias, insistiu-se que condicionar a ação penal à representação da vítima é perpetuar, por ausência de resposta penal adequada, o quadro de violência física contra a mulher e, com isso, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sustentou a PGR que a única interpretação compatível com a Constituição é a de considerar o crime cometido contra a mulher como de ação penal pública incondicionada. Esse seria o fim, a *ratio*, da norma em tela.

Na manifestação apresentada pelo Senado Federal¹⁰¹, na qualidade de *defensor legis*¹⁰², foram legadas as preliminares de praxe, especialmente a inaplicabilidade de controle

¹⁰⁰ Todas as peças judiciais e manifestações estão disponíveis eletronicamente na página: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁰¹ A manifestação do Senado Federal foi elaborada pela Advogada do Senado Federal também autora da presente tese. Juntamente com as demais peças processuais, está disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=3897992>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

¹⁰² Trata-se do poder-dever do Poder Legislativo de prestar informações que subsidiam a decisão do relator no processo de controle concentrado de constitucionalidade. A previsão consta do art. 6º da Lei n. 9.868/99, que

concentrado de constitucionalidade para discutir opção de política criminal, a cargo exclusivamente dos legisladores infraconstitucionais, sem repercussão no texto da Constituição de 1988.

Quanto ao mérito, entre outros argumentos, defendeu-se que a ADI deveria ser julgada improcedente, já que simples embates teóricos não são capazes de ilidir a presunção de constitucionalidade do ato normativo questionado ou colocar em xeque a decisão legislativa, sob pena de violação do princípio da separação dos poderes, esculpido no art. 2º da Constituição da República de 1988.

No julgamento da ADI n. 4424, prevaleceu o voto pela procedência da ADI, atribuindo-se interpretação conforme a Constituição aos artigos questionados para assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher¹⁰³. A rigor, o julgamento foi procedente para declarar a inconstitucionalidade, não dos dispositivos da LMP, mas sim da interpretação corrente (leia-se, a consagrada pelo STJ e compartilhada por diversos juízes de primeira instância) que vinha considerando a ação como pública condicionada à representação, a despeito do art. 41 da lei.

Como fundamentos do voto do Ministro relator Marco Aurélio foram utilizados os dados estatísticos sobre a violência doméstica, que seriam alarmantes nas palavras do voto vencedor, além do que, na maioria dos casos em que perpetrada lesão corporal de natureza leve, a mulher acabaria por não representar ou por afastar (renunciar) a representação anteriormente formalizada. Aponta-se que as renúncias chegam a alcançar 90% dos casos. Explica-se que esse movimento da mulher costuma vir acompanhado da crença de que o agressor poderá evoluir, melhorar.

Ocorre que, pela já comentada dinâmica do ciclo de violência, o agente costuma voltar a reiterar seu comportamento ou agir de forma ainda mais agressiva, acreditando que o recuo diante da agressão pretérita voltará a se repetir, e com o agravante de que, em se tratando de dinâmicas privadas, a “invisibilidade social” aprofunda o problema. Afirmou, ainda, que nesse campo a reincidência é a regra, não a exceção.

dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: “Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.”.

¹⁰³ O acórdão restou assim ementado: AÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações. (ADI 4424, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012, publicado em 01/08/2014).

De acordo com a argumentação do Ministro Marco Aurélio, esse contexto justificaria a necessidade de intervenção estatal acerca do problema, baseada na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), na igualdade (CF, art. 5º, I) e na vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI). Nesse sentido, não seria razoável ou proporcional deixar a atuação estatal a critério da vítima e a proteção à mulher acabaria esvaziada. Isso se daria nas situações em que, verificada a agressão com lesão corporal leve, e, depois de acionada a autoridade policial, a vítima pudesse recuar e retratar-se em audiência especificamente designada com essa finalidade, fazendo-o antes de recebida a denúncia.

Resumidamente, entendeu-se condicionar a ação penal à representação da vítima no caso de lesões corporais leves no âmbito doméstico não se mostrava harmônico com a obrigação constitucional do Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações mantidas pelos integrantes da unidade familiar (art. 226, § 8º, da Constituição da República de 1988).

Nas palavras do voto do relator:

Deixar a cargo da mulher autora da representação a decisão sobre o início da persecução penal significa desconsiderar o temor, a pressão psicológica e econômica, as ameaças sofridas, bem como a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogação da situação de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implica relevar os graves impactos emocionais impostos pela violência de gênero à vítima, o que a impede de romper com o estado de submissão.¹⁰⁴

Ao fim, ainda se fez menção ao julgamento do Habeas Corpus n. 106.212/MS¹⁰⁵ no qual se declarou a constitucionalidade do art. 41 da LMP, o qual, como visto, afasta a aplicação da Lei n. 9.099/95 em relação aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista no tipo.

No julgamento, ficou derrotado o entendimento do Ministro Cezar Peluso, então presidente da corte, que durante o julgamento manifestou sua preocupação no sentido de que a decisão que se caminhava para tomar – de considerar os casos de violência doméstica e

¹⁰⁴ ADI 4424, voto do Min. Marco Aurélio, p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁰⁵ VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher. (HC 106212, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2011, publicado em 13/06/2011).

familiar como de ação pública incondicionada – representaria maior inibição para as notícias-crimes por parte da mulher. Afirmou seu receio de que “não houvesse volta”.

O argumento vencido foi bem sintetizado no Informativo STF n. 654:

(...) o legislador não poderia ter sido leviano ao estabelecer o caráter condicionado da ação penal. Afirmava que eventual existência de vício de vontade da mulher ofendida, ao proceder à retratação, não poderia ser tida como regra. Alertava para a possibilidade de intimidação da mulher em levar a notícia-crime, por saber que não poderia influir no andamento da ação penal, assim como para a excepcionalidade de os crimes serem noticiados por terceiros. Assinalava que a mera incondicionalidade da ação penal não constituiria impedimento à violência familiar, entretanto acirrar a possibilidade dessa violência, por meio de atitudes de represália contra a mulher. Asseverava, por fim, que a decisão do Tribunal estaria concentrada na situação da mulher — merecedora de proteção por parte do ordenamento jurídico —, mas se deveria compatibilizar esse valor com a manutenção da situação familiar, a envolver outros entes.¹⁰⁶

Rebatendo o ponto, o Ministro Marco Aurélio consignou que, se em 90% dos casos hoje submetidos à representação, há recuo por parte da mulher, a melhor maneira de protegê-la é acabando com a necessidade dessa representação. Afirmou que *“exigir da mulher a representação não é protegê-la, é deixá-la vulnerável”*.

No voto da Ministra Rosa Weber tal argumento foi endossado:

Oportuno referir aqui a pesquisa realizada entre janeiro e fevereiro de 2011 pelo Instituto Avon/Ipsos, e divulgada em janeiro de 2012 na Revista de Direitos Humanos, publicação da Associação dos Magistrados Brasileiros, que dá conta da existência de importantes fatores que se erigem como obstáculos a que as vítimas desse tipo de violência denunciem os seus agressores, tais como a dependência emocional e financeira – seja real ou imaginária –, e o medo da morte. E seria ilusório crer que esses mesmos fatores que, no momento de denunciar a agressão, comprimem a autonomia da vontade da mulher, desaparecerão no momento de representar contra o agressor.

Esses dados ilustram bem um contexto no qual exigir da mulher agredida que, a fim de se dar início à ação penal, represente contra aquele que sobre ela exerce forte coação moral e domínio psicológico, a colocando em situação de vulnerabilidade física e emocional, atenta contra a própria dignidade da pessoa humana – valor fundante da nossa República (art. 1º, III, da Carta Política).¹⁰⁷

Também o Ministro Ricardo Lewandowski ponderou que se estava diante do fenômeno jurídico e psicológico denominado vício da vontade: as mulheres não representariam criminalmente (ou retirariam a representação) contra o companheiro ou o

¹⁰⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo654.htm>>. Acesso em 25 ago. 2017.

¹⁰⁷ ADI 4424, voto da Min. Rosa Weber, pp. 8-9. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

marido em razão da permanente coação moral e física que sofrem, e que inibe a sua livre manifestação da vontade¹⁰⁸.

Prevaleceu, portanto, o entendimento no sentido de que, tal como vinha sendo interpretada pelos tribunais, a opção legislativa adotada implicava uma proteção incompleta e deficiente (e, portanto, inconstitucional) do direito fundamental das mulheres¹⁰⁹. As intervenções dos demais Ministros mais ou menos acompanharam essa linha.

Em conjunto com a ADI n. 4424, foi julgada a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC n. 19, apresentada pelo Presidente da República desde 19/12/2007, logo quando do surgimento das primeiras polêmicas quanto à aplicação, com o objetivo de ver declarados constitucionais os artigos 1º, 33 e 41, da LMP. O ajuizamento se deu em razão da controvérsia judicial relevante acerca do tema (nos termos do art. 14, III, da Lei n. 9.868/99¹¹⁰), tendo em conta o intenso debate instaurado sobre a constitucionalidade dos preceitos mencionados, mormente no que se refere aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, bem como à aplicação dos institutos contidos na Lei n. 9.099/95. A ADC foi julgada procedente, tendo-se afirmado que a LMP veio conferir efetividade ao art. 226, § 8º, da Constituição, e atenderia à ordem jurídico-constitucional.

Especificamente quanto ao art. 1º da LMP, ao criar mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição, tomando como base o gênero da vítima, conforme a ADC n. 18, o legislador teria utilizado meio adequado e necessário para fomentar o fim traçado pelo referido preceito constitucional.

Aduziu-se não ser desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação, visto que a mulher seria eminentemente vulnerável no tocante a constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Consignou-se

¹⁰⁸ ADI 4424, voto do Min. Ricardo Lewandowski, pp. 1-2. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6393143>>. Acesso em: 25 ago. 2017.

¹⁰⁹ O princípio da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) foi importado para o Brasil a partir das discussões no âmbito do Tribunal Constitucional Federal alemão, como uma nova face do princípio da proporcionalidade, ao lado da já bem sedimentada proibição de excesso (*Übermassverbot*). Muito resumidamente, as omissões do Estado em seu dever de proteção dos direitos fundamentais (ou as situações em que a proteção conferida não se dá de forma adequada e eficaz) estão evadas de inconstitucionalidade. Trata-se da ferramenta que permite medir se a prestação legislativa atende ao mínimo exigível a título de tutela imperiosa por parte do Estado (*Schutzgebot*). A proibição da insuficiência tem especial aplicação em matérias de Direito Penal, atribuindo ao Estado a obrigação de proteger os cidadãos contra as condutas delitivas de terceiros. Um exemplo seria punir um crime hediondo com um a pena muito branda, como um ano de detenção, em manifesta desproporcionalidade entre os bens jurídicos que requerem proteção. Tal princípio esteve presente pela primeira vez na decisão do tribunal alemão sobre a constitucionalidade da descriminalização do aborto nas primeiras doze semanas de gestação, ocorrido em 1992.

¹¹⁰ “Art. 14. A petição inicial indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido; II - o pedido, com suas especificações; III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória. (...)”.

que a norma seria corolário da incidência do princípio da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, no caso: assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à justiça.

Mesmo com a fixação do entendimento em questão por parte do STF, deve-se registrar que, na prática, ainda muitas autoridades procedem a uma aplicação *contra legem* dos dispositivos da Lei n. 9.099/95, tanto dos dispositivos despenalizadores, quanto no que diz respeito à renúncia ou retratação da representação.

Em levantamento informal a partir de conversas com promotores e juízes que atuam no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDFT, por exemplo, constatou-se a continuação de práticas que contrariam frontalmente a LMP: um dos meios mais utilizados para pôr fim aos casos de violência doméstica que lhe são levados é a proposta de suspensão condicional do processo (nos termos do art. 89, §§ 1º a 7º, da Lei n. 9.099/95).

De acordo com as explicações dadas por esses profissionais, esse instrumento de sustar o processo, ao fixar as condições a que fica sujeito o acusado pelo prazo de dois anos, funciona como “ameaça” presente e instrumento de barganha nas mãos das mulheres (no caso, daquelas que querem negociar suas relações de família, o que exige algum nível de consciência e esclarecimento). Além disso, do contrário, segundo os operadores que atuam junto ao TJDFT, o prosseguimento das causas costuma culminar em absolvição, especialmente por falta de provas.

Conforme relatam a partir de suas vivências práticas, a maioria das mulheres que denunciam seus agressores não desejam que eles sejam presos ou condenados: o objetivo é apenas o de uma intervenção que coíba a violência e, eventualmente, funcione como instâncias de mediação e conciliação, resolvendo o conflito e restabelecendo os laços familiares.

Ainda segundo esses profissionais, as estruturas não estão preparadas para lidar adequadamente com os conflitos de violência doméstica e falta o necessário suporte de assistentes sociais e psicólogos que fizessem o seguimento dos casos após as audiências. De fato, cada caso tem suas próprias dinâmicas, sendo necessárias definições e diagnósticos claros, aspectos esses que já escapam e muito das possibilidades do aparelho judicial e da administração pública em geral¹¹¹.

Esse “desrespeito” ao entendimento fixado no julgamento da ADI n. 4424 e da ADC n. 19 não ocorre apenas no Distrito Federal. Reclamações como a de n. 27.342, continuam

¹¹¹ Para tentar aperfeiçoar esse ponto, o Decreto n. 6.924, de 5 de agosto de 2009, instituiu o Prêmio de “Boas Práticas na Aplicação, Divulgação ou Implementação da Lei Maria da Penha”.

chegando ao STF¹¹². Essa brecha entre as previsões normativas (legais ou jurisprudenciais – recorde-se que está sendo descumprida a decisão da mais alta Corte no país) e as rotinas e práticas concretas também já começam a ser objeto de pesquisas empíricas¹¹³.

Com isso, dá-se por explicado o que pode ser considerado o ponto mais polêmico da LMP. Na sequência, passa-se aos comentários mais gerais sobre o que mais aconteceu após a sua publicação.

No que diz respeito à aplicação da LMP, mais especificamente à atuação policial e judiciária, a percepção da população pode ser reconstruída, a partir das opiniões:

Motivos	%
As leis não são eficientes para garantir a proteção	43
Os policiais consideram outros crimes mais importantes	23
Muitos policiais não acreditam na seriedade da denúncia	17
A maioria dos juízes e policiais é machista e muitas vezes até concorda com o agressor	12
Nenhum desses/ Não sabe/ Não respondeu	4

Fonte: SPM/ Instituto Avon/ IPSOS. Ano: 2011.

Esse quadro releva o panorama da efetividade da LMP¹¹⁴. Uma análise superficial indica que a LMP segue encontrando dificuldades para mudar a atitude da grande parte da sociedade. Ainda prevalece a visão de que os casos de violência contra a mulher são meras “querelas domésticas” (basta lembrar o dito popular de que “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”), quando não são simples atos de vingança ou implicância da vítima ou mesmo decorrentes da culpa exclusiva desta última, como se a mulher merecesse, por seu próprio comportamento, uma resposta violenta.

¹¹² Ministro determina que juiz do RJ siga decisão do STF sobre Lei Maria da Penha. **Notícias STF**, sexta-feira, 08 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=355053>>. Acesso em: 09 set. 2017.

¹¹³ Por exemplo: PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, jul-dez 2015, pp. 407-428. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n2/1808-2432-rdgv-11-2-0407.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2017; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et alli. Disputando a aplicação das leis: a constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos tribunais brasileiros. **Sur**, v. 9, n. 16, jun. 2012, pp. 65-89.

¹¹⁴ Estudos mais detalhados sobre a avaliação da LMP podem ser encontrados em: MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Nota Técnica n. 13**. Brasília, mar. 2015; CERQUEIRA, Daniel et alli. Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Texto para discussão n. 2048**. Brasília, mar. 2015. Este último trabalho é um estudo empírico bastante interessante, embora tenha se concentrado nas cifras dos homicídios de mulheres (contrastando com os homicídios ocorridos dentro das residências), e não esteja voltado especificamente para os dados sobre a violência não letal, que é o real objeto da LMP.

Uma interessante pesquisa de campo realizada entre 2004 e 2014, ou seja, abarcando o período anterior e posterior à edição da Lei Maria da Penha¹¹⁵, revela que a intervenção do sistema penal nos conflitos domésticos acaba gerando consequências negativas sobre as próprias mulheres vítimas e suas famílias e que, normalmente, as mulheres não almejam a persecução penal de seus agressores, mas apenas o rompimento do ciclo de violência e o restabelecimento da paz em suas vidas. E, ainda mais curioso, conclui que nem tudo na legislação anterior era ruim, assim como nem tudo na nova veio ao encontro dos interesses das mulheres em situação de violência.

Por outro lado, deve-se mencionar também algumas conclusões no sentido de que, após a introdução da LMP, foram observados efeitos estatísticos significativos de diminuição dos homicídios de mulheres associados à questão de gênero¹¹⁶. Essa linha considerou que a LMP afetou o comportamento de agressores e vítimas: a) aumentou do custo da pena para o agressor (por causa do art. 41 da LMP); b) aumentou o “empoderamento” e das condições de segurança para que a vítima pudesse denunciar (por força dos artigos 9º, 10, 11, 12 e 18 a 23 da LMP); e c) aperfeiçoou dos mecanismos jurisdicionais, de modo que o sistema de justiça criminal teria passado a atender de forma mais efetiva os casos envolvendo violência doméstica (graças aos arts. 12, 13, 14 e 25 a 34 da LMP). Mesmo assim, reconhece-se que ainda é longo o caminho em direção a diminuições mais substanciais e duradouras desses números. De acordo com o Instituto Maria da Penha, a cada dois segundos uma mulher é vítima de violência física ou verbal¹¹⁷.

A violência doméstica é a ponta do *iceberg* que é o conflito social que a ela subjaz, o “patriarcado” ainda predominante na sociedade, de modo que não pode ser tratada como uma matéria meramente criminal. É desigualdade com raízes históricas e culturais. Inclusive, esse tratamento de certo modo simplista desconsidera a íntima relação entre os envolvidos, seus sentimentos e suas necessidades.

Com efeito, na doutrina e na opinião pública, segue vivo o debate sobre se a estratégia que vem sendo adotada pelo movimento feminista para combater a violência de gênero – qual seja, a aprovação de leis especiais, com garantias formais – de fato é a melhor para o enfrentamento da questão.

¹¹⁵ Fruto do desenvolvimento da tese de doutorado “*Do Juizado Especial Criminal à Lei Maria da Penha: teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro*”, posteriormente publicada como: MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

¹¹⁶ CERQUEIRA, Daniel et alli. Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Texto para discussão n. 2048**. Brasília, mar. 2015, p. 34.

¹¹⁷ Número disponível em: <<http://www.relogiosdaviolencia.com.br>>. Acesso em: 07 de ago. 2017.

Por essas e outras razões, é fundamental seguir com a ação educativa – objeto de quase nenhuma atenção por parte da LMP –, com o objetivo de construir uma sociedade sem estereótipos que conduzem a relações desiguais entre homens e mulheres e a capacitação específica dos profissionais encarregados de lidar com esse tipo de violência. A igualdade de gênero somente pode surgir com a mudança de cultura, a partir do desenvolvimento de papéis sociais novos, nos quais a dignidade e o respeito mútuo sejam as diretrizes principais.

No entanto, como já comentado, a principal iniciativa para o combate da violência doméstica continua sendo as medidas administrativas concretas que permitam que a mulher possa exercer sua autonomia de modo efetivo, escapando da situação de violência, como são as casas de abrigo, por exemplo.

Seja como for, a despeito de suas fragilidades, o fato é que a LMP representou uma grande conquista e certamente a principal concretização do movimento feminista no Brasil, na medida em que efetivamente criou um mecanismo de proteção das mulheres contra a violência no âmbito do Direito. Tanto isso é algo positivo, que o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher considera a LMP uma das três melhores do mundo.

Ainda assim, mesmo sendo um marco importante, nota-se que a violência contra a mulher não diminuiu tanto quanto se esperava. Em 2012, foi criada uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI da Violência contra a Mulher, com o propósito de apurar as causas da violência contra a mulher no Brasil e revelar as carências e insuficiências do aparato institucional do Estado que poderiam estar ocasionando tal problema. Buscava-se responder à pergunta: por que, mesmo com a legislação robusta em defesa das mulheres, não se observava na prática a redução da violência, inclusive com o resultado morte? Por dois anos, a CPMI se deslocou pelo país colhendo dados e discutindo a questão.

Uma das conclusões a que chegou a CPMI foi a necessidade imediata de tipificar o feminicídio para melhorar a resposta jurídica à violência contra as mulheres¹¹⁸. De fato, a

¹¹⁸ O Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) criada com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência, está disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496481>>. Acesso em: 14 out. 2017. O documento, com mais de mil páginas, apresenta o trabalho da própria CPMI, a metodologia utilizada, expõe a situação atual do enfrentamento da violência contra as mulheres em cada um dos Estados da federação, relata o conteúdo das audiências públicas realizadas e de casos emblemáticos e, por fim, apresenta suas conclusões. Resumidamente, consignou-se que um dos principais problemas continua sendo a falta de recursos, especialmente nos níveis estadual e municipal, para a implementação integral da política de enfrentamento da violência contra a mulher. A CPMI sugeriu, então, a criação de um Fundo Nacional para realizar repasses nesse sentido. Outra recomendação foi a ciência, ao Supremo Tribunal Federal, que alguns estados continuam aplicando a suspensão condicional do processo nos casos envolvendo violência doméstica contra a mulher, em desobediência à decisão da Corte (na ADI n. 4424 e ADC n. 19). No mesmo sentido, propõe o encaminhamento do relatório final da CPMI ao Superior Tribunal de Justiça para que, no âmbito de sua competência, avalie a aplicação da Lei Maria da Penha

LMP, por não trazer previsões específicas sobre a morte como resultado da violência de gênero, deixava a abertura para que justamente a manifestação mais maligna dessa forma específica de violência ficasse sem tratamento jurídico diferenciado.

Nesse sentido, vê-se que os esforços institucionais para o adequado tratamento legislativo continuou mesmo após a aprovação da LMP. O advento da Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015, que alterou o Código Penal para prever o “Feminicídio” como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e incluí-lo no rol dos crimes hediondos, representa, de certa maneira, a continuação dos debates sobre a violência de gênero. Foi trazida à lume a questão considerada pelo movimento feminista como “invisível” até mesmo pela falta de uma denominação específica¹¹⁹.

Ainda quanto às atuações legislativas posteriores à LMP, a Lei n. 13.505, de 8 de novembro de 2017, acrescentou dispositivos à LMP para dispor sobre o direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar de ter atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado, preferencialmente, por servidores do sexo feminino. Como se vê, uma clara tentativa de reduzir a chamada “dupla vitimização”¹²⁰.

de modo a evitar interpretações sexistas e discriminatórias. O documento ainda faz uma série de outras recomendações dirigidas a diversos órgãos e instâncias (Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, governo federal, separando por Ministério, governos estaduais, polícias, etc.) para estimular o debate (como a revisão da definição de “crimes passionais”, por exemplo), a produção de dados e a formulação de políticas e ações de enfrentamento à violência contra as mulheres

¹¹⁹ Foram acrescentados o inciso VI ao § 2º e um § 2º-A ao art. 121 do Código Penal: “*Homicídio simples. Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. (...) Homicídio qualificado § 2º Se o homicídio é cometido: (...) VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino; (...) § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.*”. Além da qualificadora acima, adicionou-se a causa de aumento de pena com a inclusão do § 7º: “*§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado: I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.*”

¹²⁰ Nesse sentido, eis o teor do art. 10-A acrescentado à LMP: “*Art. 10-A. É direito da mulher em situação de violência doméstica e familiar o atendimento policial e pericial especializado, ininterrupto e prestado por servidores - preferencialmente do sexo feminino - previamente capacitados. § 1º A inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de violência doméstica, quando se tratar de crime contra a mulher, obedecerá às seguintes diretrizes: I - salvaguarda da integridade física, psíquica e emocional da depoente, considerada a sua condição peculiar de pessoa em situação de violência doméstica e familiar; II - garantia de que, em nenhuma hipótese, a mulher em situação de violência doméstica e familiar, familiares e testemunhas terão contato direto com investigados ou suspeitos e pessoas a eles relacionadas; III - não revitimização da depoente, evitando sucessivas inquirições sobre o mesmo fato nos âmbitos criminal, cível e administrativo, bem como questionamentos sobre a vida privada. § 2º Na inquirição de mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de testemunha de delitos de que trata esta Lei, adotar-se-á, preferencialmente, o seguinte procedimento: I - a inquirição será feita em recinto especialmente projetado para esse fim, o qual conterá os equipamentos próprios e adequados à idade da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou testemunha e ao tipo e à gravidade da violência sofrida; II - quando for o caso, a inquirição será intermediada por profissional especializado em violência doméstica e familiar designado pela autoridade judiciária ou policial; III - o depoimento será registrado em meio eletrônico ou magnético, devendo a gravação e a mídia integrar o inquérito.*”

A lei aprovada pelo Congresso Nacional ainda continha um dispositivo que acabou sendo vetado pelo Presidente da República (conforme a Mensagem n. 436, de 8 de novembro de 2017). Tratava-se da previsão no sentido de que, verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar ou de seus dependentes, a autoridade policial (preferencialmente da delegacia de proteção à mulher), poderia aplicar provisoriamente, até deliberação judicial, as medidas protetivas de urgência. Nessa situação, o juiz deveria ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, podendo manter ou rever as medidas protetivas aplicadas, ouvido o Ministério Público no mesmo prazo. Ainda se pretendia incluir (no que seria o art. 12-B da LMP) a possibilidade de, não sendo suficientes ou adequadas as medidas protetivas previstas no *caput*, a autoridade policial representar ao juiz pela aplicação de outras medidas protetivas ou pela decretação da prisão do agressor. Tais dispositivos, no entanto, foram vetados sob o argumento de que invadiam competências afetas ao Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que estabeleciam competências sem previsão constitucional aos policiais civis, violando os arts. 2º e 144, § 4º, da Constituição¹²¹. Curiosamente, registre-se que medida semelhante igualmente chegou a ser discutida durante a elaboração da LVG espanhola, mas tampouco chegou a ser aprovada, mais ou menos pelos mesmos argumentos.

No âmbito do Poder Executivo, outra iniciativa foi a instituição do Programa Mulher: Viver Sem Limites, pelo Decreto n. 8.086, de 30 de agosto de 2013, que envolveu a criação de Casas da Mulher Brasileira, espaços públicos onde se concentrarão os principais serviços especializados e multidisciplinares de atendimento às mulheres em situação de violência.

Além disso, a Advocacia-Geral da União – AGU tem ingressado com ações regressivas contra os agressores de esposas para reaver as despesas que o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS teve com o pagamento de benefícios previdenciários aos familiares das vítimas. As ações se voltam de forma especial para as pensões por morte, mas também podem alcançar auxílio-doença e aposentadorias por invalidez¹²². Naturalmente, tal medida pedagógica exige a condenação com trânsito em julgado.

¹²¹ Eis os dispositivos em comento: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; “Art. 144. (...) § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.”.

¹²² AGU quer ampliar número de ações regressivas contra assassinos de mulheres. **Consultor jurídico**, 09/10/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-09/agu-aco-es-regressivas-assassino-s-mulheres>>. Acesso em 10 out. 2017.

Em 22/11/2017, o Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado n. 600 de sua Súmula de Jurisprudência, com o seguinte teor: *“Para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima.”*¹²³.

Assim, como se vê, o tema do enfrentamento à violência contra as mulheres tem permanecido no radar da agenda.

Nada obstante, algumas das dificuldades de aplicação prática da legislação permanecem, pois a identificação de que o crime foi praticado contra a mulher por “razões da condição de sexo feminino” ainda depende muito da interpretação que as autoridades policiais e judiciárias deem ao caso. As autoridades ainda parecem estar um pouco perdidas sobre as ocasiões em que se deve aplicar a qualificadora¹²⁴. Além disso, ainda é muito subjetiva a consideração do que entra como “razão de condição de sexo feminino”, de modo que o “crime

¹²³ Outras teses do STJ sobre o tema podem ser encontradas em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?livre=@docn=000004090#TEMA4>>. Acesso em: 15 fev. 2018. Aqui são sintetizadas as principais: 1) A Lei n. 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, objetiva proteger a mulher da violência doméstica e familiar que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial, desde que o crime seja cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto; 2) A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual; 3) O sujeito passivo da violência doméstica objeto da Lei Maria da Penha é a mulher, já o sujeito ativo pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que fique caracterizado o vínculo de relação doméstica, familiar ou de afetividade, além da convivência, com ou sem coabitação; 4) A violência doméstica abrange qualquer relação íntima de afeto, dispensada a coabitação; 5) Para a aplicação da Lei n. 11.340/2006, há necessidade de demonstração da situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência da mulher, numa perspectiva de gênero; 6) A vulnerabilidade, hipossuficiência ou fragilidade da mulher têm-se como presumidas nas circunstâncias descritas na Lei n. 11.340/2006; 7) A agressão do namorado contra a namorada, mesmo cessado o relacionamento, mas que ocorra em decorrência dele, está inserida na hipótese do art. 5º, III, da Lei n. 11.340/06, caracterizando a violência doméstica; 8) Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher têm competência cumulativa para o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 14 da Lei n. 11.340/2006; 9) O descumprimento de medida protetiva de urgência não configura o crime de desobediência, em face da existência de outras sanções previstas no ordenamento jurídico para a hipótese; 10) Não é possível a aplicação dos princípios da insignificância e da bagatela imprópria nos delitos praticados com violência ou grave ameaça no âmbito das relações domésticas e familiares; 11) O crime de lesão corporal, ainda que leve ou culposo, praticado contra a mulher no âmbito das relações domésticas e familiares, deve ser processado mediante ação penal pública incondicionada; 12) É cabível a decretação de prisão preventiva para garantir a execução de medidas de urgência nas hipóteses em que o delito envolver violência doméstica; 13) Nos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima tem especial relevância para fundamentar o recebimento da denúncia ou a condenação, pois normalmente são cometidos sem testemunhas; 14) A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. (Súmula n. 536/STJ); 15) É inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos casos de violência doméstica, uma vez que não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP; 16) O habeas corpus não constitui meio idôneo para se pleitear a revogação de medidas protetivas previstas no art. 22 da Lei n. 11.340/2006 que não implicam constrangimento ao direito de ir e vir do paciente; e 17) A audiência de retratação prevista no art. 16 da Lei n. 11.340/06 apenas será designada no caso de manifestação expressa ou tácita da vítima e desde que ocorrida antes do recebimento da denúncia.

¹²⁴ Essa notícia revela um pouco o nível em que estão os debates: 'Nem todo assassinato de mulher por homem é feminicídio', diz delegado. **G1**, 27/08/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/nem-todo-assassinato-de-mulher-por-homem-e-femicidio-diz-delegado.ghtml>>. Acesso em: 25 set. 2017.

envolver violência doméstica e familiar” e o “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” são insuficientes ao propósito desejado.

Já caminhando para o fim da presente análise, vale pontuar uma última palavra sobre o movimento feminista que vem conduzindo o debate sobre a violência de gênero no Brasil.

O discurso feminista, talvez sem a consciência disso, inclusive, mesmo querendo “proteger as mulheres”, simplesmente vem dando sequência à longa tradição do Direito Penal que visualiza a mulher apenas como vítima, como sujeito passivo, merecedora de uma tutela especial, reforçando a punição dos homens^{125, 126, 127}.

¹²⁵ É curioso notar que uma das principais teclas repetidas pelo movimento feminista é justamente o de que o Direito é um instrumento para a dominação masculina. Especificamente o Direito Penal, por muito tempo atrelou a honestidade da mulher aos fatos relacionados com a sua sexualidade. No Código Penal brasileiro, por exemplo, a expressão “mulher honesta” constou do tipo penal do art. 215 (antigo posse sexual mediante fraude, atualmente violação sexual mediante fraude) e do agora revogado art. 219 (rapto violento ou mediante fraude) até o advento da Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005. As redações então vigentes eram: “*Art. 215. Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude: Pena - reclusão, de um a três anos*” e “*Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.*”). E, mesmo com a revogação desse conceito legal de “mulher honesta”, a ideia segue firmemente arraigada nos julgamentos dos crimes de estupro, por exemplo. Em outra demonstração da visão inferiorizada da mulher, recorde-se que o casamento da vítima com o autor do delito (nos crimes contra os costumes) figurou como causa de extinção da punibilidade desde o Código do Império. Em 1977, acrescentou-se que o casamento da vítima com terceiro igualmente extinguiu a punibilidade, desde que o crime não tivesse sido cometido com violência ou grave ameaça e a vítima não requeresse o prosseguimento da ação penal (art. 107, incisos VI e VII, revogados apenas com o advento da Lei n. 11.106/2005). No Direito Civil, tampouco era muito diferente a situação da mulher quanto à presunção de hipossuficiência, dadas as diversas restrições ao seu poder de decisão de forma autônoma, exigindo sempre a autorização do marido. Até 10 de janeiro de 2002, o então vigente Código Civil de 1916 (hoje revogado pelo de 2002) previa em seu art. 233, inciso II: “*O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.*”. Esse é somente um dos exemplos. Para mais detalhes sobre essa crítica, confira-se: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 48, jul./set. 2004, pp. 260-290; ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual** - Editora Jurídica Brasileira, 1999; MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

¹²⁶ Um movimento parecido foi o que aconteceu com a pressão para a criação do crime de assédio sexual, inserido no Código Penal, art. 216-A, introduzido pela Lei n. 10.224/2001. O tipo ficou assim redatado: “*Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.*”. Somente foi tipificada a versão sexual, o assédio moral – comportamentos abusivos por intermédio de gestos, palavras, atitudes, impingindo temor, sofrimento e deixando a vítima acuada no ambiente de trabalho, nas escolas e universidade – muito mais frequente, não foi tratado. Por um lado, o movimento feminista buscou a descriminalização de diversas condutas típicas, como o adultério (então previsto no art. 240 do Código Penal, revogado pela Lei n. 11.106/2005), os crimes relacionados à prostituição, a posse sexual mediante fraude, a sedução, o rapto, etc. Por outro, reforça iniciativas quanto ao endurecimento de penas e criação de novos tipos, com o intuito de proteger a mulher. Indubitavelmente, o afastamento da Lei n. 9.099/95 foi a principal forma de endurecer o discurso. Simbolicamente, representa uma vitória do movimento feminista. No entanto, acredita-se que ainda assim continua inferiorizando o gênero feminino.

¹²⁷ Mesmo tendo sido feito em 1993, parece permanecer verdadeiro o diagnóstico: “O movimento feminista apresenta enorme dificuldade em compreender as diversas circunstâncias que recortam a vida das mulheres. Essa dificuldade parece advir de um projeto político que pretende aglutinar todas as mulheres em função de uma característica muito abrangente – a opressão. Isso revela, inclusive, uma concepção simples demais sobre o significado e complexidade das relações de poder.” (GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993, p. 54).

Infelizmente, não se poderá desenvolver melhor o argumento, mas esse é um ponto pendente de reflexão por parte dos movimentos feministas e operadores do sistema em geral. Uma das perguntas ainda pendentes de resposta é saber o que mais o direito pode fazer (além de criminalizar condutas) para resolver o problema social da desigualdade e da violência entre homens e mulheres.

4.7. Conclusões parciais sobre a argumentação legislativa brasileira

Da análise do caso da LMP, é possível observar, por um lado, diversos elementos já apontados pela teoria sobre as peculiaridades da dinâmica da aprovação das leis e, por outro, detalhes a que se costuma dar pouca atenção ou mesmo receber um tratamento equivocado por parte da doutrina.

Curiosamente, um dos antecedentes da LMP, assim como observado em relação à sua equivalente espanhola, foi uma tentativa de assassinato cometida contra uma mulher. Ocorre que, diferentemente do caso estrangeiro, que alcançou grande repercussão imediatamente (isto é, logo após sua ocorrência houve alterações na lei penal), o crime cometido contra Maria da Penha Maia Fernandes somente veio ganhar notoriedade anos depois de que foi praticado, após a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH no sistema regional da Organização dos Estados Americanos – OEA (Relatório n. 54/01, no Caso 12.051). Foi a partir desse caso que a violência doméstica recebeu mais atenção e ganhou contornos políticos.

Tratando-se de um anteprojeto de lei elaborado por um consórcio de organizações de mulheres, nota-se um indicativo da abertura para a recepção das visões sobre a matéria, bem como denota a existência de um diálogo com os interessados na intervenção legislativa, em um movimento que começou ainda antes dos debates formais do projeto de lei. Como visto, algumas matérias têm especial potencial para gerar essa mobilização junto aos poderes públicos.

O caso da LMP de certa forma também confirma o que poderia ser chamado de uma tendência de concentração da atividade legislativa para o Poder Executivo. Como se viu, embora algumas fontes apontem que, no Brasil, esse fenômeno se mostre menos acentuado do que em outros países, como a Espanha, este estudo em concreto revelou justamente o contrário. É dizer, observa-se, sim o deslocamento da elaboração legislativa para o Executivo, no caso concreto, o que acaba gerando uma apropriação da agenda legislativa e convertendo o Parlamento em muito mais um legitimador de decisões tomadas em outras instâncias.

Inevitavelmente, os projetos de lei de iniciativa do Presidente da República têm um peso maior, costumam gozar de uma espécie de prioridade ou, no mínimo, prestígio dentro das Casas Legislativas, recebendo um tratamento, queira-se ou não, diferenciado internamente.

No que diz respeito à tramitação propriamente dita, observou-se a inexistência de quaisquer entraves ou oposições, o que se interpreta como sinal de que a discussão já estava, por assim dizer, “madura” para aprovação como lei. Já se havia formado um “consenso”, especialmente junto à opinião pública, quanto à necessidade da intervenção legislativa. Consequentemente, não houve obstruções ou discursos contrários, mesmo ante aspectos notavelmente polêmicos que algumas medidas implicavam.

O “consenso” em questão, no entanto, não significa que não existiam desacordos quanto a aspectos da lei: as próprias emendas parlamentares e, posteriormente, a resistência na aplicação demonstram tais divergências. A unanimidade, tudo leva a que crer, estaria na racionalidade política dos membros do Legislativo: nenhum parlamentar quer “ficar para trás” ou deixar de participar de uma medida legislativa dessa natureza.

Ainda o “consenso” no caso, não é demais observar que as concordâncias desse tipo não têm muito valor, pois não é indicativo de que a intervenção legislativa vá resolver os problemas sociais subjacentes, como de fato não resolveu de todo no caso concreto.

O aspecto simbólico também foi observado na LMP. Algumas emendas cuja inserção se deu por pressão dos grupos de mulheres tiveram o claro propósito de dar uma outra conotação à violência doméstica. Uma das pautas mais importantes do movimento feminista era acabar com a ideia de que se tratava de “um crime de menor potencial ofensivo” e que “bastava pagar o preço”. Como visto, disso não necessariamente resultaram disposições normativas estritamente técnicas, algumas podem até mesmo ser qualificadas como redundantes. O apelido com que ficou conhecida a lei (Maria da Penha) também guarda grande apelo simbólico, embora caiba o registro já explicado de que a LMP não seria aplicável ao próprio caso que lhe deu nome.

Ainda sobre o processo de emendamento, foi possível perceber que as sugestões parlamentares versaram sobre pontos extremamente controvertidos e sobre os quais a doutrina era igualmente dividida (ao que parece, nem mesmo dentro do movimento feminista havia consenso quanto àqueles pontos). Tanto, que foram justamente dessas emendas que decorreram as maiores polêmicas quando da argumentação travada no momento pós-legislativo, é dizer, quando da aplicação da lei pelo Poder Judiciário. Aqui, refere-se à discussão envolvendo a natureza da ação penal, se condicionada à representação ou não.

Por seu turno, sobre a argumentação dentro do Poder Legislativo, chamou a atenção a pouca argumentação propriamente dita entre os próprios parlamentares. Como visto, após a explanação da relatora na comissão da Câmara dos Deputados, as intervenções se limitaram a elogiar o trabalho de articulação para a construção da proposta substitutiva que se estava encaminhando para aprovação. Observou-se que o discurso da relatora foi eminentemente técnico, sem os apelos retóricos ou às emoções que um tema como o da violência doméstica e familiar contra a mulher poderia ensejar. Predominou mais a vontade de conferir celeridade à votação. Não houve quaisquer oposições ou obstruções. Não houve troca de ideias sobre as propostas de mérito, se eram adequadas aos fins a que se propunham ou não, se efetivamente as medidas do projeto de lei se prestariam a resolver o problema social em questão.

O momento de aplicação também revelou aspectos importantes sobre a atividade legislativa e que talvez tivessem merecido maior atenção quando do processo de elaboração normativa. Isso porque, logo após a edição da lei, houve grande resistência na adoção dos novos procedimentos previstos, a contenda foi levada ao STF, que acabou julgando procedente a ADI ajuizada para atribuir interpretação conforme a Constituição aos artigos impugnados no sentido de assentar a natureza incondicionada da ação penal nos casos de lesões corporais leves. Em outras palavras, a opção legislativa, em lugar de ter sido extraída do próprio texto da lei, somente foi consagrada após o julgamento pelo STF. Em outras palavras, a argumentação parlamentar usada para a inserção do art. 41 da LMP foi parca e insuficiente.

Do ponto estritamente jurídico, a discussão incidiu sobre a natureza da ação penal nos casos de lesão corporal leve e lesão culposa (tendo o STF fixado que são públicas incondicionadas à representação da vítima). Na decisão do tribunal constitucional, como comentado, tiveram peso os elementos da realidade sobre a violência doméstica: as mulheres nessa situação costumam não levar adiante os processos contra os agressores, sobretudo para minorar o próprio sofrimento. Em geral, as vítimas de violência doméstica e familiar não buscam a punição de seus maus-tratadores, mas simplesmente o fim das agressões a que estavam sendo submetidas.

Ocorre que, para além da perspectiva jurídica, a questão de fundo diz respeito também à autonomia individual e à capacidade de decisão da mulher em situação de violência familiar. Se por trás da liberdade de escolha o que existe é uma grande assimetria entre os indivíduos envolvidos (seja por recursos financeiros, seja por razões afetivas, seja por outras razões), está-se diante de um sério obstáculo às escolhas voluntárias. Nesse caso, de acordo com essa lógica de raciocínio, não é possível considerar a mulher como melhor intérprete de

seus próprios interesses. Por isso, a coerção “para garantir a dignidade das mulheres” deveria se sobrepor às interações e relações de poder e, assim, a decisão do STF no caso entraria para o que se poderia chamar de paternalismo libertário¹²⁸. Entretanto, em momento algum a justificativa da linha paternalista adotada foi objeto de discussão por parte do STF.

Ainda sobre o momento pós-legislativo, a observação dos números e acontecimentos fez ver que a aprovação da LMP, embora tenha representado um grande avanço, não ocasionou a esperada redução dos casos de violência doméstica contra as mulheres e não deteve o movimento feminista de seguir com sua pauta de reivindicações e insistir no aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos de proteção da mulher. Inclusive, também foi possível perceber que a LMP faz parte do que já pode ser chamado de estratégia dos movimentos feministas, que direcionam parcela significativa de suas atenções para as áreas jurídica e internacional (tipificação de condutas penais e aprovação de convenções com caráter de *soft law*).

Nesse sentido, como uma espécie de consequência (das falhas do próprio legislador e) do movimento que culminou na edição da LMP, aprovou-se a Lei n. 13.104, de 9 de março de 2015, tipificando o feminicídio. Alterou-se o Código Penal para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio e incluí-lo no rol dos crimes hediondos. Essa última lei, portanto, de certa maneira supre a omissão da LMP quanto aos crimes considerados mais graves contra a mulher.

A análise do caso da LMP revela que o resgate e a reconstrução da argumentação legislativa no Brasil esbarra em dificuldades significativas. Nos documentos que instruíram o processo legislativo (exposição de motivos, pareceres dos relatores, justificativas das emendas, notas taquigráficas das sessões de discussão e deliberação e mesmo nos áudios), foram encontradas poucas razões expressamente formalizadas no processado, nas exposições de motivos e nos diários das sessões. Tais razões (de por que era necessária uma nova lei)

¹²⁸ A explicação sobre o paternalismo jurídico pode ser encontrado em: ALEMANY, Macario. **El paternalismo jurídico**. Madrid: Iustel, 2006. Uma versão resumida da teoria está em: _____. El concepto y la justificación del paternalismo. *Doxa*, n. 28, 2005, pp. 265-303. Outro autor que fez a discussão mais famosa foi Cass R. Sunstein, que tem várias publicações sobre o ponto, algumas em coautoria: THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. **Nudge: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; SUNSTEIN, Cass R.. **Paternalismo libertário**. Barcelona: Herder, 2017. Aplicando a debate sobre o paternalismo libertário ou justificado especificamente à questão da violência contra a mulher, veja-se: BIROLI, Flávia. Autonomia, preferências e assimetria de recursos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 31, n. 90, pp. 39-57. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v31n90/0102-6909-rbcsoc-31-90-0039.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2017. Para essa autora, muito resumidamente, a liberdade de escolha no plano individual das mulheres afeta as relações sociais no plano coletivo. Uma mulher que “decide” permanecer em uma relação na qual é agredida, além de disparar a escalada de violência, gera uma espécie de confirmação do padrão machista e de impunidade dos agressores. Essa escolha, de acordo com a autora, contribui para a reprodução do contexto de opressão de outras mulheres.

tiveram que ser reconstruídas a partir das argumentações dos interessados na lei (no caso, o movimento feminista).

Isso, no entanto, não significou que não houve debate. Pelo contrário, para a construção da lei, houve uma série de reuniões, seminários e discussões. A questão é que essas informações exigem mais tempo (e trabalho) para serem levantadas. Em parte, esse é um dos grandes problemas da argumentação legislativa. Tanto que, acredita-se, a maioria dos juristas e práticos prefere simplesmente não procurar entender quais foram as razões dos legisladores e – simplesmente porque no juízo do próprio intérprete aquela opção não lhe pareceu a mais adequada – deixar de aplicá-la sem mais ou recorrendo a algum dos métodos ou argumentos interpretativos. Esse ponto será retomado mais adiante nesta tese.

Para além da argumentação legislativa, o caso analisado também evidenciou que, infelizmente, os debates, e sobretudo o discurso feminista na seara legislativa-penal, seguem tratando a mulher como (única) vítima, separando mulheres e homens – ainda que não seja para colocá-los (os homens) como os únicos responsáveis pela agressão¹²⁹ –, mas centrando as atenções exclusivamente para as mulheres, em lugar do desejável foco na igualdade entre os gêneros e, de forma ainda mais proveitosa, na existência de infraestruturas administrativas que permitam às mulheres o exercício de sua autonomia, como casas de abrigo e ajudas econômicas, pois essas sim são as melhores medidas de proteção.

Ao que parece, no âmbito dos movimentos feministas, ainda não está fortemente presente a ideia de que a mudança de valores, condutas e comportamentos decorre especialmente da desmitificação da consciência, do que resulta um trabalho de transformação

¹²⁹ Dentro do movimento feminista, há diversas correntes e, em se tratando da responsabilidade pela violência doméstica, como não poderia deixar de ser, o pensamento é bastante dividido. Considerando que a realidade criminológica expõe uma grande variedade de tipos de violência doméstica, parte do movimento feminista mais próximo da criminologia crítica entende que é necessário examinar o caso concreto, pois o fato de ser mulher não a converte automaticamente em vítima, assim como o fato de ser homem não o converte em agressor. Eventualmente a mulher pode ser responsável pelas agressões recebidas, o que pode ser revelado a partir do contraste de versões e de uma análise mais aprofundada das personalidades dos envolvidos. Isso porque haveria mulheres que também são violentas, que respondem agressivamente, o que poderia contribuir em parte para a escalada da violência na relação, em verdadeiras disputas para afirmação de quem é o “mais forte”. Da mesma forma, essa linha enfatiza os chamados fatores de risco: personalidade do agressor, abuso de drogas ou álcool, estrutura hierárquica da família, jovens, cidades, bairros, classes sociais, índices globais de violência. A questão, no entanto, é polêmica. Até podem existir situações assim, mas certamente são uma minoria. Para rebater essa vertente, no entanto, seria necessário um profundo conhecimento de psicologia, além de uma imersão mais contextual no cotidiano desse tipo de violência, o que também fugiria ao propósito da presente tese. Aqui, basta dizer que essa corrente existe e que de certa maneira parece correta a defesa de uma perspectiva mais particular para tratar cada caso. Ocorre que, ao ressaltar o valor do individual e do desviante no seio da violência contra a mulher, não se pode afastar do mais comum, do estrutural, do que deve ocupar o centro das atenções, ou seja, que na maioria dos casos os agressores são os homens e as vítimas, as mulheres, conforme estatisticamente comprovado. Com efeito, outra parte considerável do feminismo se manifesta no sentido de que o homem é sempre o único culpado, pois nada é capaz de justificar a violência praticada.

mais sutil e que passa também pelo discurso. É dizer, a simples criminalização não pode ser o único caminho. Isso, entretanto, não foi objeto de discussão em nenhum momento.

O caso da LMP permite ver, portanto, que a estratégia dos movimentos feministas em centrarem-se nas arenas jurídica e internacional é pelo menos incompleta. A mudança do sistema de crenças e costumes que acarreta a discriminação da mulheres, o qual é a base das condutas individuais violentas, não virá a partir do sistema jurídico de forma isolada, e menos ainda do Direito Penal. Há que se ter em mente que, na verdade, o funcionamento desse último representará sempre no fracasso das demais instâncias sociais de controle, proteção e punição.

4.8. Comparação entre a argumentação brasileira e a argumentação espanhola

Após a visão de como se deu a discussão legislativa sobre a violência de gênero nos dois países, é chegado o momento de analisar comparativamente as argumentações. Como não poderia deixar de ser, há pontos de convergência e aspectos nos quais os debates se diferenciaram bastante. Isso porque o Direito, assim como diversas outras manifestações culturais, tem uma vinculação direta com as realidades concretas nas quais se apresentou a necessidade de intervenção legislativa. Nessas realidades, outros condicionantes são também os valores predominantes na sociedade, o momento histórico, enfim, as circunstâncias, o contexto de modo geral. Assim, isso explica as diferenças entre as abordagens de um país e de outro.

No que diz respeito às convergências, um primeiro ponto de coincidência concerne à iniciativa legislativa: nos dois casos, os projetos foram de autoria do Poder Executivo. A diferença fica, entretanto, por conta da instituição de um grupo de estudos interministerial, no caso brasileiro, encarregado de discutir o anteprojeto de lei de autoria de um consórcio de organizações não-governamentais de mulheres, ou seja, houve bastante atuação por parte do movimento feminista. Na Espanha, a tirar pelos registros, embora mais discreta, essa participação também se fez presente.

Trata-se de algo natural e esperado, já que se vivem momentos de predominância do Poder Executivo na atividade legislativa. Quanto à atuação do movimento feminista, além de pressionar por melhorias nas políticas de mulheres, sua função é também ajudar a construir e conferir legitimidade às decisões nesse campo.

A segunda coincidência entre os dois casos se refere ao prazo de aprovação: tanto a LMP, quanto a LVG tiveram tramitação acelerada para os respectivos padrões ordinários e

não contaram com oposições, obstruções ou iniciativas análogas de boicote à aprovação da medida legislativa. Isso indica, como comentado oportunamente, muito mais a capacidade de articulação dos interessados na aprovação da legislação do que propriamente um “consenso” sobre a matéria.

A terceira coincidência, bastante importante, foi a aprovação pela unanimidade dos parlamentares. Isso revela o alto grau de consenso envolvido na matéria: a violência contra a mulher – mesmo sendo uma questão carregada de ideologia e sendo o feminismo um movimento tão segmentado, reunindo correntes quase inconciliáveis – não desperta “desacordo” (no mínimo, quanto à existência) ou ao menos nenhum parlamentar quis entrar para os registros históricos como contrário às medidas legislativas aprovadas para combater a violência contra a mulher.

Uma quarta coincidência consiste na presença de um elemento internacional invocado como razão para aprovação da lei. No exemplo espanhol, os compromissos firmados pelo Estado, bem como as diretrizes da União Europeia, foram expressamente mencionados na exposição de motivos e preâmbulo da LVG. No caso brasileiro, o elemento internacional foi a condenação do país no âmbito da OEA.

A quinta coincidência se encontra no momento pós-legislativo, em função da resistência dos operadores jurídicos em aplicar as disposições legislativas da LMP e LVG, especialmente os tipos penais agravados. No Brasil, além das mesmas questões de mérito (alegação de inconstitucionalidade dessas providências), a resistência também alcançou a questão procedimental, como visto, a aplicação da Lei n. 9.099/95, especialmente seus institutos despenalizadores da conciliação, transação penal, suspensão condicional do processo, etc.

Já sobre o conteúdo propriamente dito das duas leis analisadas, a sexta coincidência reside na delimitação do conceito de violência contra a mulher: em ambos os casos, optou-se por delimitar sua aplicação ao âmbito das relações afetivas (*de pareja*) e intrafamiliares (no caso espanhol, alcançando ascendentes e descendentes), perfazendo uma categoria rotulada como “violência doméstica”. Certamente isso se deve ao fato de que nessas relações intrafamiliares a violência se manifesta com maior intensidade, ou, se se prefere, nessas existe um juízo de maior reprovabilidade à violência praticada nesse contexto, por retirar da mulher a rede primordial de suporte emocional. Como já se teve oportunidade de comentar, esse ponto tradicionalmente gera diversas críticas, pois a violência contra a mulher pode ser cometida também em outros contextos (na rua, trabalho, escola, universidade, etc.), e não somente por parte de quem seja ou tenha sido seu companheiro afetivo.

Nem tudo, no entanto, são coincidências.

A Espanha passou por um lento processo de aprendizagem institucional até a aprovação da LVG. Houve uma série de pequenos aperfeiçoamentos legislativos ao longo do tempo, tentando corrigir o que aparecia como tratamento legal inadequado ao problema social a ser enfrentado. A LVG foi a oitava lei desde a primeira vez que o Parlamento espanhol se debruçou sobre o tema.

Já no Brasil, não houve antecedentes legislativos à LMP, que foi a primeira a tratar da questão, sem que tivesse sido precedida de outras leis ou tentativas legislativas prévias que se voltassem para resolver a questão. É certo, contudo, que a lei brasileira, de 07 de agosto de 2006, foi bastante inspirada pela homóloga espanhola, publicada em 28 de dezembro de 2004, aproveitando o vácuo da evolução legislativa estrangeira.

Essa primeira diferença, portanto, se relaciona ao nascimento da lei. Na Espanha, a LVG nasceu como evolução de outras normas já existentes anteriormente. No Brasil, diferentemente, não havia lei anterior sobre o tema, muito embora a normatização de outra lei (sem correlação com o tema da violência contra a mulher) tenha agudizado o discurso do movimento feminista. Como comentado, o novo procedimento dos Juizados Especiais foi tomado pelo movimento feminista como uma “autorização” para a prática de violência contra a mulher “bastando que se pagasse o preço”. De todas maneiras, embora tenha existido essa imbróglio legal prévio, o determinante mesmo foi a condenação brasileira junto à OEA.

Ainda quanto ao nascimento das duas leis, considerando a radical mudança de enfoque da LVG, em razão da aberta incorporação da ideologia de gênero, pode-se dizer que sua origem também adveio de uma política partidária (uma promessa de campanha). Como visto, a posição do Partido Socialista exerceu marcada influência para a aprovação da LVG em seus respectivos termos. No Brasil, a questão partidária parece não ter tido um peso muito relevante na aprovação da LMP.

A terceira diferença que se pode apontar entre as duas experiências diz respeito às discussões legislativas, notadamente quanto aos pontos que se tornaram mais polêmicos. As maiores polêmicas do debate legislativo espanhol se voltaram para a constitucionalidade das medidas penais que estabeleceram penas agravadas para os casos de violência em que o homem era o sujeito ativo, e a mulher, o passivo. Essa discussão esteve presente, além do momento governamental, nas audiências públicas (*comparencias*), devidamente registradas nas atas e diários. Depois já não tenha foi possível captá-la na *Ponencia*, cujas discussões se travam a portas fechadas.

As controvérsias quanto a esse ponto – qual seja, o diferente tratamento entre homens e mulheres –, como visto, foi o que também ensejou a emenda parlamentar que acrescentou a proteção às “pessoas especialmente vulneráveis” que convivam com o autor como sujeito passivo. Como se comentou, a emenda implicou em uma perda de coerência da lei, mas a medida foi necessária para alcançar o acordo quanto a tal discriminação “positiva” e prevenir as alegações de violação ao princípio da igualdade entre homens e mulheres. No momento pós-legislativo, esse igualmente foi o ponto controvertido na Espanha, tendo a discussão alcançado o Tribunal Constitucional, o qual endossou a escolha legislativa.

Aqui já se tem a quarta diferença, na medida em que, no Brasil, embora igualmente tenha sido introduzida tal diferença de tratamento no âmbito penal, a questão mais discutida no momento pós-legislativo foi a questão procedimental, como se viu, a constitucionalidade da escolha legislativa em converter as ações penais em incondicionadas à representação da vítima, afastando o rito da Lei n. 9.099/95. As alegações de inconstitucionalidade também alcançaram os dispositivos penais, à luz do princípio da igualdade, mas esse ponto foi discutido com mais suavidade, por assim dizer, conforme oportunamente analisado.

Uma quinta diferença, relacionada com a anterior, recai sobre a amplitude da definição da vítima da violência que se deseja ver combatida pela lei, ou seja, pelo sujeito passivo. Como se acaba de ver, na Espanha, estendeu-se a proteção às “pessoas especialmente vulneráveis” que convivam com o autor, além das mulheres. Já no Brasil, a LMP não ampliou a noção de violência contra a mulher dessa maneira e trouxe apenas essa como único sujeito passivo.

Avançando, a sexta diferença foi o reconhecimento, no caso espanhol, da perspectiva “de gênero”, após o longo período em que optou por construções linguísticas neutras, o que, para os setores mais críticos do feminismo, ocultava a verdadeira natureza da violência em questão. Já no Brasil, como visto, essa discussão sobre “as categorias de gênero” simplesmente não foi travada, adotou-se a expressão “violência doméstica”, pelo que tampouco se pode falar em uma guinada do discurso legislativo.

A sétima diferença se relaciona às demais políticas voltadas para as mulheres. Como visto, no Brasil, as discussões legislativas até tiveram sequência, redundando na aprovação de uma lei com penas agravadas para o chamado “feminicídio” e, administrativamente, na criação das Casas da Mulher brasileira. Por seu turno, na Espanha, a evolução das discussões legislativas se deu de forma muito mais intensa, mais tendentes à igualdade da mulher.

Em outras palavras, a Espanha se esforçou em conferir tratamento legislativo às demais manifestações de violência contra a mulher, especialmente com a aprovação da *Ley*

Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esse esforço é claramente mais tímido no caso do Brasil. As leis aprovadas posteriormente seguiram mais ou menos a mesma tendência da LMP, sem avançar para outros contextos em prol de mais igualdade entre homens e mulheres.

Em compensação, já como oitava diferença, uma das nítidas vantagens da lei brasileira está na definição muito mais abrangente da violência contra a mulher. Pode-se até discutir se os contornos dados foram os mais corretos ou não, se eventualmente podem ser melhorados, mas parece fora de questão que a menor amplitude para interpretações judiciais (muitas vezes subjetivas) é um modelo que protege mais a mulher, ao menos teoricamente, já que a prática pode revelar outros fatores culturais com potencial para interferir nos seus direitos, como já se comentou a respeito das diferentes perspectivas entre os legisladores e os aplicadores, a separação entre *law in books* e *law in action*. Esse é um ponto em relação ao qual a lei espanhola ficou aquém da equivalente brasileira.

A nona diferença diz respeito à tramitação legislativa. Embora se tenha apontado que em ambos casos se observou um processo extremamente rápido de aprovação para os respectivos padrões institucionais, deve-se registrar que é notável a diferença dos debates no cenário espanhol, com mais intensidade e relativa melhor qualidade em relação ao brasileiro. Os indicadores que levam a essa conclusão são, não somente o tempo de duração, mas a quantidade de emendas apresentadas e o conteúdo dos discursos e das intervenções parlamentares, tanto nas comissões, quanto no plenário. Como visto, no entanto, isso não necessariamente se traduz em “qualidade”. Mesmo na Espanha, houve muitas falas por vezes vazias, não houve um diálogo real, uns não se reportaram aos outros e as intervenções também estiveram repletas de falácias.

No Brasil, como se viu, se por um lado não foi desperdiçado tanto tempo em sessões de discussão, nem nas comissões, nem no plenário; por outro, não se fez muito mais que agradecer o trabalho dos envolvidos, sem quase entrar nos aspectos técnicos. Já na Espanha ao menos se aprofunda um pouco mais, embora não muito, sem debater propriamente o cerne da questão, a raiz do problema.

Uma característica condicionou ambos debates: a imposição de uma certa vitimização à mulher, sua identificação como ser vulnerável. No entanto, o Brasil, diferentemente da Espanha, não abraçou tanto a chamada “ideologia de gênero”. Como visto, o conceito de violência “de gênero” decorre da relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher como consequência, não da natureza, mas dos processos de socialização que foram dividindo diferentes papéis aos homens e mulheres, os quais foram

consolidados e reforçados ao longo da história pelo patriarcado e pela ideologia, que induziram relações de violência entre os sexos. A violência de gênero seria o resultado sobretudo das situações em que as partes envolvidas em uma relação deixam de cumprir, à luz do juízo do outro, com os papéis e funções esperados. Naturalmente, as mulheres são o alvo principal.

Diante de tudo o que foi exposto, é possível perceber que o problema da violência contra a mulher precisa de muito mais do que o Direito Penal para ser resolvido: a mudança tem que se dar no próprio meio cultural, o que somente pode ser alcançado com medidas educativas cujos efeitos somente podem ser colhidos no longo prazo. É fato que o fomento à autonomia das mulheres precisa contar com um sistema punitivo que funcione. No entanto, por mais que se aumentem as penas e se estabeleçam formas mais severas do respectivo cumprimento, o simples fato de ser mulher continuará sendo um motivo de risco para muitas mulheres.

A comparação das duas discussões permite ver, além dos problemas na argumentação e tramitação legislativa já apontados, a gravidade e persistência da questão de fundo. A propósito, parece precisa a frase de Malala Yousafzai, ganhadora do prêmio Nobel da paz em 2014, no discurso proferido na Organização das Nações Unidas, em 12 de Julho de 2013: *“Não podemos todos ser bem-sucedidos quando metade de nós é impedida de o fazer”*¹³⁰.

Com isso, pode-se dar por concluída a análise das argumentações legislativas sobre a violência contra a mulher, na Espanha e no Brasil, escolhidas como exemplos para problematizar diversos aspectos importantes sobre o desenvolvimento da atividade legislativa na prática, conforme se foi pincelando ao longo do capítulo anterior e deste.

Na sequência, aproveitando as exposições eminentemente teóricas da primeira parte, juntamente com alguns dos detalhes da prática revelados nesta segunda parte, retoma-se outra vez o foco nos afazeres do Parlamento propriamente dito. Passa-se, então, a tecer algumas considerações sobre a teoria da legislação e da argumentação legislativa, somando as reflexões teóricas e as de ordem prática, as quais muitas vezes contradizem certas ideias defendidas por alguns autores. Trata-se de uma espécie de balanço, com comentários sobre as críticas, os vazios teóricos ainda existentes, os desafios, bem como as perspectivas para

¹³⁰ No original em inglês: *“We cannot all succeed when half of us are held back.”*. Na versão traduzida ao espanhol: *“No podemos avanzar si la mitad de la humanidad va por detrás.”*. Disponível em: <<https://gulbenkian.pt/os-direitos-humanos-e-os-desafios-do-seculo-xxi/manual/malala-yousafzai/>>. Acesso em: 30 dez. 2017.

avanço dos estudos, as principais linhas que ainda precisam ser desenvolvidas para o aperfeiçoamento de uma teoria completa da argumentação legislativa.

PARTE III. TEORIA DA LEGISLAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO LEGISLATIVA: LIMITES E POSSIBILIDADES TEÓRICAS E PRÁTICAS

Capítulo 5. Tarefas e desafios teóricos da teoria da legislação e da argumentação legislativa

Na Parte I da tese, fez-se uma ampla exposição do cenário doutrinário sobre as teorias da legislação e da argumentação legislativa na Espanha (capítulo 1) e no Brasil (capítulo 2), apresentando os aspectos dos autores mais destacados que se dedicaram aos estudos do tema. Já naquele momento, foi possível perceber que as perspectivas teóricas expostas, por mais acertadas e sofisticadas que pudessem se apresentar, deixavam alguns vazios teóricos ou desconsideravam alguns aspectos importantes da realidade e das práticas legislativas.

Outro detalhe marcante – comum a praticamente todas as abordagens encontradas – foi a falta de atenção para com o que acontece dentro do Poder Legislativo e, sobretudo, a ausência de reflexão sobre pautas de ação para incrementar racionalidade aos afazeres dentro do próprio Parlamento. Tal déficit de operacionalidade teórica pode ser atribuído aos respectivos vieses das perspectivas estudadas, umas tendentes a um ceticismo quanto às capacidades legislativas, outras a um excessivo idealismo.

Na Parte II da tese, procedeu-se à análise de dois estudos de casos envolvendo as leis sobre a violência contra a mulher, na Espanha (capítulo 3) e no Brasil (capítulo 4), mostrando os momentos pré-legislativo, legislativo propriamente dito e os acontecimentos após a aprovação das leis. O objetivo principal de tais reconstruções das argumentações levadas a cabo para a aprovação das mencionadas leis, como se viu, era o de revelar, além dos argumentos utilizados, alguns problemas que ocorrem concretamente durante o processo de elaboração das leis – usando os exemplos reais das mencionadas leis –, em relação às quais a teoria e a doutrina não oferecem um tratamento adequado.

Especialmente a partir dos estudos da Parte II, outros aspectos relacionados às práticas legislativas foram se tornando mais claros, especialmente os elementos contextuais que imprimem uma série de constrangimentos bastante difíceis de superar em prol de maior racionalidade das discussões no Parlamento.

Foi possível ver, por exemplo, que os debates já chegam “muito condicionados” e que o emendamento parlamentar, mesmo tendo sido exercido nos dois casos estudados, teve um espaço relativamente reduzido de atuação. A “limitação” se refere especialmente à

aplicabilidade das alterações parlamentares no momento da aplicação do direito, ocasião em que se observou resistência no meio judicial, especialmente nos primeiros momentos após a aprovação da lei. Com o passar do tempo, como se viu, a “oposição judicial” foi diminuindo.

Sobretudo a partir da comparação das discussões nos dois países, pôde-se entrever que as práticas brasileiras em matéria de elaboração das leis ainda deixam muito a desejar. Com base no caso estudado, por exemplo, foi possível detectar problemas graves no que diz respeito à documentação da argumentação legislativa (a pesquisa teve que se socorrer aos áudios das comissões e plenário, pois as notas taquigráficas e os diários das sessões não registraram detalhadamente os debates), à demora da tramitação (o projeto de lei brasileiro demorou um ano mais que o correspondente espanhol), à sobreposição de expedientes (o projeto brasileiro passou por diversas comissões sem que disso tivesse havido muito mais proveito do que o mero retrabalho), entre outras considerações.

Tendo em vista tais panoramas teórico e “prático”, e com especial foco para a realidade brasileira, a presente Parte III procede à reflexão sobre algumas das insuficiências das teorias da legislação e da argumentação legislativa. No presente Capítulo 5, serão apresentados alguns temas pendentes para que sejam aprofundados no futuro por parte das perspectivas teóricas interessadas nos temas legislativos, bem como seus respectivos limites. Trata-se de uma espécie de lista não exaustiva de tarefas que, acredita-se, deveriam ser cumpridas pelas teorias da legislação e da argumentação legislativa para que se tornem mais completas.

Com isso, enfatiza-se que o propósito nesta oportunidade não é o de exaurir tais assuntos – sequer o de aproximar-se disso –, mas sim o de registrar algumas intuições e impressões que, na ótica do presente trabalho, pareceriam merecer maior atenção e desenvolvimento teórico. A ideia é mais elaborar um mapa de questões em aberto, inclusive com algo de provocação, até mesmo como forma de convidar mais interessados a se debruçar sobre as questões.

Sem prejuízo, tendo em vista que uma das principais constatações da pesquisa aponta para uma clara insuficiência das abordagens teóricas envolvendo as teorias da legislação e da argumentação legislativa, a pesquisa não poderia se furtar de ao menos indicar algumas das direções que, segundo se acredita neste trabalho, a construção de uma teoria alternativa, mais completa e global, deveria abranger, sem deixar de incorporar os avanços das teorias anteriores.

O presente capítulo, portanto, trata de questões exclusivamente teóricas.

O Capítulo seguinte (o 6), por seu turno, será reservado às questões mais práticas. Dado o compromisso pragmático anunciado na introdução, nesse último capítulo da tese serão formuladas sugestões e propostas de medidas concretas a serem adotadas, voltadas especificamente para o Parlamento (pensou-se mais no brasileiro, mas eventualmente pode haver proveito para outros países).

Nesse sexto e último capítulo, basicamente, serão sugeridas a implementação de algumas rotinas, reformas institucionais pontuais e pequenas modificações na tramitação dos projetos de lei, tendentes à alcançar o ideal normativo de mais racionalidade na argumentação legislativa e na legislação, especialmente o seu produto final, a lei.

5.1. Noções úteis à teoria da legislação e da argumentação legislativa

Antes de ingressar propriamente na exposição dos vazios teóricos detectados e, depois, nos limites das teorias da legislação e da argumentação legislativa, convém repassar e sintetizar alguns pontos chaves que a pesquisa permitiu revelar. É o que se faz na presente seção.

A partir dos levantamentos bibliográficos dos autores trabalhados na Parte I desta tese, viu-se que as teorias da legislação são um campo muito amplo, cujo objeto principal de atenção é o de melhorar as formas de fazer as leis, para o que existem vários caminhos, ou seja, esse objetivo pode ser alcançado de diversas maneiras.

Pode-se dizer que, ao longo do tempo, as teorias da legislação foram se especializando e, nesse sentido, surgiram outras ferramentas além da mais tradicionalmente lembrada técnica legislativa. Esta última, não custa recordar, reúne o conjunto de diretrizes voltadas para melhorar o texto do projeto de lei, a redação do rascunho objeto da discussão, tanto do ponto de vista gramatical, como uniformizando o vocabulário, quanto em relação ao ordenamento jurídico. É dizer, a técnica legislativa trabalha os níveis de racionalidade R1 (linguística) e R2 (jurídico-sistemática) da teoria de Manuel Atienza.

Além do ramo da técnica legislativa, as outras ferramentas da teoria da legislação estudadas foram a metódica legislativa e a avaliação legislativa. A primeira se volta para o momento anterior à redação do projeto de lei, qual seja, o momento da decisão legislativa. Consiste essencialmente na chamada técnica *Checklist*, com uma série de perguntas fundamentais a serem respondidas com vistas a esclarecer os condicionantes da legislação (qual é o problema social a resolver, suas causas, de qual (quais) maneira(s) é viável atuar,

etc.) e esclarecer os contornos essenciais a serem considerados quando da elaboração do texto propriamente dito.

Como visto na Parte I, são exemplos de perguntas da técnica *Checklist*: 1) É preciso aprovar uma lei? 2) O que acontece se nada for feito? 3) Qual é o objetivo pretendido? 4) Quais são as alternativas disponíveis? 5) Quais são as causas do problema ou situação que se pretende resolver? 6) Quais são os instrumentos que permitem conseguir, totalmente ou com limitações justificadas, o objetivo desejado? 7) Quais são os custos? Etc.

Tão importante quanto (ou talvez até mais do que) a técnica legislativa, a metódica legislativa corresponde a uma metodologia para o processo de tomada de decisões normativas, que tanto uniformiza o passo a passo de elaboração dos projetos de leis (lembrando os aspectos que devem sempre ser observados), quanto efetivamente auxilia (no mérito, de forma substancial, com as respostas necessárias) à tomada de decisão legislativa, fazendo com que nada escape à consideração.

Algumas das perguntas da metódica se voltam para saber quais são as consequências da medida legislativa, em uma espécie de antecipação dos efeitos da legislação, o que a aproxima da terceira grande ferramenta das teorias da legislação, qual seja, a avaliação legislativa, a qual pode ser *ex ante* (ou prospectiva) ou *ex post* (ou retrospectiva).

A primeira modalidade de avaliação legislativa tem um caráter mais especulativo (de elucubração, de conjecturação sobre um futuro sempre incerto), ao passo que a segunda, ao estar calcada na realidade empírica, oferece considerações mais conclusivas sobre a eficácia, efetividade e eficiência da legislação, inclusive para subsidiar eventuais modificações legislativas futuras, para ajustar o que seja necessário.

A avaliação legislativa, sobretudo a posterior à aprovação, tem adquirido uma importância crescente no âmbito da atividade legislativa, chegando a ser elevada à categoria de verdadeiro dever pós-legislativo dos legisladores – conforme a tendência do sistema alemão –, evidenciando que, definitivamente, os trabalhos legislativos não terminam com a publicação da lei no diário oficial.

Com efeito, a pesquisa também permitiu observar que as teorias da legislação e da argumentação jurídica estiveram, de alguma maneira, apartadas uma da outra, por muito tempo.

Diante dessa constatação, esta tese vislumbrou que tal separação não condiz com o projeto de construir um Estado Constitucional completo, no qual as razões façam parte de todas as instâncias, inclusive das decisões políticas e legislativas.

Nesse sentido, acredita-se que a perspectiva argumentativa tem capacidade para promover uma grande renovação do interesse nessa etapa da produção do direito e, o mais importante, tem muito a colaborar para melhorar a forma de fazer as leis.

Se essa crença está correta, então seria o fomento da cultura argumentativa, juntamente com as já mencionadas ferramentas de técnica, metódica e avaliação legislativas – vistas na Parte I –, que serão capazes de promover o giro argumentativo dentro dos Parlamentos e dar o impulso no sentido de resgatar a dignidade da legislação.

Por mais que, como visto, muitas vezes a qualidade da argumentação legislativa envolvida não se transfira para o seu produto final (a lei), uma teoria da argumentação no âmbito legislativo deve ter o objetivo de fomentar para que ambos (as leis e os seus argumentos) andem o mais próximo possível. Isso, até mesmo por uma questão lógica: a racionalidade global da lei não pode ir tão distante da argumentação, sobretudo justificativa, que a acompanha.

Nesse ponto, convém esclarecer algo nem sempre tão evidente nos materiais que abordam a temática, qual seja, a diferença entre a argumentação para a tomada da decisão legislativa, eminentemente técnica, e a argumentação para a aprovação da lei, em tom mais político. Embora ambos entrem para o que se pode chamar “argumentação legislativa”, o momento dos debates parlamentares possui uma natureza mais política e performativa, como restou evidenciado na Parte II. Trata-se de uma das peculiaridades da dinâmica parlamentar. Além disso, acredita-se que vem se acentuando com o incremento do deslocamento da atividade legislativa para o Poder Executivo (ou seja, as iniciativas parlamentares são cada vez em menor número). Mais adiante a ideia será desenvolvida em detalhes.

Como visto, o procedimento argumentativo desenvolvido pelos parlamentares obedece a uma lógica particular. Para esta tese, os parlamentares argumentam mais para os eleitores, a sua base eleitoral, os telespectadores que assistem a transmissão das sessões. A aprovação das leis dentro do Parlamento não decorre diretamente da troca argumentativa entre os parlamentos. A maior parte das decisões já vem “tomada” desde antes. Em geral, foram adotadas anteriormente em outras instâncias. E muitas das intervenções parlamentares que fazem uso da palavra denotam mais o objetivo do próprio parlamentar de fazer-se constar dos registros (atas e diários de sessão) para a posteridade. O interesse genuíno na questão debatida é mais escasso.

Essa peculiaridade da dinâmica parlamentar acaba sendo mal interpretada e frequentemente é usada para desqualificar os trabalhos legislativos. Inclusive, parte do desprestígio dos estudos legislativos pode ter algo a ver com tal característica. Ocorre que,

como agora fica claro, a argumentação legislativa não é somente a política-parlamentar e há uma série de instâncias mais técnicas prévias a tal debate, quando atuam os funcionários encarregados da redação (nos projetos de iniciativa parlamentar), das emendas (em todos os casos) e do assessoramento em geral.

Seguindo por essa linha, seria muito interessante que os argumentos desenvolvidos por tal corpo técnico legislativo fossem registrados nos materiais preparatórios (especialmente a memória, no caso espanhol) e sobretudo na exposição de motivos e preâmbulos. São esses os argumentos técnicos a serem considerados como a motivação, a “justificativa” das leis.

Sob essa ótica, viu-se que o melhor modelo a ser seguido é o de Manuel Atienza. Como se estudou na Parte I, para esse autor, analiticamente, uma lei estará justificada do ponto de vista argumentativo quando as razões que lhe subjazem sejam capazes de satisfazer simultânea e minimamente aos cinco níveis de racionalidade que propõe. É dizer, argumentativamente, a fundamentação de uma lei deve trazer razões que atendam: à racionalidade linguística (R1); à racionalidade jurídico-formal (R2); à racionalidade pragmática (R3); à racionalidade teleológica (R4); e à racionalidade ética (R5).

Claro que tais níveis não esgotam as racionalidades que permeiam a legislação, tampouco são o elemento determinante para a aprovação da lei. Como será visto melhor mais adiante, tais níveis mencionados não “explicam” efetivamente a aprovação de determinada lei, pois na prática a decisão de aprovar uma lei é sobretudo política. É a racionalidade política a que “impulsiona” a ação dos legisladores. A esse ponto será dedicada uma subseção específica mais adiante, sendo justamente uma das questões que se reputa necessária mais atenção teórica.

Com efeito, os cinco níveis de racionalidade teorizados por Manuel Atienza servem, portanto, como um “tipo ideal”, convidando os atores envolvidos no procedimento legislativo a refletir sobre o preenchimento desses requisitos mínimos. Isso, para que se tenha uma lei minimamente justificada do ponto de vista argumentativo. A reflexão sobre essas racionalidades ocorreria especialmente nas atividades de “decisão” e “ponderação” legislativas.

Por seu turno, dissecar os argumentos apresentados para a aprovação de determinada lei em cada uma dessas categorias mencionadas seria a tarefa da “análise” de uma argumentação.

Por fim, questão diversa seria o juízo sobre se os argumentos (apresentados aos efeitos de cada um desses níveis) efetivamente são bons ou não, ou seja, a “avaliação” da argumentação legislativa. Aqui, naturalmente, o juízo deve ser sempre global, considerando a

ponderação conjunta, ou seja, o equilíbrio decorrente do somatório das racionalidades referidas. Parece ser essa a ideia que levou Manuel Atienza a acrescentar o nível de metaracionalidade que aqui se chamou de R6, qual seja, a razoabilidade, percorrendo de modo transversal os demais níveis.

Até agora, tudo o que se acaba de repassar já está na teoria, de alguma maneira espalhado, explicado com outras palavras, ou mesmo nas entrelinhas, mas está. Acredita-se que essas são as categorias conceituais básicas que devem ser manejadas por quem se proponha a estudar a elaboração legislativa do ponto de vista argumentativo.

Teoricamente, tudo se encaixa muito bem, não fosse o atropelo da realidade dos debates parlamentares nas sessões das comissões e do plenário, os quais muitas vezes acabam se enveredando por outro caminho diverso do diálogo sobre as razões para a aprovação das leis. Por ser mais variada, recorrendo a expedientes retóricos e outros recursos performativos, a argumentação legislativa dos parlamentares na realidade contemporânea acaba recebendo uma importância reduzida.

Embora as teorias façam menção a um suposto caráter deliberativo e dialético, a observação do que acontece nas sessões das comissões e do plenário dentro dos Parlamentos aponta que, em vez de um “diálogo”, de uma “troca argumentativa”, o acontece é uma sucessão de “monólogos”, que simplesmente se alternam, e dificilmente os parlamentares envolvidos se dirigem uns aos outros ou são capazes de assinalar as falhas na argumentação de seus oponentes, nem costumam refutar as críticas formuladas à sua pessoa ou à proposta que sustenta. Infelizmente, a teoria ainda não dispõe de sugestões satisfatórias para melhorar essa dinâmica do debate parlamentar.

Para a pergunta “*Como argumentam os legisladores?*”, a resposta imediata seria “*Mal*”, justamente porque vem à cabeça o diálogo parlamentar que se pode ver no dia a dia das sessões. À pergunta subsequente “*Como deveriam argumentar os legisladores?*” ainda continuará, por algum tempo, despertando mais hipóteses do que respostas conclusivas, porque ainda não existe nada parecido com um modelo ideal de diálogo entre os parlamentares. Inclusive, o máximo a que se alcançou até agora foi a resolução de algumas dificuldades práticas da oralidade peculiar ao debate legislativo, com regras de repartição do uso da palavra (*turnos de voz*) – e, por consequência, interrupções e apartes –, os quais acabam reforçando esse criticado caráter “artificial” das intervenções, com a perda da espontaneidade dos debates orais no Parlamento.

Por agora, ao menos no que diz respeito às ocasiões da defesa de (ou do ataque a) uma proposta legislativa, parecem ser dois os pontos essenciais que deveriam monopolizar a

atenção dos legisladores: suas causas e seus efeitos. De um lado, os parlamentares precisam esclarecer as razões (as causas que justificam a adoção) da medida legislativa (dizer que se trata de “cumprir uma promessa de campanha”, por exemplo, não vale); e de outro, as consequências de tal intervenção (ou, se for o caso, o que pode acontecer se nada for feito).

No entanto, na linha do que já se assinalou, existe uma racionalidade política que permeia os processos de decisão legislativa e, ao final, acaba sendo decisiva para a adoção de determinada medida. Esse ingrediente político exigiria que o debate parlamentar se debruçasse sobre, além dos dois pontos já mencionados, mais outros dois: quem são os beneficiários das leis (*Cui prodest?* Ou *A quem favorece?*, como diriam os clássicos) e quem arcará com os custos disso, com interesse em refletir se ambos os pontos implicam uma concepção justa (ou minimamente aceitável). À questão se voltará mais vezes na sequência.

Retomando a exposição que se vinha desenvolvendo, pode-se dizer que o projeto das teorias da legislação e da argumentação legislativa, da promoção de um giro argumentativo dos Parlamentos, da construção de um Estado Constitucional completo, necessariamente passa pela racionalização da elaboração legislativa, à qual se pode ir avançando gradualmente.

Nesse sentido, uma das maiores guinadas rumo à racionalização da elaboração legislativa é fazer com que a dimensão argumentativa alcance ambos momentos, o técnico e o parlamentar. Em outras palavras, é necessário que as razões (a justificativa interna) sejam explicitadas. A conclusão pode parecer banal, mas convém repeti-la porque ainda é pouco observada na prática, especialmente a brasileira.

Ocorre que esse é apenas o primeiro passo. Sobretudo do ponto de vista teórico, ainda parece existir um longo caminho a ser percorrido no que diz respeito à racionalização da elaboração legislativa ou, se se prefere, para a elaboração de uma teoria da legislação mais completa, especialmente à luz do enfoque argumentativo.

É que todas as “técnicas” que acabam de ser estudadas (a metódica legislativa, a técnica legislativa e a avaliação legislativa) e mesmo a implementação da cultura de dar razões dentro do Parlamento – condições necessárias para que se dê o já comentado “giro argumentativo” dentro do Poder Legislativo – não serão suficientes se não houver clareza sobre a correção dos propósitos a serem alcançados pelo ordenamento jurídico e pelo Estado como um todo. É que as técnicas são instrumentais e a argumentação não é um fim em si mesma.

O desenvolvimento de uma teoria da legislação e da argumentação legislativa mais completa, então, passaria por definir quais são critérios, sobretudo valores e objetivos, a

serem alcançados pela atividade de elaboração legislativa. Seria necessário, por exemplo, responder à pergunta: *Qual é o tipo de Estado e de sociedade que se quer construir?*

Para a empreitada teórica aqui sugerida, passa-se à indicação de algumas linhas cujo aprofundamento teórico se acredita necessário. A uma primeira vista talvez pareçam tópicos desconexos, mas os pontos tratados adiante têm em comum a preocupação com a necessidade de progredir no que se poderiam chamar razões externas à justificação parlamentar propriamente dita. Logo esse fio condutor se tornará mais evidente.

Ao final, serão apresentados os limites das teorias da legislação e da argumentação legislativa, para que os desenvolvimentos sejam realistas, sem idealismos ou ingenuidades que percam de vista os obstáculos na construção dessa abordagem mais completa.

5.2. Uma teoria da interpretação que complete a teoria da legislação e da argumentação legislativa

Como visto na Parte I, no capítulo 1, especialmente a partir dos pensamentos de Virgilio Zapatero, uma teoria da interpretação é necessária como corolário, decorrência, de uma teoria da legislação. Nas palavras desse autor, uma teoria da interpretação desvinculada de uma teoria da legislação carece de fundamento sólido e suas propostas correm o risco de navegar no mundo das arbitrariedades¹.

Ainda segundo afirma o autor, toda teoria da interpretação, se pretende ser seriamente normativa, tem que estar fundamentada explicitamente em uma teoria da democracia; tem que estar firmemente ancorada em uma concepção clara e assumida das

¹ Nas palavras do próprio autor: *“Resulta sorprendente la escasa atención que, hasta épocas relativamente recientes, ha prestado la doctrina a los problemas que encierra el proceso legislativo. Nuestro silencio al respecto contrasta flagrantemente con nuestra locuacidad filosófica en torno a la actividad judicial. Y las pocas veces que los filósofos se ocupan de la actividad legislativa suele ser para presentar una imagen satanizada de la misma como el ámbito de la ignorancia, de la lucha descarnada por el poder, de la incompetencia o de los tratos oscuros frente a la imagen idealizada de los jueces que con su prudencia, búsqueda desinteresada de la justicia y preparación sólo pretenden encontrar – no crear – el derecho. Éstos sólo buscan el derecho; aquéllos reinan en el terreno impuro de la política, actividad que – se piensa – no puede ser sometida a reglas y razón. Por ello, tenemos buenas y sólidas teorías de la argumentación; y carecemos de una teoría de la legislación: ocupada en averiguar qué es lo que hacen o deben hacer los jueces, la filosofía se ha desentendido de lo que hacen o deben hacer los legisladores. Es lógico que comiencen a escucharse ya algunas críticas en torno a este desinterés. Uno de los resultados de este desinterés ha sido, entre otros, la autonomía y desconocimiento respectivo de este tipo de investigaciones. Pero, desvinculada la teoría de la interpretación de la teoría de la legislación, aquélla carece de fundamento sólido y sus propuestas corren el peligro de navegar en el mundo del arbitrio o de las más o menos felices ocurrencias. (...)”* (**El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009, pp. 349-350).

funções que correspondem aos legisladores e aos juízes². Na sequência, o autor defende seu próprio ponto de vista sobre o assunto³.

Por seu turno, Francisco Laporta, igualmente estudado na Parte I, também apresentou sua visão sobre o que deveria ser a interpretação jurídica e, como comentando oportunamente, recebeu diversas críticas quanto à sua posição⁴.

De fato, ambos parecem estar corretos nessa intuição de que teoria da legislação e teoria da interpretação devem estar conectadas de alguma maneira. Nesse aspecto, aqui se concorda com os dois autores. Nada obstante, na sequência, aqui se diverge um pouco deles quanto ao conteúdo dessa teoria da interpretação, como se verá melhor na sequência.

A ideia é que de muito pouco adiantará o investimento em aperfeiçoar o momento da elaboração legislativa se, quando chegar o momento da respectiva aplicação das leis, predomine uma atitude “ativista” ou baseada em um antipositivismo radical, que simplesmente coloque de lado os materiais legislativos, o significado “literal”, a intenção do legislador, etc., ou não atribua qualquer valor à dimensão autoritativa, ignorando as leis e suas razões como pontos de partida necessários da atividade interpretativa.

Nesse sentido, a interpretação jurídica aparece como uma espécie de “outro lado da moeda” e, juntamente com uma teoria da legislação e da argumentação legislativa mais completa, integrarão uma “ideia do Direito” no sentido dado por Manuel Atienza⁵. Essa “dupla” (teoria de como o direito deve ser construído + teoria de como o direito deve ser aplicado) é essencial para compreender e nortear as práticas jurídicas. A falta de clareza quanto a esse pilar dúplice implica em se ter, tanto uma teoria, quanto uma prática, “mancas” (coxas), defeituosas ou incompletas.

Como apontado já na introdução, não se pretende aprofundar nos temas e discussões relacionados à interpretação jurídica e esse propósito será mantido. Sem prejuízo, dado que se assinala esse déficit teórico, não se pode deixar de apontar a direção que tais estudos devem

² Em suas palavras: “(...) Porque toda teoría de la interpretación, si pretende ser seriamente normativa, se tiene que fundamentar explícitamente en una teoría de la democracia; tiene que estar firmemente anclada en una concepción clara y asumida de las funciones que competen a los legisladores y a los jueces; o lo que es lo mismo, de las relaciones entre el Parlamento y los Tribunales.” (Idem, *ibidem*, p. 350).

³ O autor defende a concepção clássica da democracia, fundada na ideia de supremacia do Poder Legislativo, constituído por representantes eleitos periodicamente e funcionando pela “regra das maiorias”, sem prejuízo dos direitos reservados às minorias. De acordo com o autor, uma concepção desse tipo coloca os juízes e tribunais em posição subordinada à lei. Mais detalhes em: Idem, *ibidem*, pp. 350 ss.

⁴ Essencialmente, as críticas estão nas revistas *Analisi e diritto* 2011 e *Doxa* n. 40, 2017. Para um resumo, remete-se à Parte I.

⁵ Em *Una idea del Derecho*, o capítulo primeiro de seu **Filosofía del Derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017, pp. 15-46.

seguir. Sob essa ótica, convém registrar que a melhor maneira de conceber a interpretação jurídica é vê-la como uma atividade argumentativa e, portanto, prática.

Isabel Lifante Vidal⁶ discorre muito bem sobre o tema, enfatizando que a teoria da interpretação jurídica é uma parte da teoria da argumentação jurídica e que consiste no manejo dos argumentos interpretativos. Nesse ponto, alinha-se à visão de Manuel Atienza, para quem a teoria da interpretação poderia ser o verso (o lado contrário) da teoria da legislação⁷. Com base nesse raciocínio, Manuel Atienza propõe uma classificação dos problemas interpretativos, agrupando-os em cinco categorias, coincidentes com cada um dos níveis de racionalidade legislativa: linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética. De acordo com o autor em comento:

(...) o que faz com que o significado de um texto se torne duvidoso pode ser um dos seguintes fatores (ou uma combinação deles): 1) o autor do texto usou alguma expressão imprecisa (problemas de ambiguidade ou imprecisão); 2) não é óbvio como esse texto deve ser articulado com outros já existentes (problemas de lacunas e contradições); 3) não é óbvio qual é o alcance da intenção do autor (a relação entre o que é dito – o que está escrito – e o que se quis dizer); 4) a relação entre o texto e os propósitos e propósitos aos quais ele deve servir é problemática (com relativa independência do que o autor queria); 5) é duvidoso como o texto deve ser entendido de forma compatível com os valores do ordenamento.⁸

Na sequência, o autor propõe que os cânones ou regras interpretativas poderiam ser classificadas segundo sua função de resolver uma ou outra das dúvidas anteriores, muito embora para o autor, mais importante do que a classificação, seja a conscientização de que tais regras funcionam como a premissa maior (ou a garantia, na terminologia usada por Tulmin) da diversidade de “argumentos interpretativos” que os juristas utilizam⁹.

⁶ LIFANTE VIDAL, Isabel. **Argumentación e interpretación jurídica**: escepticismo, intencionalismo y constructivismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

⁷ Em suas próprias palavras: “*Dado que una cuestión interpretativa surge en relación con un texto (normativo), lo que origina una duda interpretativa tiene que ser algún tipo de dificultad conectada con la redacción de ese texto. O sea, la teoría de la interpretación es, en cierto modo, el revés de la teoría de la legislación. Por eso, yo creo que las dudas interpretativas (as subcuestiones interpretativas) pueden clasificarse en cinco apartados, cada uno de ellos conectado con el correspondiente nivel de racionalidad legislativa. (...)*” (ATIENZA, Manuel. Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Eds). **Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza**. Lima: Palestra, 2017, pp. 11-42, pp. 28-29).

⁸ No original: “*(...) lo que hace que el significado del texto resulte dudoso puede ser alguno de los siguientes factores (o una combinación de ellos): 1) el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad o de vaguedad); 2) no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y de contradicciones); 3) no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación ente lo dicho – lo escrito – y lo que se quiso decir); 4) es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); 5) es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento.*” (Idem, ibidem, p. 29)

⁹ Idem, ibidem.

Também seguindo essa vertente de Manuel Atienza, Isabel Lifante Vidal defende que o alcance da teoria da interpretação jurídica, além de descritivo e instrumental, deve ser o de servir como guia para a prática, de modo que deve incorporar elementos normativos de filosofia moral e política¹⁰. Esses últimos, no entanto, a autora ainda não chegou a desenvolver em sua obra.

A autora tampouco entra na teoria da legislação, nem apresenta qualquer preocupação com os afazeres legislativos. Apesar disso, parece conseguir sintetizar de modo adequado o espírito da questão aqui posta (de como se deve interpretar o direito legislado), na passagem seguinte:

(...) embora o significado literal ou a intenção do legislador desempenhem um papel muito relevante na interpretação jurídica, pois eles seriam o ponto de partida e em algumas ocasiões também o de chegada, na realidade o processo interpretativo implica sempre atender também a razões de por quê interpretar em um certo sentido que não podem ser o mero dado objetivo de um significado literal ou de uma determinada intenção.¹¹

Com efeito, afastando-se das três grandes vertentes do ceticismo, do intencionalismo e do construtivismo, a autora prega uma concepção de interpretação que pode ser bastante útil para nortear os desenvolvimentos teóricos que aqui se sugerem como mandatórios.

Para Isabel Lifante Vidal, na tarefa interpretativa, deve-se: 1) negar o ceticismo interpretativo, afirmando que se trata de uma atividade argumentativa (necessária, portanto, somente nos casos que apresentem problemas de atribuição de significado) e que pressupõe critérios de correção; 2) aceitar que se deve partir dos aspectos autoritativos do Direito na hora de fixar as distintas possibilidades interpretativas (os limites da interpretação); 3) primar a referência à dimensão valorativa do Direito na hora de escolher uma das possíveis interpretações que se encaixem com o que chama materiais autoritativos e, em última instância, com uma determinada compreensão do ideal de Estado de direito; 4) afirmar o caráter prático da teoria e da ciência do Direito; e 5) defender uma conexão entre as diferentes esferas da razão prática: o Direito, a moral e a política¹².

¹⁰LIFANTE VIDAL, Isabel. **Argumentación e interpretación jurídica**: escepticismo, intencionalismo y constructivismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 67.

¹¹No original: “(...) aunque el significado literal o la intención del legislador juegan un papel muy relevante en la interpretación jurídica, pues ellos serán el punto de partida y en algunas ocasiones también el de llegada, en realidad el proceso interpretativo implica siempre atender también a razones de por qué interpretar en un cierto sentido que no pueden ser el mero dato objetivo de un significado literal o de una determinada intención” (LIFANTE VIDAL, Isabel. **Argumentación e interpretación jurídica**: escepticismo, intencionalismo y constructivismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 66)

¹²Idem, ibidem, p. 227.

Em outras palavras, a visão compartilhada entre os dois autores citados – e que aqui parece adequada – vai no sentido de que é necessário um modelo mais ou menos construtivo de interpretação, no qual devem ser articulados dois elementos básicos: 1) a necessidade de respeitar os limites autoritativos dados e 2) o objetivo de melhorar as práticas. Assim, do ponto de vista teórico ideal, portanto, quanto mais racionalidade legislativa, menos atividade interpretativa criadora ou construtiva, pois essa seria, por assim dizer, “desnecessária”, ou, se se prefere, “descabida”.

Sem abandonar o propósito desta tese de não aprofundar no tema, a digressão se faz necessária para mostrar que, dependendo da concepção teórica adotada, a interpretação do Direito pode representar um claro desserviço às teorias da legislação e da argumentação legislativa.

Desse modo, seria necessário aprofundar os estudos quanto ao papel que desempenham e o justo valor que devem receber o significado literal e a intenção do legislador na interpretação jurídica¹³, sobretudo nos desejáveis cenários futuros de maior racionalização da atividade legislativa e de promoção do já mencionado giro argumentativo dentro dos Parlamentos.

E mesmo antes desse dia chegar, os desenvolvimentos seguem necessários, na medida em que urge o combate às concepções (e práticas delas decorrentes) excessivamente construtivistas “da interpretação” (as versões do neoconstitucionalismo representariam o exemplo mais claro), que defendem um “poder criativo” exacerbado “na interpretação” (se é que ainda caberia nos limites semânticos do termo) realizada por parte dos magistrados ou mesmo dos aplicadores em geral (órgãos administrativos, consultivos, etc.).

Essa teoria da interpretação que complete e se conecte com a teoria da legislação e da argumentação legislativa teria que abordar necessariamente o uso do argumento da vontade ou intenção do legislador – que não pode ser “presumida”, “deduzida”, “adivinhada” ou simplesmente “inventada” pelo intérprete arbitrariamente, sem correspondência empírica. E mais, tal “vontade do legislador” deve vir relacionada às razões reais aduzidas por ocasião da aprovação da lei¹⁴, não pode ser algo “supostamente oculto” que o intérprete revela, como expediente para fazer passar por racional uma interpretação que é subjetiva do próprio aplicador.

¹³ Por exemplo, na linha desenvolvida por EKINS, Richard. **The nature of legislative intent**. New York: Oxford University Press, 2012.

¹⁴ Sobre o valor a ser dado aos documentos produzidos durante o processo legislativo, confira-se: SALVADOR CODERCH, Pablo. Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica. In: SALVADOR CODERCH, Pablo. **La compilación y su historia**. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes. Barcelona: Bosch, 1985, pp. 447-479.

É dizer, tal teoria aqui idealizada deveria conter um método para a interpretação que não recaísse na vontade do legislador como “ficção hermenêutica”, sem qualquer verificação concreta quanto às reais razões apresentadas. Muito já se criticou sobre esse uso ao estilo “vale tudo” do postulado do legislador (racional)¹⁵, sua função ideológica¹⁶, bem como sobre a existência de uma “vontade racional da lei”, independente da do legislador¹⁷.

Aqui, o que se reputa importante enfatizar é que, do exame dos debates parlamentares e dos materiais preparatórios em geral, não necessariamente deve resultar uma defesa do postulado do legislador racional¹⁸. Uma interpretação não é boa ou ruim porque subscreve a intenção legislativa ou não. Sem prejuízo, acredita-se que a maneira de saber se os legisladores atuaram bem ou não precisa passar, em algum momento, por perscrutar as razões aduzidas no momento legislativo. Para esse exame, estão as teorias da legislação e suas ferramentas da metódica, da técnica e da avaliação legislativas, juntamente com a teoria da argumentação legislativa que auxilie nessa empreitada.

Em síntese, a interpretação precisa partir do que os legisladores produziram, não do que o intérprete acredita que os legisladores (se tivessem sido razoáveis) deveriam ter pensado. Isso, independentemente do cânon interpretativo adotado. A tradicional objeção quanto aos custos de oportunidade e de transação envolvidos nessa atividade (de buscar as evidências da intenção legislativa)¹⁹ tende a não ser um problema no cenário de

¹⁵ Por exemplo: CALVO GARCÍA, Manuel. La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica. *Doxa*, n. 3, 1986, pp. 113-127; _____. Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 3, 1986, pp. 101-132; IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El postulado del legislador racional (entre metodología y mitología). *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, n. 28, 1990, pp. 113-126; ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. *Isonomía*, n. 1, 1994, pp. 70-99.

¹⁶ Por exemplo, Carlos Santiago Nino: “(...) *presuponiendo la racionalidad del legislador, los juristas dogmáticos pueden atribuirle las soluciones propuestas por ellos (...), sin que aparezcan como una modificación del orden jurídico positivo, sino como si se tratara de una descripción del derecho vigente tal como genuinamente debió haber sido pensado por el legislador*” (**Introducción al análisis del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1997, p. 330.)

¹⁷ Por todos: TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley**. Lima: Palestra, 2016.

¹⁸ Nesse ponto, discorda-se da postura de Francisco Javier Esquiaga Ganuzas: “*Quienes defienden la utilización interpretativa de los debates parlamentarios y de los trabajos preparatorios en general lo hacen porque presumen que traducen la voluntad del legislador, que en el curso de la discusión de la ley ha podido expresarse de una forma más libre y amplia que en el texto aprobado. No es difícil ver, en esta postura, una directa presencia del legislador racional: su voluntad es un dato relevante para la atribución de significado por su carácter racional, ya que, a pesar de que el argumento psicológico parte de respetar la voluntad del autor del texto, se identifica, como pasa siempre que se apela al legislador racional, al legislador real con el legislador racional, y los atributos de éste son adjudicados a aquél.*” (Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. *Isonomía*, n. 1, 1994, pp. 70-99, p. 94). Aqui, acredita-se que as duas posturas não precisam estar vinculadas.

¹⁹ Como explica, por exemplo, VERMEULE, Adrian. Three strategies of interpretation. *San Diego Law Review*, n. 42, 2005, pp. 607-628, pp. 613-614. O autor, inclusive, chega a se referir a essa investigação da intenção legislativa em termos um tanto pejorativos, como algo “exaustivo”, o que não necessariamente precisa encontrar correspondência na prática, pois não precisa ser “exaustiva”. Veja-se a seguinte passagem: “*Consider a possible claim that maximizing intentionalism, with its exhaustive search through legislative history and other*

aperfeiçoamento das práticas nos Parlamentos e reforço das exposições de motivos e preâmbulos das leis, que expressariam claramente tais significados.

Além disso, essa teoria da interpretação também deveria abordar a deferência ao legislativo, com parâmetros que auxiliassem os juristas na decisão de segui-la ou não. Sobre esse ponto especificamente, comenta-se de forma mais aprofundada na subseção a seguir.

5.3. O papel que deve ter o controle judicial de constitucionalidade das leis e o peso da Constituição na legislação

Na Parte II, quando da análise das leis sobre a violência de gênero, viu-se que o controle de constitucionalidade das leis aprovadas representou um momento chave da argumentação pós-legislativa. Nos casos concretos estudados, as respectivas cortes constitucionais declararam a constitucionalidade das leis e confirmaram a vontade legislativa. Ocorre que o Poder Judiciário também tem o poder para fazer diferente e expurgar do ordenamento jurídico as leis que considerem inconstitucionais. Inclusive, especialmente quando provocado imediatamente após a aprovação das leis, o controle de constitucionalidade poderia ser alçado a uma espécie de derradeira etapa do processo legislativo, tamanhas têm se tornado a desconfiança nos legisladores e a expectativa de capacidade superior dos juízes.

Nesse contexto, entende-se que há uma conexão direta entre, de um lado, a preocupação sobre como as leis são feitas, a teoria da legislação e o papel dos legisladores, e, do outro lado, o papel dos juízes, a teoria da jurisdição e o grau de consideração a essa divisão de papéis. Em outras palavras, reputa-se necessária uma teorização que conecte as teorias da legislação e da argumentação legislativa e o que deveria acontecer nesse momento posterior à publicação das leis no diário oficial.

A discussão sobre a interpretação que se acaba de mencionar no item anterior é um ponto diferente, embora relacionado, com essa outra concepção também importante, qual seja, a de sobre qual é o papel, o que implica e quais são os limites da jurisdição constitucional. Diz-se que há diferença entre as duas questões porque, em se tratando do controle de constitucionalidade, as discussões estão de alguma maneira mais balizadas na moldura da Constituição, o que não necessariamente acontece na interpretação *lato sensu*.

sources, is feasible for judges only because many of the resulting decision costs are externalized onto litigants and other legal actors.” (Idem, ibidem, p. 626)

Além disso, trata-se de uma discussão mais específica, já que o controle judicial da constitucionalidade das leis é contingente, ou seja, nem todos sistemas precisam adotá-la como modelo para o controle de constitucionalidade das leis.

As reflexões que virão na sequência, portanto, são pensadas em relação aos sistemas que adotam esse modelo de controle judicial das leis, também conhecido como *judicial review*. E outra premissa subjacente é o perigo que envolve a disseminação da corrente neoconstitucionalista, ou seja, a necessidade de conter os abusos que podem ser praticados no exercício dessa competência.

Assim, aqui, a preocupação não se volta para a investigação sobre qual é a melhor maneira de realizar tal controle (se difuso, concentrado, concreto ou abstrato), tampouco o caso é de refletir que tipo de repartição interna de competências dentro do próprio Poder Judiciário para exercer a “jurisdição constitucional”. Isso até mesmo porque, conforme aqui se acredita, dentro de um Estado Constitucional, não caberia uma categoria de “jurisdição não-constitucional”, já que a Constituição funciona como uma espécie de centro ao redor do qual gravita todo o sistema jurídico.

Seguindo por essa linha, dá-se por pressuposto que a Constituição precisa ser considerada não somente como um critério de hierarquia formal, mas sobretudo como reunião dos acordos fundamentais de conteúdo substantivo político e jurídico, inclusive, axiológico de uma determinada sociedade. Isso implica que todo o resto, mesmo quando seja produto, da vontade soberana delegada, deverá observar e submeter-se sempre aos acordos básicos, mínimos e prévios que estão refletidos constitucionalmente pelo poder constituinte²⁰.

Dito isso, recorde-se que o controle de constitucionalidade existe justamente para garantir a supremacia da Constituição. Por intermédio dele, sempre haverá a possibilidade de reapreciação judicial das decisões dos legisladores. A reabertura da discussão fica vinculada à existência de uma alegação de violação constitucional. Dada a presunção de constitucionalidade, quem sustenta que a lei é inconstitucional tem o ônus de argumentar de forma convincente tal incompatibilidade.

Ainda sobre o ponto, enfatize-se que a Constituição é um “limite legislativo intransponível”, tanto para os legisladores, quanto para os juízes.

²⁰ Para mais detalhes sobre essa visão do papel da Constituição, confirmam-se: AGUILÓ REGLA, Josep. Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa*, n. 24, 2001, pp. 429-457; _____. **La Constitución del Estado Constitucional**. Lima: Palestra, 2004; _____. "Tener una constitución", "darse una constitución" y "vivir en Constitución". *Isonomía*, n. 28, 2008, pp. 67-86; _____. Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. *Jurídicas*, v. 5, n. 1, 2008, 13-28; _____. Interpretación constitucional: algunas alternativas teóricas y una propuesta. *Doxa*, n. 35, 2012, pp. 235-260.

Isso implica que os legisladores estão obrigados à Constituição em um sentido negativo, de abstenção de violação, pois não podem editar leis que contrariem os mandamentos constitucionais – inclusive, esse é o efeito de toda norma constitucional, inclusive as de eficácia limitada: macula de inconstitucionalidade toda a legislação que a contraria materialmente. Além do sentido negativo, os legisladores também estão vinculados em um sentido positivo à Constituição. Trata-se da obrigação de concretização de seus preceitos, na medida em que devem legislar para conferir aplicabilidade às normas constitucionais. Hoje o ponto parece lugar comum, mas não custa repeti-lo, já que nem sempre foi assim e mesmo hoje alguns sistemas continuam sem “viver a Constituição” dessa maneira²¹.

A grande questão é que a Constituição também obriga os juízes, ou seja, as interpretações por eles dadas também precisam estar dentro dos limites do texto constitucional. Em outras palavras, o controle judicial não é uma atividade ilimitada.

A temática rende interessantíssimas discussões que tampouco poderão ser aprofundadas nesta tese por contingências de tempo e espaço. Unicamente para registro, mencione-se a tensão entre o constitucionalismo e a democracia, o valor epistêmico desta última, a desconfiança nas decisões tomadas na democracia, a ditadura da maioria, a chamada dificuldade contramajoritária²², as críticas aos casos de excesso de ativismo judicial²³ (os quais parecem inerentes aos sistemas que adotam a *judicial review*), com as alegações sobre a necessidade de resgatar a dignidade da legislação²⁴, a sabedoria das multidões²⁵, a noção de diálogo institucional, etc.²⁶

²¹ Gema Marcilla Córdoba também parece concordar com a ideia: “(...) tomarse en serio la normatividad de la Constitución implica reconocer que la legislación se encuentra en alguna medida vinculada a la primera y que, por tanto, el contenido de la ley no puede depender exclusivamente de la libérrima voluntad del legislador. Una teoría de la legislación del Estado constitucional habría de ocuparse de los criterios que permiten justificar cuándo una ley se mantiene dentro de los límites constitucionales o, por el contrario, los infringe, y tales criterios podrían obtenerse de la teoría de la argumentación. Esta última desempeñaría entonces una función normativa, en el sentido de que ciertas dosis de racionalidad resultan indispensables para la validez de la ley” (**Racionalidad legislativa**. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2005, p. 335).

²² Sobre o ponto, confira-se: BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

²³ Sobre o ponto, confira-se: TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

²⁴ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003; _____. Derecho y desacuerdos. Madrid: Marcial Pons, 2005.

²⁵ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016.

²⁶ Para o aprofundamento dessas discussões, pode-se conferir GAMA LEYVA, Leopoldo. **La justificación del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho contemporánea**. 2009. 523 f. Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho)-Universidad de Alicante, Alicante, 2009. A tese de doutorado em comento deu origem ao livro *Derechos, democracia y jueces. Modelos de filosofía constitucional* (no prelo).

O desafio teórico aqui apontado seria o de encontrar o equilíbrio entre, basicamente, os seguintes extremos: 1) uma total desconfiança em relação à jurisdição constitucional, na linha dos desenvolvimentos de John Hart Ely²⁷; 2) uma defesa das capacidades dos juízes para reexaminar moralmente as opções legislativas, conforme os escritos de Ronald Dworkin²⁸; 3) um excessivo otimismo em relação às funções legislativas do Parlamento, matizadas sob a forma de um “ideal” de que não existisse um controle de constitucionalidade, nos argumentos de Jeremy Waldron²⁹. Para tanto, de acordo com esse último autor, bastaria a existência de instituições democráticas em razoável bom funcionamento, ou seja, uma preferência de que os desacordos sejam resolvidos pela via legislativa.

Um bom ponto intermediário entre tais correntes parece ser o defendido por Carlos Santiago Nino³⁰. Muito resumidamente, para esse autor, a existência de um controle de constitucionalidade por parte dos juízes decorre da própria lógica do sistema justificatório, cuja estrutura exige que as normas tenham sido emanadas por determinada autoridade à qual se deu fundamento hierárquico por norma superior e da própria natureza da linguagem jurídica. Mas, nas palavras do próprio autor mencionado:

(...) o controle de constitucionalidade por parte dos juízes das normas jurídicas que tenham origem democrática não se justifica, exceto em três casos de amplo alcance: a revisão do procedimento democrático, a desqualificação de leis baseadas em motivos perfeccionistas e o cuidado com a continuidade de uma prática constitucional moralmente aceitável. No entanto, essas considerações pressupõem um desenho institucional no qual os juízes só têm contato indireto com os procedimentos democráticos e em que a opção que lhes é apresentada é aplicar ou não uma lei supostamente violadora da Constituição. Mas ambos os fatores podem variar e também modificar, então, as conclusões.³¹

Como se vê, a atividade de controlar a constitucionalidade das leis precisa estar bem demarcada pela teoria aqui reivindicada. E tal teoria igualmente precisa se manifestar sobre a

²⁷ **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²⁸ Esse pensamento é recorrente e está espalhado em vários trabalhos: *Equality, Democracy, and Constitution*. **Alberta Law Review**, n. XXVIII, 1989-1990, pp. 324-346; **Is democracy possible here?** New Jersey: Princeton University Press, 2006

²⁹ The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, 2006, n. 115, p. 1346-1360.

³⁰ Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Cuadernos y debates n. 29. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 95-137.

³¹ No original: “(...) *el control de constitucionalidad por parte de los jueces de normas jurídicas que tengan origen democrático no está justificado salvo en tres casos de amplios alcances: la revisión del procedimiento democrático, la descalificación de leyes fundadas en razones perfeccionistas y el cuidado de la continuidad de una práctica constitucional moralmente aceptable. Sin embargo, estas consideraciones presuponen un diseño institucional en el que los jueces tienen un contacto sólo indirecto con los procedimientos democráticos y en que la opción que se les plantea es la de aplicar o no una ley presuntamente violatoria de la Constitución. Pero ambos factores pueden variar y también modificarse, entonces, las conclusiones.*” (SANTIAGO NINO, Carlos. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Cuadernos y debates n. 29. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 95-137, p. 135).

postura dos juizes constitucionais diante das omissões dos legisladores – tanto as totais, quanto as parciais –, porquanto se trate de assunto inerente ao próprio controle de constitucionalidade e à divisão de tarefas entre juizes e legisladores. As duas questões estão diretamente relacionadas.

Trata-se de uma teorização sobre limites de atuação dos juizes. Assim sendo, cuida-se de estabelecer critérios para os dois tipos de situações: 1) quando os juizes devem expurgar as leis do ordenamento jurídico; e 2) quando (e como) os juizes devem atuar diante das omissões legislativas inconstitucionais.

Por seu turno, em relação ao controle dessas últimas, assim se manifesta Nino:

Diante da chamada “inconstitucionalidade por omissão”, poder-se-ia analisar a possibilidade – para os casos em que as condições *a priori* para o processo democrático não estejam claramente frustradas – de que a Suprema Corte pudesse se dirigir às comissões parlamentares correspondentes, exigindo-lhes, de forma obrigatória, que expliquem as razões da falta de legislação para promover ou proteger o direito em questão, que informem se há algum projeto em andamento para preencher a lacuna e que deem conhecimento ao tribunal sobre a evolução do tratamento parlamentar.³²

Nesses termos, o autor acredita que os juizes teriam, assim, um papel ativo na melhoria da qualidade do processo de discussão e decisão democráticas, estimulando o debate público e promovendo decisões mais reflexivas e deliberadas.

Gema Marcilla Córdoba também vai por essa linha:

(...) a tarefa de fechar o que na Constituição permaneceu aberto é uma tarefa que compete tanto ao legislador, como ao juiz, mas não nesta ordem ou de forma excludente, mas sim de uma maneira que poderíamos chamar convergente e cooperativa. (...) ³³

De fato, aqui concorda-se que o apontado parece um bom caminho. O bom funcionamento das instituições requer um processo contínuo de discussão, tanto no Legislativo, quanto no Judiciário. Nada obstante, acredita-se que os estudos desses mecanismos de atuação devem ser aprofundados, no caminho de formar uma teoria de como se deveria fazer a revisão judicial das leis. Justifique-se melhor a sugestão.

³² No original: “Frente a la llamada ‘inconstitucionalidad por omisión’, se podría analizar la posibilidad – para aquellos casos en que no estén frustradas llanamente las condiciones apriorísticas para el proceso democrático – de que la Corte Suprema se pudiera dirigir a las comisiones parlamentarias correspondientes requiriéndoles, en forma obligatoria, que expliquen las razones de la falta de legislación para promover o proteger el derecho en cuestión, que informen si hay algún proyecto en trámite para suplir la laguna y que ponga en conocimiento del tribunal la evolución del tratamiento parlamentario.” (Idem, ibidem, p. 136).

³³ No original: “(...) la tarea de cerrar lo que en la Constitución permanece abierto es una tarea que compete tanto al legislador como al juez, pero no por este orden y de forma excluyente, sino más bien de una manera que pudiéramos llamar convergente y cooperativa. (...)” (**Racionalidad legislativa**. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2005, p. 341)

Assim como a disseminação dos valores de racionalidade legislativa, na teoria e prática, precisa encontrar correspondência em uma teoria da interpretação, o mesmo necessita acontecer em relação à *judicial review*. As razões para tanto também são semelhantes, é dizer, sob pena de inutilidade dos esforços em prol do aperfeiçoamento legislativo e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico como um todo.

Como as decisões no âmbito do controle de constitucionalidade, por sua própria natureza, têm uma transcendência muito maior, já se vê a responsabilidade de empreender a tarefa que aqui se sugere no sentido de elaborar uma teoria da interpretação constitucional que incorpore os elementos aqui mencionados.

Em um Estado Constitucional, está claro que aos legisladores corresponde executar o projeto político consolidado no texto magno. Como já comentado na Parte I, a Constituição está sempre presente, mas seu peso em cada caso varia conforme o assunto, de modo que, em alguns temas os legisladores poderão atuar com mais liberdade, ao passo que, em outros, a terá em menor medida. A avaliação dependerá do assunto específico e do que diga a Constituição em concreto. Remete-se aos exemplos dados na Parte I, Capítulo 2, item 2.14.

A teoria que aqui se reivindica teria que se debruçar sobre a pertinência do *in dubio pro legislatore*, é dizer, se nos casos em que persistam dúvidas sobre a correta interpretação de um texto legal, contrastada com o constitucional, deve ser resolvida em favor da lei ou não. Seria uma variante do “postulado do legislador racional” no sentido da presunção de que “o legislador não quis aprovar uma norma inconstitucional”³⁴. O aprofundamento das técnicas de decisão de interpretação conforme, por exemplo, ajudariam nesse sentido.

Para o desenvolvimento desse tema, note-se que parece ser necessário olhar para cada sistema em concreto, ou seja, uma análise minuciosa das contingências nacionais, da história, dos contextos de cada caso, da facilidade que existe para legislar, do sistema de partidos, da distribuição dos poderes entre as instituições, bem como diversos fatores que têm a ver com cada país. Ou seja, não parece ser possível simplesmente importar padrões ou *standards* que venham de fora. O raciocínio sobre essas questões precisa ter embasamento empírico.

³⁴ De acordo com Victor Ferreres Comella: “(...) *el juez constitucional no debe dar el paso de estimar correcta aquella propuesta interpretativa bajo la cual la ley es inconstitucional, frente a aquellas otras propuestas también razonable bajo las cuales la ley es inconstitucional. En su lugar, el juez de la constitucionalidad debe entender que la cuestión acerca de cuál es la interpretación correcta del texto constitucional es dudosa, con la consecuencia de que debe optar por declarar válida la ley. A veces se habla del principio de “interpretación de la Constitución conforme la ley” para referirse a esta doctrina.*” (**Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2012, p. 131). Tal posição do autor já constava da primeira edição do livro, lançada em 1996. Depois, no entanto, o autor matizou sua opinião sobre a deferência ao legislador, como se verá mais adiante.

Esse parece ser um ponto importante. É que não existem instituições perfeitas, nem o Poder Legislativo, nem o Poder Judiciário. Especificamente no caso do Brasil, os defeitos desse último se tornam a cada dia mais evidentes³⁵. Os do primeiro, nem se comente, pois sempre o foram.

Como se vê, os desafios teóricos quanto a esse ponto são grandes, sobretudo porque enveredar por esse caminho também exigirá concepções mais políticas e sobre a democracia, entre outros pontos. Seja como for, claro está que a principal contribuição que tal teoria poderá dar é a delimitação mais clara entre os mandamentos constitucionais (a Constituição) e a decisão (política democrática) constante da lei. Ou seja, trata-se de conferir critérios que permitam maior visibilidade às mencionadas fronteiras, ou seja, entre onde há obrigação constitucional e onde há discricionariedade legislativa³⁶.

³⁵ É notável, por exemplo, a pesquisa organizada pelos Professores Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelhes e Felipe Recondo, da Fundação Getúlio Vargas, intitulada *Onze supremos: o supremo em 2016* (Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017). Muito resumidamente, o estudo dá conta do funcionamento fragmentado do Supremo Tribunal Federal, dando margem a que os Ministros adotem comportamentos políticos e estratégicos individualmente, conduta que os autores denominam “apropriação individual de um poder institucional”. O estudo está disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17959>>. Acesso em: 29 mai. 2018. Na mesma linha, em tom ainda mais duro e crítico quanto ao real funcionamento do STF, confira-se: MENDES, Conrado Hubner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve Professor da USP. **Folha de São Paulo**, 28/01/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>>. Acesso em: 29 maio 2018.

³⁶ Quanto ao ponto, convém citar um exemplo de decisão do STF que corretamente abraçou uma postura de autocontenção (*self-restraint*). Trata-se do julgamento proferido nas ADIs n. 4627 e n. 4350, ajuizadas contra as Leis n. 11.482/2007 e n. 11.945/2009, que modificaram a Lei n. 6.194/1974, que dispõe sobre o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, mais conhecido pela sigla DPVAT. As novas regras basicamente reduziram o valor das indenizações relativas ao citado seguro e instituíram novas condições para o ressarcimento das despesas médico-hospitalares das vítimas de acidente de trânsito por meio do DPVAT. O STF considerou tais modificações constitucionais e não reputou ofensa aos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade. Entre os argumentos constantes do voto do relator, o Ministro Luiz Fux, chamou a atenção o que foi noticiado no Informativo n. 764, de 20 a 24 de outubro de 2014: *“Relativamente à diminuição do valor da indenização atinente ao seguro DPVAT verificada na legislação impugnada, o mencionado valor seria aferível mediante estudos econômicos colhidos pelo Parlamento, razão pela qual a observância da capacidade institucional do Poder Judiciário e a deferência conferida ao Poder Legislativo sob o pálio da separação dos Poderes, imporiam o desejável “judicial self-restraint”. Em consequência, seriam constitucionais as novas regras legais que modificaram os parâmetros para pagamento do seguro DPVAT, as quais teriam abandonado a correlação com determinado número de salários-mínimos e estipulado valor certo em reais. No que diz com a suposta inconstitucionalidade das regras legais que criaram tabela para o cálculo do montante devido a título de indenização, cuidar-se-ia de medida que não afrontaria o ordenamento jurídico. Ao revés, tratar-se-ia de preceito que concretizaria o princípio da proporcionalidade, a permitir que os valores fossem pagos em razão da gravidade da lesão ao acidentado. Além do mais, não haveria, no caso, violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação do retrocesso social. O primeiro princípio não poderia ser banalizado como pretendido, sob pena de ter sua efetividade injustamente reduzida. Outrossim, dizer que a ação estatal devesse caminhar no sentido da ampliação dos direitos fundamentais e de assegurar-lhes a máxima efetividade possível não significaria afirmar que fosse terminantemente vedada qualquer forma de alteração restritiva na legislação infraconstitucional, desde que não se desfigurasse o núcleo essencial do direito tutelado. As alterações legais contestadas teriam se destinado à racionalização das políticas sociais já estabelecidas em relação ao seguro DPVAT e não afetariam desfavoravelmente o núcleo essencial de direitos sociais prestados pelo Estado, porquanto teriam modificado apenas marginalmente os contornos do referido seguro para viabilizar a sua subsistência.”*

Para dizê-lo com palavras mais fortes, existe uma grande diferença entre o Poder Judiciário controlar a constitucionalidade de uma lei e colocar-se no lugar do próprio Poder Legislativo. Trata-se de uma questão de divisão de poderes. A teoria aqui reivindicada, então, deveria traçar os limites do tribunal constitucional, esclarecendo que tipo de atuação é possível, em quais situações pareceria prudente conservar “virtudes passivas”³⁷.

Discursando em defesa do modelo europeu de controle de constitucionalidade, Victor Ferreres Comella, colocando-se contra tal passividade, faz uma certa apologia da jurisdição constitucional como foro dos princípios, onde os direitos fundamentais sejam levados a sério. O autor prega uma superação do que chama “timidez judicial” em prol de uma maior proteção dos direitos, animando as cortes a que exerçam seu papel com “mais força”³⁸. Isso, claro, tendo em vista o universo em que está inserido e esse detalhe deve ser levado em conta, como já assinalado.

Para o autor, um tribunal constitucional não pode ser extremadamente deferente ao legislador, pois sua própria existência como órgão especial encarregado de garantir a supremacia da Constituição frente ao legislador seria incompatível com uma atuação altamente passiva. Assim, segue Victor Ferreres, uma porcentagem importante das leis impugnadas devem ser declaradas inconstitucionais³⁹. Ou seja, na sua opinião, uma certa dose de ativismo judicial é saudável, ao passo que um excesso de ativismo poderia produzir um “efeito desalento” sobre o legislador.

O autor avança explicando que o grau de ativismo judicial dependeria de uma série de fatores, como, por exemplo: 1) o sistema político vigente (quanto mais *veto points* tenha o processo legislativo, menor a tendência de desacordos entre o legislador e o tribunal); 2) o contexto histórico (cita o exemplo do momento pós-Segunda Guerra Mundial, com maior ativismo judicial, para evitar o fascismo e o nazismo); e 3) a força da opinião pública (quanto maior a força desta, mais disposição o tribunal terá para invalidar as leis contrárias à Constituição). Outros fatores que o autor cita também relacionados ao grau de ativismo são: 4) a existência de modos de suavizar as consequências da declaração de inconstitucionalidade,

³⁷ São as chamadas formas de “não decisão”, especialmente em reação aos assuntos nos quais não há um “contexto maduro” para a emissão de uma resolução. Sobre o ponto, confira-se: BICKEL, Alexander. **The least dangerous branch**. New Haven: Yale University Press, 1962; SUNSTEIN, Cass R.. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.

³⁸ Nas palavras do próprio autor: “(...) *Fiscalizar las leyes significa enfrentarse a los poderes políticos, y ello es un asunto delicado. El riesgo de pasividad es especialmente grave en los países del civil law, que han heredado del pasado una concepción relativamente estrecha del papel que corresponde al juez. (...)*” (**Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 119).

³⁹ Idem, ibidem, p. 127.

5) o momento em que é exercido o controle (se é *a priori*, o tribunal costuma se sentir mais à vontade para sentenças desfavoráveis à lei)⁴⁰.

Essencialmente, do que se pode depreender das ideias expostas por Victor Ferreres é a defesa de um certo grau de ativismo judicial, por parte dos tribunais constitucionais, sem prejuízo dos contextos institucionais respectivos, do tema em questão, do momento histórico, etc., o que parece de fato ser uma postura bastante razoável. O que fica faltando são critérios mais objetivos que permitissem maior clareza sobre as situações em que estaria “justificada” esse tipo de atuação, já que nem sempre o ativismo deverá ter lugar.

No Brasil, Luís Roberto Barroso parece compartilhar com esse tipo de ativismo, chegando a teorizar sobre o que chama papéis “contramajoritário”, “representativo” e “iluminista” das cortes constitucionais. O papel contramajoritário corresponde à função padrão das cortes constitucionais e consiste na declaração de inconstitucionalidade das leis, em que o Poder Judiciário deteria a última palavra sobre a interpretação da constituição. Em princípio, esse papel não implica problemas.

O papel representativo, por seu turno, seria desempenhado para atender demandas sociais que não foram atendidas a tempo e hora pelo Poder Legislativo, bem como para integrar (completar) o ordenamento jurídico nas situações de omissão constitucional. Aqui, há uma defesa velada da atividade legislativa no âmbito do STF e, como é de se imaginar, reside um grande perigo⁴¹. Diferentemente do sustentado pelo autor, entende-se aqui que determinar o que “a lei” deveria permitir não compete aos juízes, mas ao povo, por intermédio de seus representantes livremente eleitos.

Por último, o papel iluminista representa um (suposto) dever, ainda de acordo com o referido autor e Ministro do STF, de “*promover, em nome de valores racionais, certos avanços civilizatórios e empurrar a história*”⁴². As decisões que validariam esse tipo de atuação, ainda conforme o autor, não são propriamente contramajoritárias, pois não envolvem a invalidação de uma lei específica, tampouco podendo ser enquadradas como representativas,

⁴⁰ Idem, *ibidem*, p. 137.

⁴¹ Convém alertar que o sentido do papel “representativo” das cortes constitucionais, para Barroso, é diferente do sentido “representativo” usado por Robert Alexy. Segundo Barroso, a representação é popular propriamente dita, no sentido de captar os anseios da sociedade, não simplesmente argumentativa, como as reflexões desenvolvidas pelo autor alemão, basicamente defendendo que “(...) o Parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”. A ideia está especialmente em: ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, 2005, pp. 572-581. O assunto (a representatividade argumentativa de Alexy) também está explicado em: VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.

⁴² **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robortobarroso.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.

pois não expressam necessariamente o sentimento da maioria da população. Tratam-se das decisões necessárias para, a partir da superação de discriminações e preconceitos, garantir a proteção de direitos fundamentais.

Feita essa breve problematização, tudo indica que parece ser necessário refletir melhor sobre a questão da deferência ao legislador e dos limites de atuação da jurisdição das cortes constitucionais.

Seja como for, entende-se que não se pode permitir que tudo tenha repercussão constitucional, sem que o Parlamento possa gozar de liberdade mínima em alguns assuntos. De pouco adiantaria o legislador usar métodos e fazer boas escolhas legislativas se suas decisões forem simplesmente desmanchadas na instância judicial, sem sólidos fundamentos constitucionais.

Além disso, como já comentado, a Constituição não traz respostas para todos os problemas que eventualmente podem demandar a atuação legislativa. E mesmo as omissões legislativas – leiam-se as situações em que ainda não existe lei publicada ou projeto de lei em curso que garantirá a aplicabilidade de uma previsão constitucional – não deveriam ser simplesmente sanadas pelo Poder Judiciário, sem mais. Isso deveria acontecer apenas em relação aos legisladores recalcitrantes.

Assim, parece ter ficado nítida a necessidade de assentar o nível de liberdade, a chamada margem de conformação legislativa. A grande vantagem do tratamento teórico deste tópico – em relação aos outros problemas interpretativos em geral – é que a própria Constituição, conforme cada ordenamento, dará as respostas⁴³.

5.4. A questão da racionalidade política e da mentira na atividade legislativa

Retome-se aqui o importante ponto que tinha ficado pendente sobre a racionalidade política.

Como anunciado já ao final da Parte I da tese, o principal déficit das teorias da legislação e da argumentação legislativa estudadas na Espanha e no Brasil se relaciona a um caráter excessivamente abstrato, que não considera como efetivamente funciona a prática legislativa, tampouco os constrangimentos reais nela envolvidos. Disso, resulta que as teorias da legislação e da argumentação legislativa estudadas parecem representar modelos de “baixa inaplicabilidade prática”, ou, se se prefere, a partir dos quais é difícil extrair conselhos mais

⁴³ Para um bom contato sobre a discussão aqui referida, confira-se: CALEB, Nelson. *Judicial Review of Legislative Purpose*. *New York University Law Review*, v. 83, 2008, pp. 1784-1882.

palpáveis de como melhorar as práticas legislativas, especialmente as levadas a cabo dentro do Parlamento.

Tal constatação conduz à reflexão de que mais desenvolvimentos teóricos pareceriam ser necessários para conferir maior concreção às teorias da legislação e da argumentação legislativa. Nesse sentido, acredita-se que um dos caminhos passa por dar mais atenção para a presença de uma “racionalidade política” que permeia as práticas legislativas.

Antes de aprofundar a ideia, abra-se um pequeno parêntese para explicar a adoção do termo “racionalidade”, a despeito da ambiguidade implicada. Aqui, refere-se a “racionalidade”, mas em um sentido diferente do uso dado por Manuel Atienza, por exemplo, quando se refere aos seus cinco níveis. As racionalidades legislativas descritas por esse autor indicam “critérios normativos”, de correção, ao passo que a menção à uma “racionalidade” de cunho político aqui se dá em um plano mais descritivo e explicativo, correspondendo a uma “lógica interna”, a um “modo de atuar”, que não necessariamente é o ideal. Naturalmente, esse segundo sentido explicado não serve como ideal regulativo, mas tampouco seria o caso de escolha de um sinônimo para o termo, já que a expressão “racionalidade política” parece ser corrente na literatura especializada.

Inclusive, convém mais um esclarecimento. Para Manuel Atienza, a racionalidade política aqui em comento estaria contida em seus níveis (R3) e (R4), ou seja, as racionalidades pragmática e teleológica. Como visto na Parte I, tais níveis se voltam para obter o cumprimento ou a obediência à lei (R3) e para a persecução de determinados fins sociais ou a produção de efeitos desejáveis (R4)⁴⁴. Aqui, discorda-se de que a racionalidade política entendida em seu sentido “real” tenha sido incorporada pelo autor em sua teoria, até mesmo em razão de passagens nas quais o autor se refere a “irracionalidades” da argumentação legislativa, as quais seriam provocadas justamente pelo funcionamento dessa forma a atuação política que se passará a comentar^{45, 46}.

⁴⁴ Conforme conversas mantidas.

⁴⁵ Por exemplo: “(...) *Y en cuanto a los elementos retóricos, un aspecto interesante por destacar es que la fuerza de persuasión no se ejerce únicamente (y muchas veces ni siquiera fundamentalmente) hacia dentro de la asamblea, sino hacia afuera, hacia la opinión pública: a quien se trata de persuadir, sobre todo, es al votante, y para lograrlo se recurre, con no poca frecuencia, a eslóganes propagandísticos en los que el elemento de argumentación racional, crítica, queda reducido a un mínimo. Esos elementos de «irracionalidad» están – al menos en principio – más contenidos en el caso de la argumentación judicial. Una consecuencia, en cierto modo, de esa situación es la tendencia a situar el escenario principal del ejercicio de la razón práctica, de la razón pública, en nuestras sociedades, no en el Parlamento, sino en las cortes supremas y en los tribunales constitucionales.*” (Curso de Argumentación Jurídica. Madrid: Trotta, 2013, p. 717); “*En resumen, el funcionamiento de la política empuja a la argumentación en un sentido que a veces tiene poco que ver con la argumentación que caracteriza al discurso crítico racional: para lograr el acuerdo con otras fuerzas políticas, grupos de interés, etc. se recurre sobre todo a la negociación; y la aceptación de los votantes puede ser el resultado del uso de técnicas publicitarias, más bien que de argumentos de carácter «racional».* (...)”

Possivelmente, a discordância do autor tenha a ver com a sua visão de que a racionalidade política não se traduziria em “justificação” propriamente (ou seja, um objetivo político não seria “razão” a adoção de uma lei), o que poderia gerar alguma confusão. Entretanto, acredita-se que, esclarecido o sentido de que se trata, resta sanado o ponto.

Seja como for, a impressão que se tem aponta para a necessidade de estudar melhor tal dinâmica da atividade política, na crença de que dessa empreitada apareçam elementos proveitosos para a incorporação no âmbito teórico que aqui interessa. Assim, desenvolva-se um pouco os elementos para uma definição de racionalidade política.

Como já se teve oportunidade de observar, governar é legislar, sendo certo que quem governa quer manter a situação, permanecer no governo, ganhar as eleições, para o que é necessário aumentar o próprio poder, seja pelo dinheiro, seja pelo prestígio social, seja pela indicação de cargos, ou outras formas análogas de “recompensas”.

Transplantando a metáfora tão comum em economia – de que o *homo economicus* sempre busca maximizar suas riquezas – para o âmbito de estudo que aqui interessa, pode-se dizer que o *homo politicus* sempre procura maximizar seu poder⁴⁷. Trata-se de uma simplificação, claro, mas pode ajudar muito nas análises⁴⁸.

Embora não tenha sido devidamente mapeada pelos autores trabalhados nesta tese, como essa racionalidade política está presente na realidade, necessariamente deve ser estudada, tanto pelas teorias descritivas – sob pena de que o observador não capte integralmente a realidade estudada –, quanto pelas teorias normativas, já que – justamente por ser indesejável que prevaleça uma política pura e dura ou oculta – é necessário começar a

(Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112, p. 109).

⁴⁶ Esse sentido real parte da política como é e possivelmente como será sempre, não se como deveria ser. Trata-se da linha desenvolvida por Nicolau Maquiavel em *O Príncipe*, especialmente os conselhos constantes entre os capítulos XV e XVIII. É ilustrativa a seguinte passagem, por exemplo: “*Cuán loable es en un príncipe mantener la palabra dada y comportarse con integridad y no con astucia, todo el mundo lo sabe. Sin embargo, la experiencia muestra en nuestro tiempo que quienes han hecho grandes cosas han sido los príncipes que han tenido pocos miramientos hacia sus propias promesas y que han sabido burlar con astucia el ingenio de los hombres. Al final han superado a quienes se han fundado en la lealtad. Debéis, pues, saber que existen dos formas de combatir: la una con las leyes, la otra con la fuerza. La primera es propia del hombre; la segunda, de las bestias; pero como la primera muchas veces no basta, conviene recurrir a la segunda. Por tanto, es necesario a un príncipe saber utilizar correctamente la bestia y el hombre.*” (**El príncipe**. Madrid: Alianza, 2015, pp. 118-119).

⁴⁷ Para uma boa noção de poder, basta recorrer a de Weber, para quem poder é a possibilidade de que uma pessoa ou um número de pessoas realizem a sua própria vontade numa ação comum, mesmo contra a resistência de outros que participam na ação.

⁴⁸ Inclusive, é a política que explica também muitos outros contextos. Veja-se, por exemplo: RIZZI, Andrea. No es la economía, estúpido: es la política. Las caídas de Renzi, Rajoy y los demócratas en EEUU desmienten el mantra de la campaña de Clinton de 1992. **El País**, 01/06/2018. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2018/06/01/actualidad/1527869721_446102.html>. Acesso em: 02 jun. 2018.

pensar em estabelecer critérios e limites para sua influência por ocasião da elaboração legislativa.

Negar a existência de uma racionalidade política, reputá-la estranha ao Direito, desconsiderá-la por irrelevante ou ignorá-la por maléfica são todas posturas que não contribuem para o desejável ideal de racionalização do processo legislativo e, naturalmente, da própria política, porquanto um (o processo legislativo) não se faz sem a outra (a política). As teorias, para que possam influenciar as práticas, precisam partir de como o mundo é para poder recomendar como deveria ser. E não há como ignorar que, também quando se legisla, está presente o “olho nas urnas”.

A legislação (tanto a atividade, quanto o produto) é fruto da política, seja em razão das escolhas fundamentais feitas na Constituição, seja (também) porque as leis igualmente são capazes de estabelecer políticas. Basta recordar que muitas leis, sobretudo atualmente, destinam-se precisamente a estabelecer políticas públicas, o que, como visto, implica escolher atores, definir regras de expedientes, trâmites, objetivos e procedimentos que consistem em nada mais que nortear o “jogo político” subsequente à aprovação da lei (a aplicação do Direito).

Além disso, o impulso legislativo, a primeira fase do processo de criação das leis, a fase pré-legislativa, começa justamente a partir da “politização” de uma determinada questão. Como precisamente comenta Adriano Gianturco:

(...) Alguns atores sociais, seja porque consideram que dada questão deve ser resolvida por meio da atuação política, seja porque querem ganhar alguma renda política, organizam-se (ação coletiva) em grupos de interesse, grupos de pressão, minorias organizadas, e fazem lobismo para inserir tal questão na agenda dos grupos políticos que movem o estado. Outras vezes, e ao mesmo tempo, os próprios atores políticos querem politizar determinada questão, seja para sinalizar proatividade ao eleitorado, seja para resolver um problema real, e buscam o apoio de outros agentes políticos e também de atores sociais vários para emplacar sua agenda. (...)⁴⁹

Com efeito, somente uma vertente muito apegada ao formalismo rejeitaria tal interdisciplinaridade entre o Direito e a Política. Parece desnecessário enfatizar que se trata de uma postura completamente ultrapassada a de acreditar que o Direito fornece os instrumentos capazes de resolver todos os problemas. Especialmente dentro do Parlamento, o Direito não está isolado. Assim, para o tratamento dos temas legislativos, a tradição formalista definitivamente não é adequada. Nada obstante, como foi possível observar nos estudos da primeira parte desta tese, os teóricos espanhóis e brasileiros foram bastante influenciados pelo

⁴⁹ GIANTURCO, Adriano. **A ciência da política: uma introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 425.

positivismo jurídico kelseniano – afirmando o Direito como ciência autônoma de outros conhecimentos, como a filosofia, as ciências sociais, etc.

Ao que tudo indica, portanto, não só as teorias da legislação (e as da argumentação legislativa), mas todas as demais abordagens da Filosofia do Direito voltadas ao tratamento das questões legislativas em geral, precisam dialogar com o que está sendo produzido pelos cientistas políticos. Desse desejável diálogo podem resultar muitas trocas intelectualmente produtivas.

Isso porque o jurista que tenta avaliar uma argumentação (produzida por ocasião do processo legislativo) ou mesmo explicá-la apenas a partir de elementos propriamente jurídicos corre o risco de não enxergar o processo político que levou à decisão e as verdadeiras disputas que estão sendo travadas na arena legislativa. A linguagem jurídica apenas serve para intermediar esse desenvolvimento.

Daniel Wei Liang Wang, por exemplo, muito bem aponta que é preciso prestar atenção tanto às motivações “internas” ao Direito, quanto às que são externas a ele e, por isso, o conhecimento do Direito ajuda o cientista político em suas análises, assim como a Ciência Política ajuda o jurista⁵⁰. Isso, também esclarece o autor, não significa, de forma alguma, que os aspectos jurídicos (o texto legal, o ordenamento jurídico, a interpretação, a autoridade, as decisões judiciais, os precedentes, a doutrina, etc.) não tenham importância. Significa apenas que outros aspectos também importam, tais como o processo interno de tomada de decisão, a relação com outros agentes, grupos de interesse, opinião pública e uma agenda política.

Nesta tese, está-se perfeitamente de acordo com a conclusão a que chega Daniel Wang: sem olhar esses outros aspectos, talvez o jurista tenha dificuldade de entender seu próprio objeto de estudo⁵¹.

Nesse contexto, faz-se imperioso dedicar algumas linhas à racionalidade política, em seu carácter instrumental. Como se acaba de dizer, uma possível maneira de entendê-la se relaciona ao interesse de perpetuar-se no poder, o que move tanto os proponentes de uma medida, quanto os que pretendem sua emenda, e até mesmo os que a ela se opõem.

Sob essa ótica, uma ação política poderia ser considerada racional quando dirigida a aumentar o poder ou o controle político, não somente o individual, mas sobretudo o do grupo ao qual pertence o agente. Uma outra maneira de entender a racionalidade política seria

⁵⁰ WANG, Daniel Wei Liang. Introdução. In: WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia**. Aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 15.

⁵¹ Idem, *ibidem*, p. 16.

enxergá-la como voltada para aumentar “a utilidade” dos esforços. Pode parecer óbvio, mas a questão passa despercebida nas abordagens dos autores estudados na Parte I.

A grande dificuldade de mapear melhor a questão decorre da característica de que jamais a racionalidade política é explicitamente revelada, nem poderia sê-lo. E, nesse sentido, muitas vezes, o que se vê, o que “aparece”, não é a realidade. Incorporado esse sentido, a atividade política equivaleria um “teatro de sombras”, no qual a imagem representada apenas “parece” ser (sem sê-lo) e seu único objetivo é contar uma história e comunicá-la ao público.

Seja como for, a verdade é que o comportamento político tem sim sua própria racionalidade. Subjaz à tomada de uma decisão política um “cálculo racional” (em algum sentido), na medida em que foram consideradas suas vantagens e desvantagens, pesados a força dos interesses a favor e a dos interesses contrários e, a partir do momento em que os atores envolvidos levam adiante determinada decisão, é de se pressupor que acreditam que tal curso de ação será exitoso.

Em outras palavras, o *homo politicus* não é bobo, nem louco, sem prejuízo dos vieses e das capacidades limitadas para o processamento da informação e respectivas consequências, como se daria em qualquer outro campo de atuação. Assim, o comportamento político é estratégico e, inclusive, essa perspectiva vem dando margem a diversos estudos aplicando a teoria dos jogos na ciência política e na análise dos processos de cooperação e interação coletiva no âmbito do Poder Legislativo⁵².

A propósito, convém pontuar que o mencionado caráter coletivo já pode ser considerado como um dos objetivos da racionalidade política. A coordenação dos agentes

⁵² Nesse sentido, citem-se, por exemplo, os seguintes: TSEBELIS, George. **Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998; ZINTL, Reinhard. **Comportamiento político y elección racional**. Barcelona: Gedisa, 1998; COLOMER, Josep M.. **El arte de la manipulación política: votaciones y teoría de los juegos en la política española**. Barcelona: Anagrama, 1990; CAMERON, Charles. **Veto Bargaining**. Presidents and the Politics of Negative Power. New York: Cambridge University Press, 2000; DIXIT, Avinash, SKEATH, Susan; REILEY Jr., David. **Games of Strategy**. New York: W.W. Norton & Company, 2009; LUSTICK, Ian. Taking evolution seriously: Historical Institutionalism and evolutionary theory. **Polity** 43, n. 2, 2011, pp. 179-209. MCCUBBINS, Mathew; THIES, Michael. **Rationality and the Foundations of Positive Political Theory**. Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Washington, DC, 1996; MORROW, James D. **Game Theory for Political Scientists**. Princeton: Princeton University Press, 1994; OSTROM, Elinor. **Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action**. New York: Cambridge University Press, 1990; _____. A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action: Presidential Address, American Political Science Association, 1997. **The American Political Science Review**, v. 92, n. 1, 1998, pp. 1-22; PALFREY, Thomas e ROSENTHAL, Howard. Voter Participation and Strategic Uncertainty. **American Political Science Review**, v. 79, n. 1, 1985, pp. 62-78; PRZEWORSKI, Adam. Democracy as an Equilibrium. **Public Choice**, v. 123, n. 3/4, 2005, pp. 253-273; SIMON, Herbert. Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science. **American Political Review**, v. 79, n. 2, 1985, pp. 293-304; TVERSKY, Avos e KAHNEMAN, Daniel. Rational Choice and the Framing of Decisions. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, 1986, pp. 251-278; WILSON, David, OSTROM, Elinor, COX, Michael. Generalizing the core design principle of the efficacy of groups. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 90, 2013, pp. 21-32.

seria o objetivo imediato, ao passo que objetivo mediato, como já dito, é o aumento do poder ou da utilidade para o indivíduo ou grupo. O meio para alcançar seu ponto de chegada são as negociações, ou seja, a barganha política, o que tampouco é fácil de acessar, pois ocorrem nos bastidores, nas conversas do “cafezinho”. Inclusive, na Parte II, viu-se que ocorreram pausas nas sessões do Poder Legislativo espanhol justamente com esse propósito. Ou seja, faz parte das práticas.

Nesses termos, a dificuldade dessa racionalidade política seria de pelo menos duas ordens: 1) a do próprio raciocínio político, ou seja, os “cálculos mentais dos prós e contras”⁵³; e 2) a das negociações, é dizer, o “toma-lá-dá-cá” (o *quid pro quod* dos anglo-saxônicos ou o *ten con ten*, como se diz em espanhol), o que se pode ceder e o que é irrenunciável em cada caso. É bem verdade que esses dois pontos fazem mais parte do contexto da descoberta, mas tampouco podem ser de todo desprezados do contexto da justificação, como logo ficará mais claro.

Isso porque, embora não se trate de uma racionalidade estritamente jurídica, a racionalidade política por trás das decisões, sobretudo as legislativas, inevitavelmente terá efeitos no ordenamento jurídico. Sendo assim, não existe outro remédio senão estudá-la melhor para compreender bem sua influência na legislação. Somente assim, entendendo-a, é possível atacá-la argumentativamente. Como se vê, estudar a racionalidade política por trás das decisões do Poder Legislativo não significa retomar o ceticismo da linha da *Public Choice* vista na Parte I.

Para uma aproximação à “racionalização” da política, o caminho a ser percorrido é o inverso ao da tomada da decisão. Explique-se. Se a racionalidade política conduz a uma decisão que resolve adotar, entre as opções jurídicas disponíveis, a que resulta mais proveitosa, trata-se, então, de, perante tal proposta legislativa, perguntar a quem ela beneficia (como diriam os antigos: *Cui prodest?* Literalmente: *A quem favorece?*). Em um debate

⁵³ Manuel García Pelayo explica bem a importância de que a vontade em política (leia-se, o poder) seja submetido a uma “racionalização”, inclusive para garantir sua própria eficácia, é dizer, para a consecução de seus objetivos. Para tanto, sugere, então, a decomposição desse processo (de racionalização) nos seguintes momentos constitutivos do saber político prático: a) saber *o que se quer*, ou seja, a consciência da finalidade; b) saber *o que se pode*, é dizer, a consciência do potencial, para o que é necessário avaliar o próprio potencial, a capacidade de ação, as possibilidades reais, para o que pode ser útil decompor o objetivo geral em objetivos intermediários no curto, médio e longo prazos, bem como ir introduzindo variáveis em função das mudanças de cenário; c) saber *o que deve ser feito*, que se pode designar como consciência da instrumentalidade, sendo necessário conhecer os meios necessários para conseguir os objetivos e as ações que devem ser empreendidas, juntamente com as respectivas maneiras; e d) saber *quando se deve fazer*, ou seja, o senso de oportunidade, relacionado à razão temporal. O autor explica ainda que, embora esses momentos possam ser distinguidos intelectualmente, na prática, estão unidos de forma inseparável, constituem uma totalidade estrutural da *ratio política*. (**Idea de la política y otros escritos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1983, pp. 31-34).

legislativo, esse seria o pontapé inicial para controlar a racionalidade as escolhas políticas. E mais, adere-se à sugestão de Adriano Gianturco no sentido de que seria útil, para cada proposta política, construir a tabela dos beneficiados e dos prejudicados⁵⁴.

Um conceito mais aperfeiçoado dessa racionalidade política exigiria uma maior imersão empírica, especialmente para mostrar como essa “lógica de ação” funciona na prática e pode influenciar os resultados da atuação coletiva (leia-se, a aprovação da lei pelo Parlamento). Para explicar a racionalidade política, é preciso descrever quais são as estratégias e desvelar o discurso político que vai se formando, o qual nem sempre é limitado à argumentação prática (ou mesmo legislativa)⁵⁵.

O problema metodológico aqui revelado é bem descrito por Fernando Leal, que o chama de “paradoxo da determinação”. Trata-se da “(...) tentativa de embasar empiricamente teorias que não partem de diagnósticos sobre como agem efetivamente tomadores de decisão”⁵⁶. Ainda de acordo com o autor, tal problema metodológico afeta a qualidade de teorias normativas e surge de fato quando as recomendações dirigidas a atores institucionais como juízes e legisladores não estão baseadas no funcionamento real das instituições, mas em sugestões ancoradas em idealismos e compromissos conceituais abstratos.

Embora sua reflexão esteja voltada para as teorias normativas da decisão judicial, vale a transcrição de outro trecho do mesmo autor:

É preciso (...) que aquilo que é endogenamente identificado como comportamento padrão de certos atores seja incorporado nos esforços prescritivos destinados a, por meio de métodos de tomada de decisão ou incentivos específicos, reorientá-los para a realização de um estado de coisas considerado desejável. Sem essa incorporação, diagnósticos sobre o funcionamento do mundo tornam-se úteis apenas para anunciar o insucesso de remédios prescritos para lidar com certos problemas, e não para inspirar a prescrição dos remédios adequados. Quando isso acontece, as teorias normativas da decisão jurídica perdem a força do apelo vinculado à proposição de soluções para problemas reais (...)⁵⁷

Concorda-se com o autor no sentido de que o paradoxo da determinação deve funcionar como alerta para que “(...) os diálogos entre as teorias jurídicas normativas e as explicações fornecidas por outras ciências sobre o comportamento de determinados atores

⁵⁴ GIANTURCO, Adriano. **A ciência da política: uma introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 433.

⁵⁵ A propósito do ponto, por exemplo, Isabela Fairclough e Norman Fairclough apontam o seguinte: “(...) to ‘reduce political discourse to practical argumentation’ has three unfortunate consequences: it excludes political discourse that is not practical argumentation; it (presumably artificially) reconstructs informal, non-elite political discourse as argumentative; and it leads to a naïve and idealised conception of democratic deliberation against which actual public deliberation is evaluated.” (Argument, Deliberation, Dialectic and the Nature of the Political: A CDA Perspective. **Political Studies Review**, v. 11, 2013, pp. 336–344, p. 336)

⁵⁶ LEAL, Fernando. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, 2016, pp. 215-226, p. 222.

⁵⁷ Idem, ibidem, p. 220.

(...) possam produzir resultados efetivamente relevantes”⁵⁸. Igualmente, entende-se que seu conselho também deve inspirar as teorias da legislação e da argumentação legislativa. As prescrições para melhorar as práticas precisam partir de diagnósticos de como de fato agem os tomadores de decisões.

Dessa forma, após o sugerido mapeamento de como funciona a racionalidade política, em um segundo momento, o desafio das teorias normativas da legislação seria o de estabelecer critérios para que essa dinâmica – que parece ser inevitável – atenda da melhor forma ao bem, se não de todos, ao menos do maior número possível. Trata-se de evitar a todo custo que as decisões políticas tenham um grupo muito restrito de beneficiários. Nas situações em que isso for impossível, que ao menos se discuta bem os custos da decisão política, ou no jargão mais usado, “quem tem que pagar a conta”.

Seguindo por essa linha de raciocínio, a grande contribuição que o enfoque argumentativo pode trazer à temática vai no sentido de ajudar a formular as perguntas críticas que devem ser feitas para racionalizar a política por intermédio do debate. Isso passaria, por exemplo, por responder às seguintes questões: 1) quem são os beneficiários da medida? 2) essa opção está justificada? 3) as razões apresentadas são justas? 4) quem arcará com os custos? 5) isso também é justo? 6) há prejudicados? 7) quais são as alternativas? E assim por diante⁵⁹.

Dito com outras palavras, a grande reflexão teórica pendente se daria sobre um ideal de racionalidade política, esclarecendo quais são os valores e objetivos legítimos a serem alcançados (simultaneamente ao poder inerente à racionalidade política), bem como sobre os limites que tal racionalidade deve ter, ou seja, os “valores” que não se podem admitir sob nenhuma hipótese, porquanto prejudiciais à sobrevivência do próprio ordenamento jurídico (e da sociedade). Além disso, trata-se de traçar o caminho para alcançar tal ideal e o único que se vislumbra é o da argumentação, incrementando os debates.

O papel do teórico seria o de pensar sobre quais são os valores políticos caros ao Estado e, paralelamente, sobre as formas de melhorar os debates legislativos. Naturalmente,

⁵⁸ Idem, *ibidem*, p. 225.

⁵⁹ Perceba-se que esse é um nível de discussão que vai além das propostas existentes para o aperfeiçoamento da etapa de elaboração das políticas públicas, que costumam acompanhar projetos como o Projeto de Lei do Senado – PLS n. 488, de 2017, acrescenta dispositivos à Lei Complementar no 95, de 26 de fevereiro de 1998, com o intuito de estabelecer normas e diretrizes para encaminhamento de proposições legislativas que instituem políticas públicas, propiciando melhor responsabilidade gerencial na Administração Pública. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7326614&ts=1529005512325&disposition=inline&ts=1529005512325>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

isso redundaria em atualizar o catálogo das falácias políticas na linha do trabalho desenvolvido por Jeremy Bentham⁶⁰.

Sobre o ponto, vale recordar a especial noção que esse autor tem sobre em que consistem as falácias políticas. Como já explicado, o que se pode depreender da obra de Bentham é que, no âmbito político-legislativo, as falácias são os argumentos que amparam os interesses escusos⁶¹ ou suspeitos, no sentido de contrários ao interesse público. Portanto, sendo a argumentação legislativa essencialmente estratégica, o autor pareceria não condenar o engano no discurso político, desde que em prol das boas causas.

Precisamente este ponto abriria uma importantíssima discussão sobre a sinceridade na argumentação legislativa. Inclusive, como se viu na Parte I, Manuel Atienza e Thomas Bustamante dialogaram sobre esse ponto, que implicaria uma das grandes diferenças entre a racionalidade judicial e a racionalidade legislativa. Como explicado oportunamente, os dois autores apresentam concepções diferentes sobre a exigência de sinceridade: descartada pelo primeiro e exigida pelo segundo (embora entendida em um sentido especial), no âmbito da atividade legislativa⁶². O pano de fundo da discussão era a teoria de Robert Alexy, notadamente a pretensão de correção que deveria nortear as práticas⁶³.

Como se mostra, a discussão desses autores quanto ao ponto se dá em termos demasiado abstratos, sem maiores conexões com casos concretos da realidade legislativa, tampouco sendo possível extrair proveitos mais práticos. De toda maneira, dada a importância da discussão e a direta conexão com a racionalidade política aqui referida, é necessária uma breve digressão sobre a questão, sem pretensões de exaurir o tema, mas com o propósito de indicar qual parece ser o caminho que a discussão deve tomar.

A expressão já consagrada no meio político aduz que “convém enganar o povo para o seu próprio bem”. Em outras palavras, o povo não teria direito à verdade política (a pretender ser instruído na verdade da prática do governo). A afirmação pareceria chocante,

⁶⁰ No já citado **Falacias políticas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1990.

⁶¹ Na tradução espanhola, *intereses siniestros*, no original em inglês, *sinister interests*.

⁶² A controvérsia está explicada na Parte I e também pode ser encontrada em: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial**: una discusión con Manuel Atienza. Lima: Palestra, 2017.

⁶³ Muito resumidamente, Thomas Bustamante concorda com Robert Alexy no sentido de que haveria uma pretensão de correção subjetiva (ou pessoal) e o ato objetivo ou oficial (do sistema jurídico em seu conjunto) de uma pretensão de correção. Com isso, sustenta Bustamante, não teria qualquer importância a atuação isolada de atores individuais (ou grupos), que subjetivamente atuam sem correção moral, já que a obrigação de sinceridade deveria ser entendida em um contexto institucional. Trata-se de uma espécie de sentido fraco, como uma “pretensão de sinceridade”, entendida como mera “responsabilidade moral” (idem, *ibidem*, pp. 51-53, 422). Manuel Atienza, por seu turno, dá a entender que a sinceridade fica de lado na argumentação de tipo estratégico, como é a legislativa (idem, *ibidem*, p. 422).

mas, como se verá na sequência, a questão ao redor da mentira não vem de agora, dos tempos de *fake news* e “pós-verdade”⁶⁴.

Em 1712, Jonathan Swift publicou *A arte da mentira política*⁶⁵, cujo tom sarcástico sugere que é necessária mais arte para convencer o povo de uma verdade saudável do que para fazê-lo acreditar em uma mentira saudável. Nada obstante, avança afirmando que mentir bem perante os cidadãos não é algo que se possa improvisar, exigindo precisão e rigor, pelo que formula uma série de regras e leis. A arte da mentira política, portanto, seria a arte de fazer o povo acreditar em mentiras saudáveis com vistas a um bom fim.

Assim, diante da inexistência de um monopólio da verdade, a sociedade viveria uma espécie de comunhão democrática da mentira. O propósito do texto, inclusive, é mordazmente a criação de uma “sociedade de mentirosos” (que mentiriam melhor do que respiram, em suas próprias palavras), dedicada exclusivamente ao engano político. Diante da pergunta: a quem corresponde o direito de fabricar as “mentiras saudáveis”? A resposta seria: a ambos, não só o governo, mas também o próprio povo, pois “todo mundo mente”. Os governantes enganam o povo para governá-lo e o povo, por seu turno, o faz para livrar-se dos primeiros, fazendo circular fofocas caluniosas e rumores⁶⁶.

Em seu texto, Swift classifica três tipos de mentiras políticas: 1) a “mentira caluniosa” que diminui o mérito de um homem público (maledicência, detração, difamação, etc.); 2) a “mentira por aumento”, que o promove; e 3) a “mentira por tradução” (na versão espanhola, usou-se o termo *traslación*, que também poderia equivaler a transferência), que o descola de um personagem a outro. Em todos esses casos, deve predominar uma irrenunciável

⁶⁴ Vale recordar que a doutrina da nobre mentira remonta a Platão, que escreveu sobre o tema em *A República*. Reproduza-se uma das passagens em que se dedica ao tema: “(389c) – Si hay, pues, alguien a quien le sea lícito faltar a la verdad, serán los gobernantes de la ciudad, que podrán mentir con respecto a sus enemigos o conciudadanos en beneficio de la comunidad sin que ninguna otra persona esté autorizada a hacerlo. Y si un particular engaña a los gobernantes, lo consideraremos como una falta igual o más grave que la del enfermo o atleta que mienten a su médico o preparador sobre en cuestiones relacionadas con sus cuerpos, o la del que no dice al piloto la verdad acerca de la nave o de la tripulación o del estado en que se halla él o cualquier otro de sus compañeros.” (**La República**. Madrid: Alianza Editorial, 2013, p. 198). Muitos outros também já sugeriram a necessidade ou oportunidade de enganar o povo. Por exemplo, escreveram sobre o assunto Maquiavel, Kant, Frederico II, Benjamin Constant, Nietzsche, Max Weber, Carl Schmitt, Leo Strauss, etc. Um dos poucos que se manifestaram contrariamente foi Condorcet, em seu célebre ensaio “*É conveniente enganar o povo?*”, opondo-se radicalmente a tal tese.

⁶⁵ Aqui, consultou-se a tradução espanhola *El arte de la mentira política* (Palma de Mallorca: José J. de Olañeta Editor, 2013).

⁶⁶ Cass R. Sunstein oferece uma explicação de por que os rumores se espalham e apresenta uma solução. Basicamente, afirma que as pessoas não processam as informações de maneira neutra, que as emoções obstaculizam a busca da verdade, que os preconceitos afetam as reações, de modo que essa assimilação tendenciosa seria a principal causa da proliferação dos boatos. Citando Oliver Wendell Holmes, estabelece que se alcança mais o bem desejado com a livre circulação das ideias, dado que a melhor prova da verdade é o poder do pensamento para se impor na competência do mercado. (**Rumorologia**. Cómo se difunden las falsedades, por qué nos las creemos y qué se puede hacer contra ellas. Barcelona: Debate, 2015).

regra de ouro: a verossimilhança. É dizer, a mentira deve ser crível, pois não haveria nada pior que o exagero para a credibilidade de uma mentira.

Muito resumidamente, entre os outros conselhos que Swift prescreve a todos que governam, estão as seguintes regras da chamada “pseudologia” ou arte da mentira política: a) o engano deve manter a proporção frente à verdade, as circunstâncias e aos fins pretendidos (por essa razão, por exemplo, não se deve abusar das mentiras que anunciam catástrofes para atemorizar o povo com um futuro tenebroso para induzi-lo a que se contente com seu triste presente, tampouco sendo prudente o anúncio de um futuro radiante); b) a mentira não pode estar sujeita a qualquer tipo de verificação ou refutação; c) as “falsidades saudáveis” devem ser diversificadas, não se deve insistir obcecadamente em uma mesma e única mentira; d) se o governante mentiu muito ou mentiu muito mal a ponto de arruinar sua credibilidade, a recomendação é que seja feita uma “dieta”, na qual devem ser evitados os excessos verbais e dita apenas a verdade, até que seja “recuperado o direito de mentir”; e) na medida do possível, deve ser considerada a conveniência, além da verossimilhança; f) a mentira deve ser efêmera e sua duração deve ser calculada conforme o propósito, devendo-se distinguir as mentiras de horas, de dias, de anos e de séculos (essa característica é imprescindível para que a mentira possa ir se ajustando às circunstâncias, adequando-se às partes envolvidas ou a quem pretende deslumbrar); g) uma mentira deve ser destruída com outra (não se deve opô-la a uma verdade), considerando a natural propensão do homem a mentir e a das multidões, a acreditar; etc.

Mesmo com viés claramente satírico, Swift aponta outra diferença que parece ser importante, referindo-se à existência de uma “mentira totalitária”, maléfica, porque pretende exclusividade; contrastada com uma “mentira democrática”, que seria pluralista, tolerante com as mentiras concorrentes.

Como se vê, as diretrizes que Swift dá para “mentir bem” na política parecem conservar sua atualidade e serem universais. Talvez a única diferença entre sua época e a contemporânea seria a de que, hoje, os rumores e fofocas se disseminam com mais rapidez – de forma instantânea, eletrônica e em plano global – e, conseqüentemente, o mesmo acontece com a obsolescência. Seja como for, seu interesse está no seu formato de “guia da mentira”, com “dicas práticas”.

Com efeito, dado que parece inevitável que a mentira seja umas das estratégias do discurso político, trata-se de um capítulo a ser aprofundado necessariamente pelos estudos legislativos, sobretudo à luz do enfoque argumentativo.

Do que se acaba de expor, vê-se que a mentira faz parte da racionalidade política. Entretanto, permanecerá pendente de resposta à indagação sobre se a mentira deveria ou não ser incorporada às regras do debate parlamentar ideal. Por ora, pareceria incorrer na falácia naturalista o argumento no sentido de que “se deveria mentir” (conforme determinadas regras, mesmo em um discurso legislativo ideal) porque “se mente normalmente na política”⁶⁷.

A apreciação dos diversos matizes que envolvem a questão, contudo, exigiria maior complexidade expositiva que ficará para outro momento. O objetivo aqui era muito mais o de mostrar que qualquer teorização sobre esse dever de sinceridade no âmbito do legislativo – sobre o qual discutiam Manuel Atienza e Thomas Bustamante, e que também faz parte das regras do discurso racional de Robert Alexy – não pode se dar em um plano demasiado abstrato⁶⁸.

⁶⁷ Dan Ariely faz um interessante estudo a respeito dessa realidade inerente ao ser humano no livro “*A mais pura verdade sobre a desonestidade*” (Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012). Aqui, foi consultada a tradução espanhola “*Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos. La ciencia del engaño puesta al descubierto*” (Barcelona: Ariel, 2012). À luz da abordagem da psicologia e da economia comportamental, Ariely considera que a mentira é um problema generalizado: não são apenas algumas maçãs podres, todos os seres humanos mentem (são capazes de fazê-lo) e constantemente. Políticos, esportistas, juízes, crianças, homens e mulheres mentem no plano individual e a nível coletivo, tanto em relação a trivialidades, quanto em relação a grandes escândalos (como os financeiros, por exemplo). O principal objetivo de Ariely é investigar o que leva à mentira. Para o autor, a análise racional de custo-benefício (leia-se a avaliação do risco de ser descoberto e a probabilidade de punição) não é o determinante para a mentira. Por isso, rejeita o chamado Modelo Simples do Crime Racional (mais conhecido pela sigla inglesa *SMORC*). O autor passa a apresentar diversos experimentos que revelam as forças psicológicas e ambientais que incrementam e reduzem a mentira na vida cotidiana, como os conflitos de interesses, as simulações, as promessas, a criatividade ou o mero fato de estar cansado. Ariely considera que o que verdadeiramente impulsiona a mentira são as forças irracionais, mas o mais importante de sua pesquisa parece ser o exame das estruturas do entorno cotidiano e das circunstâncias que tornam o ser humano mais ou menos suscetível às mentiras. O autor desenvolve, então, a teoria da margem de manobra, segundo a qual os indivíduos conciliam as variáveis racionais (ganho decorrente do crime e a punição esperada) com a auto-percepção de honestidade e honra (é dizer, o juízo muito sutil sobre os limites dos benefícios decorrentes da desonestidade para que estes não prejudiquem a própria imagem). Os *insights* de Ariely parecem ser valiosos em relação aos políticos. Por exemplo, sua pesquisa dá conta que as diferenças culturais não marcam qualquer diferença no que diz respeito à desonestidade (ao contrário do que o senso comum pareceria indicar). Entre os fatores que afetam a margem de manobra, menciona que aumentar a transparência não significa uma diminuição da margem de manobra, mas, por outro lado, tornar ostensivas as formas pelas quais se trapaceia, torna os indivíduos menos propensos a fazê-lo. A instituição de trabalhos em grupo tampouco reduz o nível de enganos, já que a tendência é que os agentes passem a atuar em colaboração. Por outro lado, juramentos, supervisão e lembretes morais (nem que seja do tipo “sorria, você está sendo filmado”) são as formas mais eficazes de reduzir a margem de manobra. A compreensão das variáveis psicológicas relacionadas à prática de crimes, à desonestidade de modo geral e à mentira, parece enriquecer sobremaneira os modelos de análise racional.

⁶⁸ Somente para citar um exemplo no âmbito da legislação, confirmam-se os debates envolvendo o PLS n. 432, de 2013, que dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências. Na prática, a proposição em comento traz, em seu art. 1º, § 1º, uma definição de trabalho escravo, a qual é mais restrita que a hoje existente no Código Penal, art. 149, com redação dada pela Lei n. 10.803, de 11.12.2003 (“*Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é*”).

E mais, aqui se acredita que qualquer aprofundamento teórico precisa partir de como de fato acontece na prática e, de preferência, com exemplos concretos, mostrando em quais ocasiões estaria justificada a mentira e em quais, não, considerando sobretudo se há diferenças entre a argumentação legislativa *lato sensu* (por exemplo, uma sessão de *impeachment* nos termos do art. 86 da Constituição brasileira de 1988⁶⁹, uma moção de censura conforme o art. 113 da Constituição espanhola de 1978⁷⁰, em sessões não-deliberativas, por ocasião do comparecimento de Ministros nos termos do art. 50, da Constituição brasileira de 1988⁷¹, sabinas de autoridades para cargos à luz do art. 52, inciso III, da Constituição de 1988⁷², etc.) e a desenvolvida especificamente por ocasião do processo de elaboração das leis. Ao que parece, nesse último caso, o espaço para as mentiras justificadas deveria ser reduzido.

Por ora, apresente-se apenas uma pequena amostra do que envolve esse delicado tema da mentira política. Mas, antes, responda-se à seguinte pergunta que já deve estar rondando a cabeça do leitor: *Por que as teorias da legislação e da argumentação legislativa deveriam se preocupar com a mentira, com a reserva mental, com o que está oculto – e*

umentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.”). De acordo com o PL, embora se mencione para seus próprios fins, considera-se trabalho escravo o seguinte: I - a submissão a trabalho forçado, exigido sob ameaça de punição, com uso de coação, ou que se conclui da maneira involuntária, ou com restrição da liberdade pessoal; II - o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; III - a manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho ou a apropriação de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; e IV - a restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída com empregador ou preposto. Nas audiências para discussão do PL em questão, tendem a ocorrer debates acalorados sobre a existência de “outras razões”, com afirmações de que “não são verdadeiras” as justificativas dadas para o PL, entre outras alegações de mentira.

⁶⁹ “Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade. (...)”.

⁷⁰ Eis o teor do dispositivo em comento: “**Artículo 113.** 1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura. 2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno. 3. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas. 4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.”

⁷¹ Eis o teor do dispositivo em comento: “Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada. (...)” (Redação dada pela EC de Revisão nº 2, de 1994).

⁷² “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: (...) III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar; (...)”

pertence ao contexto da descoberta –, se o que interessa são as “razões dadas para a decisão”, os argumentos que vão plasmados no papel, o chamado contexto de justificação?

Para contestar a questão, recorde-se que Jeremy Bentham, como já comentado na Parte II, categoricamente afirmava que o maior inimigo a ser combatido dentro do Poder Legislativo são os interesses escusos. Se essa intuição de Bentham está correta, então as teorias da legislação e da argumentação que cuidam simplesmente do que “aparece dito” – sem o cuidado de comprovar a procedência das razões dadas, se correspondem (ou não) a valores e interesses legítimos – não serão uma teoria completa, ou, se se prefere, não contribuirão para o aperfeiçoamento institucional e das práticas legislativas.

Por essa linha de raciocínio, se a mentira é o veículo portador de interesses políticos suspeitos, as teorias da legislação e da argumentação legislativa pareceriam ter que se dedicar ao tema, juntamente com a já mencionada racionalidade política. Com isso, já poderiam surgir algumas impressões iniciais quanto ao tema da mentira na atividade política.

Em primeiro lugar, o engano parece ser uma regra essencial na política, no sentido de algo antigo, inevitável e difícil de combater, o que não necessariamente deve ser tomado para conduzir a uma acomodação, ou seja, é necessário pensar medidas para limitar a mentira⁷³.

Nada obstante, em segundo lugar, pareceriam existir tipos e graus de mentira. Algumas supostamente seriam “nobres”, como as contadas para evitar um mal maior (equivalentes às “mentiras saudáveis” de que fala Swift), as “boas”, para aumentar o bem-estar e a felicidade, e as “sujas”, como, por exemplo, as usadas para ocultar o recebimento de uma vantagem ilícita ou a prática de um crime.

Desse modo, a tarefa teórica seria aprofundar as circunstâncias de uma e de outra, bem como os matizes dessa gradação⁷⁴. Trata-se de responder à seguinte pergunta: *quando os legisladores podem mentir?* Um advogado, por exemplo, poderia mentir para defender um réu

⁷³ Hannah Arendt, em ensaio a pretexto do escândalo sobre os papéis do Pentágono, assim se manifestou sobre a mentira na política: “(...) *La sinceridad nunca ha figurado entre las virtudes políticas y las mentiras han sido siempre consideradas en los tratos políticos como medios justificables. Cualquiera que reflexione sobre estas cuestiones solo puede sorprenderse al advertir cuán escasa atención se ha concedido en nuestra tradición de pensamiento filosófico y político a su significado, de una parte por lo que se refiere a la naturaleza de la acción y de otra por lo que atañe a nuestra capacidad para negar en pensamientos y palabras lo que resulte ser el caso.*” (La mentira en la política. Reflexiones sobre los documentos del Pentágono. In: **Crisis de la República**. Madrid: Trotta, 2015, p. 12). A autora também já tinha se dedicado ao tema anteriormente no ensaio *Verdad y política* (In: **Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política**. Barcelona: Península, 1996, pp. 239-277)

⁷⁴ Nessa linha, Santo Agostinho (354-430 d.C.) escreveu dois tratados sobre o tema: *De mendacio* (On lying ou Sobre a mentira) e *Contra mendacium* (Against lying ou Contra a mentira). O autor distingue oito tipos de mentira, que são classificadas de acordo com a intenção e a justificação que pode ser utilizada. O caso seria de resgatar, revisar e, se for o caso, atualizar o estudo.

inocente. A ideia de Bentham pareceria ir mais ou menos pela mesma linha: para aprovar “leis boas”. Nada obstante, pareceria necessário aprofundar mais critérios⁷⁵.

Em terceiro lugar, pareceria conveniente rejeitar a ideia de naturalizar a mentira (ou considerá-la como necessária) na política, especialmente na produção legislativa. É que essa prática, em última instância, equivale à fraudar a própria noção democrática. Aceitar seu uso amplamente, sem mais, anula as condições necessárias para a interação racional entre os indivíduos, para o exercício da cooperação democrática. Além disso, dessa permissibilidade podem decorrer consequências graves. A perda da capacidade dos indivíduos para distinguir o que é verdade e o que é mentira seria apenas uma amostra do que pode acontecer.

Sendo esse o pano de fundo, em quarto lugar, pareceria necessário investigar técnicas de como detectar mentiras, especialmente as “más” (muito embora aqui se tenha dúvidas sobre a existência de uma categoria de mentiras “boas”). Isso, obviamente, em uma abordagem mais profunda do que as comumente encontradas na literatura disponível⁷⁶.

Em quinto lugar, conviria estabelecer a diferença entre o que é mentira propriamente dita e uma outra categoria de embuste a que se poderia chamar de simplesmente “conversa fiada” (*charlatanería*), assim entendida como o discurso que, embora também engane, tem mais a pretensão de disfarçar a ignorância de quem o produz ou aumentar algum logro. Trata-se de uma mentira em um sentido fraco, por assim dizer, que denota muito mais a atitude

⁷⁵ Marshall Cohen, discorrendo sobre o ceticismo moral nas relações internacionais, dá uma luz sobre o modo como a questão da mentira poderia ser tratada no âmbito legislativo. Muito resumidamente, o autor sustenta que as situações que justificam a mentira no âmbito privado não são diferentes das que tornam a mentira aceitável no âmbito público. De acordo com suas próprias palavras: “*Hay ocasiones en que es moralmente aceptable, y quizás incluso obligatorio, mentir, romper las promesas, e incluso matar en defensa propia o en defensa de partes inocentes. Ciertamente, cuando uno entra en el campo político toma este camino, o al menos yo lo hago: mentir a la Gestapo para salvar al judío del ático, romper una promesa de carácter relativamente poco importante para salvar a alguien que ha resultado gravemente herido en un accidente o, como digo, matar o usar la violencia en respuesta a agresiones.*” (COHEN, Marshall. *Escepticismo moral en las relaciones internacionales*. *Doxa*, n. 03, 1986, pp. 243-256, p. 248). Nesse sentido, o autor considera moralmente aceitável contar uma mentira para salvar o próprio país de um ataque injusto, por exemplo. Para Cohen, estão equivocadas as perspectivas segundo as quais as ações no âmbito internacional devam ser julgadas mediante um *standard* político (promoção do interesse nacional), não moral, ou, então, que haveria uma concepção moral especial no âmbito da política internacional (p. 251). Talvez a mesma lógica pudesse ser transplantada para a esfera legislativa.

⁷⁶ Sobre o ponto, existe farta bibliografia no caminho da linguagem corporal, programação neurolinguística e semelhantes, como por exemplo: LIEBERMAN, David J.. *Never be lied to again*. New York: St Martin's Press, 2000; EKMAN, Paul. *Como Detectar Mentiras. Una guía para utilizar en el trabajo, la política y la pareja*. Barcelona: Paidós, 2009; ÁLAVA REYES, María Jesús. *La verdad de la mentira*. Madrid: La Esfera Editorial, 2016; ALLEN, Steve. *Cómo detectar mentiras y engaños a través del lenguaje corporal*: Createspace Independent Pub, 2016, entre outros. No entanto, aqui se acredita ser necessário mais do que um polígrafo. A preocupação é com os interesses subjacentes. Desse modo, a contribuição do enfoque argumentativo seria no sentido de indicar quais perguntas devem ser feitas durante os processos argumentativos para revelá-los. No caso, outras além das óbvias já sugeridas: “quem são os beneficiários diretos da medida?”, “quem mais se beneficia indiretamente?”, “quem paga a conta?”, “por que a alternativa escolhida é melhor que as demais possíveis?”. Talvez o aprofundamento das teorias conduzisse a outras perguntas além dessas mencionadas.

presunçosa por parte de quem recorre a tal expediente. Na mentira, pareceria existir uma intenção mais forte e deliberada em promover uma falsidade⁷⁷.

Já em uma vertente mais empírica, com atenção às peculiaridades de cada sistema, em sexto lugar, conviria investigar com mais densidade quais foram os políticos mais mentirosos da histórica, quais partidos políticos costumam mentir mais nos últimos tempos, quais foram as maiores mentiras já contadas, etc.

Somente uma reflexão mais profunda sobre a questão poderia conduzir um melhor tratamento do tema, com considerações mais conclusivas sobre a necessidade (ou não) de abolir as mentiras (ou determinados tipos delas) na prática legislativa. Até mesmo porque isso também exigiria se enveredar por questões morais e éticas, envolvendo a política⁷⁸.

Neste momento, o que parece certo é que dar as costas para o tema – e os problemas nele envolvidos – equivale à pretensão de viver (e fazer teoria) em um mundo cor-de-rosa que definitivamente não é o que corresponde à realidade. Se existe esse compromisso de que as teorias tenham elementos minimamente realistas (ou seja, estejam atentas ao que acontece) e pretensão de correção (leia-se, o objetivo de melhorar o mundo), a diretriz teórica aqui sugerida está justificada⁷⁹.

⁷⁷ Defendendo a existência dessa diferença, assim se manifesta Harry G. Frankfurt: *“Contar uma mentira tem um foco, um objetivo preciso e concreto. É pensado para inserir uma falsidade particular num ponto específico de um conjunto ou sistema de crenças, para evitar as consequências de esse ponto ser ocupado pela verdade. Isto requer um grau de perícia no qual o mentiroso se submete às restrições objetivas impostas por aquilo que considera como verdadeiro. (...) Por outro lado, uma pessoa que recorre à conversa fiada ganha nesse percurso um muito maior grau de liberdade. O seu foco é mais abrangente e não tão conciso. Não se limita a inserir um certo grau de falsidade num ponto específico e, portanto, não está limitado pelas verdades que cercam esse ponto ou que o atravessam. (...)”* (**Bullshit – A conversa, o embuste e a mentira**. Lisboa: Bookout serviços, 2018, pp. 55-56). Em outra passagem, o mesmo autor afirma: *“(...) O agente da conversa fiada pode não nos conseguir enganar, nem ter a intenção de o fazer, seja sobre factos, seja sobre o que faz com eles. Aquilo em que nos tenta necessariamente enganar, é em relação ao que pretende.”* (Idem, ibidem, p. 58). Por fim, arremata sua análise: *“(...) a conversa fiada é estimulada sempre que as obrigações de uma pessoa ou as oportunidades que lhe dão para falar de alguém de algum assunto são maiores do que o seu conhecimento de facto dos temas”* (Idem, ibidem, p. 66).

⁷⁸ No que diz respeito às relações entre ética e política, convém mencionar os conceitos de Weber sobre a “ética da convicção” e a “ética da responsabilidade”. Na primeira, as ideias políticas encontram justificação em si mesmas, independentemente de suas consequências práticas no mundo, desde que a intenção formada pela própria ideia seja “correta”. Por seu turno, na ética da responsabilidade, são consideradas as consequências dos atos e das intenções. Na ação política, de modo especial, necessariamente são produzidas consequências, mas estas podem não seguir um padrão linear, nem serem desejadas, intencionadas ou antecipadas. Weber defende a necessidade de que ambas éticas sejam combinadas, mas com especial ênfase na ética da responsabilidade.

⁷⁹ De outra maneira, as teorias da legislação e da argumentação legislativa ficarão, por assim dizer, de mãos atadas, com uma capacidade muito limitada de atuação. Para usar uma metáfora forte, lembraria a atuação de Procusto, personagem da mitologia grega. Segundo a história, Procusto era proprietário de uma pequena hospedaria em Coridalo, Ática, no meio do caminho entre Atenas e Eleusis, onde aconteciam ritos místicos. Seu hábito era oferecer aos viajeiros um jantar generoso e convidá-los a passar a noite em uma cama especial, feita de ferro, de seu exato tamanho. Procusto queria que seus hóspedes se encaixassem à perfeição nesse leito. Então, segundo se conta, quando esses eram grandes (mais altos), Procusto amputava o excesso de comprimento das vítimas (pés, pedaços das pernas), para que coubessem na cama; ao passo que, quando eram baixinhos, os esticava. A ilustração da “cama de Procusto” é usada para representar as tentativas de “imposição de um padrão”, mas talvez também denotasse a ideia que se pretende transmitir aqui no sentido de querer a todo custo

Do que se trata é de fazer com que a explicação e a justificação coincidam e de abolir as chamadas “motivações hipócritas”, assim entendidas as que ocultam as “verdadeiras” razões⁸⁰. Inclusive, essa seria a principal crítica às teorias *standard* da argumentação, pois deixa de fora razões explicativas que precisam aparecer e não deveriam ser ocultadas.

Seja como for, a intuição sugeriria que o melhor caminho a seguir é o do reforço das práticas argumentativas, a cultura de dar e receber razões de que se comentava, na confiança de que, embora algumas vezes tarde, a verdade, a honestidade – ou os melhores interesses, se se prefere –, acabem prevalecendo.

Por essa razão, emerge a importância de que o debate parlamentar esteja focado nos valores políticos a serem alcançados pelo Estado e nos interesses em jogo em relação a cada decisão legislativa, sobretudo naquelas que implicarão um peso para a maior parte da população, como, por exemplo, as reformas de previdência social, aumento de tributos, medidas de austeridade fiscal em geral, etc.

Perceba-se que a referência a tais “valores políticos” já faz sair do campo da racionalidade política (de caráter puramente instrumental) que se vinha comentando até o momento, entrando no campo da Política com “p” maiúsculo. Aqui, trata-se de impedir que as melhores razões nos debates públicos e legislativos sejam ofuscadas, escondidas, superadas, por más razões, pela “má-política”.

Seguindo por essa vereda, é possível que se consiga desenvolver as desejáveis regras do debate parlamentar *lato sensu*, ou seja, como gênero que contemplaria todas as formas de argumentação dentro do Poder Legislativo, em relação ao qual a argumentação desenvolvida no processo de elaboração das leis certamente apresenta especificidades.

Sem prejuízo, o melhor caminho para aperfeiçoar a política no legislativo é reforçar o debate e a argumentação como atividades necessárias de dar e receber razões, de justificar e criticar proposições. Em um Estado Constitucional o governo (ou o Parlamento), ao propor leis e políticas públicas, deve apresentar razões. Para que prevaleçam as melhores razões, é necessário dar um passo adiante, o que significa submeter tais razões a um exame crítico acurado via discussão. Assim, além de dar razões, é necessário que essas resistam ao embate democrático.

que algo se encaixe em uma matriz pré-estabelecida. Em outras palavras, a teoria não deveria simplesmente cortar a realidade para ajustá-la ao seu modelo de análise.

⁸⁰ Nas palavras de Jesús E. Peces Morate (citador por ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentación Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013, pp. 146-148), as motivações hipócritas “*Son aquellas que, después de adoptar la decisión por una causa concreta, ésta no se hace explícita y se justifica mediante argumentos más o menos laboriosamente elaborados. No siempre las razones de esas decisiones son espurias o desacertadas, sino que no se considera oportuno expresarlas abiertamente, con lo que, en definitiva, contienen una motivación inveraz por no ser la auténticamente determinante de la decisión.*” (p. 147).

Infelizmente, dadas as limitações de tempo e espaço, o desenvolvimento desses pontos ficará para outra ocasião.

5.5. As conexões entre legislação e corrupção

Como se acaba de ver, a racionalidade política, a preocupação em perpetuar-se no poder, o “olho nas urnas” das decisões legislativas, podem portar interesses escusos, com potencial de corromper o Estado de direito, voltando-se para o alcance de fins (ou utilizando-se de meios), que definitivamente não são os da coletividade. Por essa razão, dando sequência à lista de temas (cujo desenvolvimento teórico se reputa necessário por parte das teorias da legislação e da argumentação legislativa), deve-se mencionar a explicação da conexão entre legislação e corrupção.

Este ponto não guarda qualquer contrapartida nas Partes I e II, precisamente porque as principais teorias simplesmente se calam quanto a este grave problema que acomete a atividade legislativa, especialmente no Brasil. Trata-se de um vazio teórico para o qual se pretende chamar a atenção. Assim, antes de qualquer objeção sobre a pertinência de abordar a corrupção em um trabalho sobre teoria da legislação e argumentação legislativa – pois se trata de um tema óbvio –, convém recordar o foco da preocupação da presente tese, qual seja, o Parlamento brasileiro. Dessa forma, convém registrar uma realidade grave envolvendo esse contexto.

O processo legislativo no país, conforme indicam notícias e denúncias, vem sendo usado para a prática de crimes. A corrupção “compra” (literalmente) de leis, medidas provisórias, emendas parlamentares aos projetos de leis (e de conversão de medidas provisórias) e votos favoráveis dos deputados e senadores no plenário, somente para citar as condutas mais preocupantes^{81, 82}.

⁸¹ A Operação Zelotes da Polícia Federal investiga denúncias nesse sentido. A imprensa está farta de notícias quanto ao caso: SERAPIÃO, Fabio; FABRINI, Fábio; MATAIS, Andreza. PF indícia Lula por venda de Medida Provisória. Para polícia, ex-presidente teria praticado o crime de corrupção passiva para aprovar a MP do Refis; se o Ministério Público acatar a sugestão da PF, ex-presidente se tornará réu no segundo processo sobre venda de MPs. **Estadão**, 17/05/2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pf-indicia-lula-por-venda-de-medida-provisoria,70001784261>>. Acesso em: 08 abr. 2018; ALESSI, Gil. Odebrecht pagava até 7 milhões de reais por lei aprovada no Congresso. Empreiteira fazia pagamentos a senadores e deputados que defendessem suas emendas, interesses e projetos de lei. **El país**, 19/12/2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/12/politica/1481572367_344629.html>. Acesso em: 08 abr. 2018; JIMÉNEZ BARCA, Antonio. Delação da Odebrecht revela troca de leis por doações a campanhas do PMDB. Cláudio Melo Filho coloca presidente Michel Temer e Romero Jucá no centro da trama corrupta. **El país**, 16/12/2016. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/10/politica/1481402883_207587.html>. Acesso em: 08 abr. 2018.

⁸² Na Argentina, chegam a existir relatos de compra de omissões, inclusive, para que os parlamentares simplesmente fiquem quietos, ou seja, para que se abstenham de manifestar sua oposição à maioria.

Inclusive, abra-se um breve parêntese para comentar as repercussões jurídicas que já começam a rondar os debates sobre essa espécie de “vício na origem” das leis. Potencialmente, as condutas entrariam como vício de decoro parlamentar e contaminariam o processo legislativo. A discussão sobre o grau de reprovação de tais condutas e a consequente capacidade para macular as leis aprovadas nessas circunstâncias já está pendente de julgamento no âmbito do STF.

As ADIs n. 4887, 4888 e 4889 – ajuizadas, respectivamente, pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol/Brasil), pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (CSPB) e pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em 2012 – questionam a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 41/2003 (que implementou uma Reforma da Previdência), sob alegação de que a matéria foi aprovada mediante compra de votos de parlamentares que eram liderados por réus condenados pelo STF na Ação Penal n. 470, mais conhecida como o caso do “Mensalão”.

O argumento central é o chamado “vício de decoro parlamentar” (em razão da compra de votos favoráveis), o qual invalidaria o processo legislativo de formação e aprovação da emenda constitucional, em função do contexto criminoso de compra e venda de apoio político e de votos.

Especificamente na ação ajuizada pelo PSOL (ADI n. 4889), alega-se, ainda a violação princípios da representação popular e da moralidade. Na petição inicial, foi feito um mapa de votação: foram 358 votos favoráveis, 126 contrários e 9 abstenções. Ocorre que 108 parlamentares que votaram a favor da reforma sob orientação dos líderes partidários Valdemar Costa Neto, Roberto Jefferson e Pedro Henry não o teriam feito representando o povo, mas sim seus próprios interesses, de acordo com a argumentação.

Retoricamente, pergunta-se na inicial mencionada: *“Pode uma norma ser considerada constitucional quando a Suprema Corte reconheceu que líderes de bancadas, que representaram 108 votos, receberam dinheiro para aprovar uma Emenda Constitucional?”*. Do ponto de vista constitucional, o vício estaria contemplado no art. 55, § 1º, da CF/88, cujo teor é o seguinte: *“Art. 55. (...) § 1º É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.”*.

Fechando esse breve parêntese para justificar o grau de conexão do tema legislação e corrupção e sua importância para as discussões no cenário brasileiro, vê-se, portanto, a urgência de que as teorias da legislação e da argumentação legislativa se preocupem com a questão que se acaba de relatar.

Nesse sentido, para que tais teorias se tornem completas, parece ser necessário que se deem as seguintes condições: 1) o devido tratamento teórico sobre a corrupção; 2) a revelação das maneiras pelas quais a corrupção afeta a legislação; e 3) a exposição das formas de combater a corrupção legislativa, nem que seja pela revelação de sua ocorrência, apontando-se nos discursos argumentativos os indícios de sua existência.

As teorias da argumentação, ao oferecerem os instrumentos para revelar os maus argumentos, as falácias e as incoerências das propostas e teses defendidas no Parlamento, serviriam também para desmascarar seus portadores, é dizer, evidenciar os atores e os interesses escusos por trás das respectivas atuações dentro do Poder Legislativo.

Não se pode fechar os olhos para a conexão que existe entre política e corrupção e, dado que a atividade legislativa está permeada de política, o caso é de investigar como se pode corromper a legislação. Não se trata de tarefa fácil. Uma clara dificuldade que envolve o tema são as fronteiras tênues entre a atuação política legítima e a troca de favores que descamba na corrupção sem mais.

Com efeito, convém explicar o que se entende por corrupção. Nas muito precisas palavras de Ernesto Garzón Valdés:

A corrupção consiste na violação limitada de uma obrigação por parte de um ou mais decisores com o objetivo de obter um benefício pessoal ou extraposicional do agente que o(s) suborna ou a quem extorque(m) em troca da outorga de benefícios para o subornante ou o extorquido que superam os custos do suborno ou do pagamento ou serviço extorquido.⁸³

Para esclarecer melhor a conexão aqui traçada entre legislação e corrupção, basta remeter à ideia fundamental dos escritos de Hans F. Sennholz, para quem o governo – ao deter o monopólio da criação de novas leis e da aprovação de emendas orçamentárias, as quais depois serão utilizadas no pagamento das empresas encarregadas das obras públicas por ele mesmo (o governo) escolhidas como adequadas –, “*gera oportunidades para se roubar legalmente*”⁸⁴. De fato, o processo legislativo ao fim “formalmente” será legal.

Conforme a linha de raciocínio desenvolvida por esse autor:

⁸³ No original: “*La corrupción consiste en la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado*”. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca del concepto de corrupción. In: CARBONELL, Miguel; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coords.). **Poder, derecho y corrupción**. Madrid: Siglo XXI, 2003, pp. 19-44, pp. 30-31.

⁸⁴ Uma teoria simples sobre a corrupção. A arte da política está em conseguir aplausos dos favorecidos e apoio dos espoliados. **Mises Brasil**, 14/04/2017. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1822>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

Grupos de interesse — por exemplo, grandes empresas, empreiteiras ou empresários com boas ligações políticas — ansiosos por adquirir vantagens que não conseguem obter no livre mercado irão procurar determinados políticos e fazer *lobby* para “convencê-los” a aprovar uma determinada legislação que lhes seja benéfica, ou para pressionar que sua empresa (ou empreiteira) seja a escolhida para uma obra pública.

A legislação pode ser desde a imposição de tarifas de importação até a criação de regulamentações que irão dificultar a entrada de novos concorrentes em um mercado específico. Pode também ser uma mera emenda orçamentária que irá beneficiar alguma empreiteira que será agraciada com a concessão de alguma obra pública.⁸⁵

A conclusão do autor vai no sentido da existência de uma corrupção endêmica, que não pode ser eliminada, a qual começa inclusive antes, corrompendo a própria linguagem, ao empregar expressões de eufemismo como “contribuições de campanha” ou “doações” que nada mais são que as velhas conhecidas “propinas” (*comisiones ilicitas*). Para Hans F. Sennholz, senadores, deputados e burocratas reguladores, todos, estão propensos a essa dinâmica sistemática, pela qual os políticos se tornam meros porta-vozes dos interesses de seus financiadores de campanha.

Esse panorama é traçado por Hans F. Sennholz como premissa (“governo é corrupção, governo é roubo”) de seu argumento, desenvolvido em outros escritos, rumo a uma defesa radical da liberdade, já beirando ao anarcocapitalismo⁸⁶. Muito embora aqui não se concorde nem de longe com tal linha teórica – que, além de cética e radical, equivale à analogia de alguém que, com dor de cabeça, resolve cortar a cabeça (em outras palavras, “se o problema é o Estado, então acabe-se com ele”) –, o fato é que parecem valiosas as contribuições quanto ao diagnóstico dos problemas (porém não quanto às soluções, repita-se) envolvendo a realidade da atividade legislativa. É dizer, o autor consegue explicar os mecanismos fáticos que distorcem a finalidade das leis.

Trata-se da “corrupção da lei”, como já em 1850 criticava Frédéric Bastiat⁸⁷. O autor usava o termo não no sentido de crime (uso mais comum da expressão hodiernamente), mas

⁸⁵ Idem, *ibidem*.

⁸⁶ Disponíveis em: <<https://www.mises.org.br/SearchByAuthor.aspx?id=85&type=articles>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

⁸⁷ Para Frédéric Bastiat, a lei é a organização coletiva do direito individual de legítima defesa. Todas as vezes que se faça um uso da lei extrapolando a sua função essencial de proteger o homem (sua legítima defesa, seja a própria liberdade, seja sua propriedade), haveria opressão e espoliação “legal”. O argumento está desenvolvido na publicação de 1850 *A lei* (Barueri, SP: Faro editorial, 2016), onde ainda avança: sempre que a lei começa a ser usada como instrumento de espoliação, a atividade legislativa se torna uma disputa entre vários grupos para se apoderar dela e espoliar os outros. Como consequências, nas palavras de Eduardo Levy: “(...) a liberdade é ferida, a prosperidade é impedida e a estabilidade é impossível” (Introdução. In: BASTIAT, Frédéric. *A lei*. Barueri, SP: Faro editorial, 2016, p. 12). O pensamento de Frédéric Bastiat, influenciado pelo de John Locke, se insere no chamado liberalismo clássico – corrente político-econômica para a qual a liberdade individual é o valor político fundamental e o principal promotor do progresso, – e se volta contra todos os que pretendessem dar mais poder ao Estado, como os intervencionistas, os planejadores, os protecionistas e os socialistas. É bem verdade que o liberalismo tem uma fama questionada, mas parece ter compreendido bem alguns dos problemas que acometem a realidade da dinâmica legislativa e para os quais convém não fechar os olhos. Talvez algumas ideias

sim para transmitir a ideia de a lei ser desvirtuada de seu propósito, posta a serviço do inteiramente contrário, convertida em instrumento de cobiça de todos os tipos, para práticas “legais”⁸⁸.

Em uma linha semelhante (mas sem a defesa do anarcocapitalismo), e analisando especificamente o contexto brasileiro, Sérgio G. Lazzarini denomina essa atuação do Estado, favorecendo pequenos grupos e distribuindo benefícios segundo critérios opacos, como “capitalismo de laços” ou “capitalismo de Estado”⁸⁹. Nesse plano, o Estado, já corrompido, faz uso não só a legislação, mas também de outros instrumentos (concessão de empréstimos públicos, subvenções, barreiras regulatórias à concorrência, etc.), em uma trama cujo combate é muito mais difícil.

O referido autor faz uma profunda análise das diferentes formas do que ele chama “combinação entre o capital público e o capital privado” (leia-se, corrupção), via governo, partidos políticos, Poder Legislativo e outras redes (empresas públicas, agências reguladoras, bancos de fomento, etc.), mostrando que os modos de atuação dos novos “donos do poder” (retomando o clássico de Raymundo Faoro escrito em 1958⁹⁰) são mais sofisticados.

A corrupção não é um problema novo, nem pouco estudado. Já existe uma extensa bibliografia abordando a corrupção em seus mais diversos aspectos da Administração Pública, da vida cotidiana, nos esportes, do ponto de vista ético, econômico, político, jurídico, entre outros⁹¹.

de Bastiat merecessem nova “roupagem”, mas a essência de continua atual, porque, de fato, um dos grandes desafios da legislação (atividade) é o de fazer coincidir os interesses particulares com o interesse geral, sem que os primeiros prevaleçam como se fossem os últimos. Frédéric Bastiat era membro do parlamento francês nas filas do partido socialista e participou do movimento para acabar com o protecionismo inglês dos produtores de grãos.

⁸⁸ De acordo com Bastiat, a lei teria sido corrompida por influência de duas causas: a cobiça obtusa e a falsa filantropia (Idem, ibidem, p. 30). E, diante da espoliação praticada, restam duas alternativas às vítimas: interromper a espoliação legal ou participar dela (p. 34).

⁸⁹ **Capitalismo de laços**. Os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Depois, o mesmo autor, juntamente com Aldo Musacchio, professor da Harvard Business School, lançou um estudo aprofundando a análise do fenômeno no Brasil e em outros países em **Reinventando o capitalismo de Estado**. O Leviatã nos negócios: Brasil e outros países (São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015), tradução do original em inglês **Reinventing State Capitalism**. Leviathan in Business, Brazil and Beyond (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2014).

⁹⁰ **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001.

⁹¹ Apenas para listar algumas exemplos: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta. **Isonomía**, n. 21, 2004, pp. 09-21; LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza Editorial, 1997; LIFANTE VIDAL, Isabel. Responsabilidad versus corrupción: A propósito de algunas tesis de Rodolfo Vázquez. In: LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo; CERDIO HERRÁN, Jorge (Coords.). **Entre la libertad y la igualdad**: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez. Tomo II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 103-126; MALEM SEÑA, Jorge F. La corrupción: Algunas consideraciones conceptuales y contextuales. **Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria**, n. 104 (extra), 2, 2016, pp. 25-41; _____. **La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos**. Barcelona: Gedisa, 2014; _____. Derechos humanos y corrupción. **Crítica**, n. 989, 2014, pp. 48-51; _____. La corrupción

Nada obstante, a linha de pesquisa que se sugere aqui vai no sentido de que sejam aprofundados os estudos sobre a corrupção, sobretudo a que envolve os aspectos da vida política e legislativa⁹². Especialmente no Brasil, urge que sejam aprofundadas essas questões, dado o elevado grau de decomposição do sistema político e do processo legislativo, conforme as denúncias mencionadas.

O tema é delicado e as dificuldades de tratar a corrupção no seio da atividade legislativa, como já dito, são grandes. Basta recordar que, conforme muito bem assinalado por Francisco Laporta, “(...) *No mundo da discricionariedade, a corrupção sempre encontra um caminho possível*”⁹³. Ou seja, quanto maior o nível de discricionariedade dos decisores, aumentam-se as possibilidades de “ganhos extras”. E, como pontua Rodolfo Vázquez⁹⁴, as possibilidades de que o indivíduo que decide viole seu dever serão maiores nos contextos em que as decisões públicas se tomem em regime de monopólio.

Parece desnecessário frisar que a atividade legislativa praticada no Poder Legislativo representa um dos âmbitos em que mais se goza de discricionariedade – os limites, como já pontuado, são basicamente os da Constituição – e somente o Parlamento pode legislar, não há “concorrente”, como também já tinha observado Hans F. Sennholz.

Para o âmbito da Administração Pública, o conselho que dá Francisco Laporta vai no sentido de reduzir, na maior medida possível, a discricionariedade das decisões relevantes, especialmente as que envolvem matéria econômica. Para isso, sugere que sejam definidos objetivos, critérios e procedimentos, os quais, por seu turno, igualmente devem ser estabelecidos da maneira mais precisa possível. Como reconhece o próprio autor, trata-se de

en el deporte. **FairPlay: Revista de filosofía, ética y derecho del deporte**, v. 2, n. 2, 2014, pp. 105-121; _____. La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales. **Illes i imperis: Estudios de historia de las sociedades en el mundo colonial y post-colonial**, n. 16, 2014, pp. 169-180; _____. Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán. **Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude**. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 411-422; _____. Corrupción, racionalidad y educación moral. In: *Ética, Filosofía y Derecho: hacia la construcción ética de lo público*, 2004, pp. 51-63; _____. Corrupción, Normas Morales y Educación. **Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho**, n. 5, 2003; _____. La corrupción política. **Jueces para la democracia**, n. 37, 2000, pp. 26-34; VÁZQUEZ, Rodolfo. Estado de derecho y corrupción (compromisos para un universitario). **Revista de Investigaciones Jurídicas**, n. 20, 1996, pp. 833-842; _____. Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos. **Doxa**, n. 30, 2007, pp. 205-216.

⁹² Por exemplo, citem-se: FLUMIAN, Renan; GARCIA, Wander. **Dr. Corrupção. Como ser eleito, manter-se no poder e ganhar muito dinheiro na política**. Indaiatuba, SP: Editora Artem Vivendi, 2015; SELIGMAN, Milton; MELLO, Fernando (Orgs). **Lobby desvendado. Democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Record, 2018.

⁹³ No original: “(...) *En el mundo de la discrecionalidad la corrupción encuentra siempre un camino posible*”. LAPORTA, Francisco J.. Corrupción política: Introducción general. In: LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza Editorial, 1997, pp. 19-36, p. 31.

⁹⁴ VÁZQUEZ, Rodolfo. Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos. **Doxa**, n. 30, 2007, pp. 205-216.

nada mais que a aplicação prática do princípio básico da legalidade na atuação administrativa e de controle do poder pelo Direito.

Ocorre que essa orientação pareceria não servir para conter a corrupção no âmbito da tomada de decisões para a elaboração legislativa.

Uma possível maneira nesse sentido poderia ser adoção de uma regra de ouro: as leis não devem conter mais dispositivos que o estritamente necessário para a disciplina a que se propõe. Com a medida, a corrupção seria evitada em um duplo sentido: 1) quanto ao conteúdo, inserido por corrupção no processo legislativo e 2) quanto à desburocratização, reduzindo as “dificuldades” que oportunizam a venda das “facilidades” no momento da aplicação da lei.

Ocorre que nada substitui a obediência da *ratio* inerente à própria ideia de um processo legislativo: a prioridade do interesse público. Sem isso, predominam as particularidades e o Congresso Nacional se converte em um “balcão de negócios”, na bem empregada metáfora de José Eduardo Faria^{95, 96}.

Isso porque a natural, esperada e desejada barganha política não deveria ultrapassar determinados limites éticos. A democracia tem que ser um valor, não uma forma de capturar o poder. Não há, contudo, ingenuidade a ponto de pretender uma crônica parlamentar inocente. Trata-se de, ao menos, conservar o ideal normativo das ideias já expostas por Jeremy Bentham em seu tempo (sobretudo o que diz na primeira parte):

Mas para fazer leis boas por si só e baseadas em razões boas e suficientes, o legislador precisaria de uma probidade imune aos interesses escusos e de uma inteligência capaz de apreender em toda a sua amplitude e aplicar em seu pormenor o princípio da utilidade geral, o princípio da maior felicidade do maior número.⁹⁷

⁹⁵ Processo legislativo como balcão de negócios. **Instituto Milenium**, 08/11/2017. Disponível em: <<https://www.institutomillennium.org.br/general-politica/processo-legislativo-como-balcao-de-negocios/>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

⁹⁶ Esse “balcão de negócios” seria revelado por alguns números, como os revelados por Bruno Carazza em **Dinheiro, Eleições e Poder** (São Paulo: Companhia das letras, 2018). De acordo com o levantamento realizado por esse autor entre os anos de 2001 a 2017, dos 81 senadores, apenas 23 foram relatores de medidas provisórias na Casa, o que indica uma grande concentração de poder nesses parlamentares “negociadores”. Em seguida, Carazza mostra que, especialmente a partir de 2007 (até o final do mandato do governo Dilma), 68% desses relatores receberam doações (financiamento de campanha) dos setores vinculados às MPs sob suas responsabilidades. Os setores mais interessados nesse tipo de “troca” são: construção, alimentício e bebidas, financeiro, siderurgia e metalurgia, mineração e farmacêutica.

⁹⁷ Na tradução espanhola consultada: “*Pero para formas leyes buenas en sí mismas y confortadas por buenas y suficientes razones, precisaría el legislador de una probidad imune a los intereses siniestros y de una inteligencia capaz de aprehender en toda su amplitud y aplicar en su pormenor el principio de la utilidad general, el principio de la mayor felicidad del mayor número.*” (BENTHAM, Jeremy. **Falacias políticas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 60).

Seguindo essa linha de raciocínio, haveria que acabar com a “cleptocracia”. A política não se pode fazer mediante a prática contumaz de crimes. E a corrupção não pode continuar tomando de assalto a legislação (e, claro, o Estado como um todo), especialmente como vem ocorrendo no Brasil, com denúncias envolvendo a compra de parlamentares para atuarem de determinada maneira em relação à aprovação das leis.

Não basta que o Poder Legislativo seja capaz de “gerir sua própria imagem” com um *marketing* político simplesmente. Isso, inclusive, por uma questão simbólica muito importante para o Direito: a fonte de autoridade. Se essa não é legítima, se está corrompida, se não se comporta com decoro, naturalmente a legislação por ela produzida perde força.

A verdadeira democracia, tomando emprestada a ideia de José Eduardo Faria, não tem a ver somente com “quem” decide, mas também com o modo “como” se decide, o que exigiria a obediência a uma ética pública⁹⁸.

Nesse contexto, emerge a importância de dar mais atenção às argumentações no âmbito do Poder Legislativo como verdadeira “arma” para a defesa dos valores do Estado Constitucional, impedindo que as causas ruins, os interesses escusos e o corporativismo – como doenças mais graves que podem acometê-lo – encontrem refúgio no processo legislativo e se convertam em legislação.

Naturalmente, um dos capítulos das teorias da argumentação que mais poderiam auxiliar nesse sentido é o das falácias, como já havia sido detectado por Jeremy Bentham⁹⁹. Mas esse é apenas um deles, pois a simples ousadia no discurso já pode fazer muito. Recorde-se, por exemplo, o exemplo de Cícero¹⁰⁰, que já se preocupava com a corrupção e a

⁹⁸ Processo legislativo como balcão de negócios. **Instituto Milenium**, 08/11/2017. Disponível em: <<https://www.institutomilenium.org.br/general-politica/processo-legislativo-como-balcao-de-negocios/>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

⁹⁹ Há duas versões do livro: uma primeira, de 1816, em francês (*Traité des sophismes politiques*, publicado conjuntamente com *Tactique des assemblées législatives* organizados por Etienne Dumont); e outra em inglês, de 1824, *The Book of Fallacies: from unfinished papers of Jeremy Bentham, by a friend* (organizado por Peregrine Bingham). A versão francesa foi traduzida para o espanhol em 1944 pelo argentino Francisco Ayala, recebendo o título de *Tratado de los Sofismas políticos* (Rosario: Editorial Rosario, 1944). Já a versão inglesa foi traduzida para o espanhol por Benigno Pendás e Javier Ballarín como *Falacias Políticas* (Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1990), separado do *Tácticas Parlamentarias* (Madrid: Congreso de los Diputados, 1991).

¹⁰⁰ Especialmente na compilação de quatro discursos que ficaram conhecidos como *Catilinarias*, Cícero fez da corrupção a ordem do dia. Sobretudo pelo uso da palavra, ou seja, sem armas, nem exércitos, Cícero, na qualidade de senador romano, conseguiu fazer frente a Lucio Sergio Catilina, também senador, e cujo sobrenome deu origem ao título da obra. Nesses quatro discursos, Cícero enveredou por um arriscado, valente e veemente ataque parlamentar à corrupção. Os primeiros dois parágrafos da Primeira Cantilínia se tornaram citação célebre quanto ao assunto: “§ 1 ¿Hasta cuándo vas a estar abusando, Catilina, de nuestra paciencia? ¿Por cuánto tiempo aún esa locura tuya seguirá burlándose de nosotros? ¿A qué extremo se lanzará tu audacia desenfrenada? ¿Nada te ha impresionado la guarnición nocturna del Palatino, nada las patrullas de la ciudad, nada el temor del pueblo, nada la concentración de todos los ciudadanos de bien, nada la protección extrema de este lugar elegido para reunir el senado, nada la expresión de los rostros de los presentes? ¿No te das cuenta de que tus planes están al descubierto? ¿No ves que tu conjura, al ser conocida por todos éstos, está ya abocada al

necessidade de combatê-la. E, no seu caso, de fato o fez com a simples prática argumentativa (leia-se o pronunciamento de bons discursos), a qual também pode ter uma influência decisiva.

Enquanto os aprofundamentos aqui sugeridos não avançam, algumas denúncias acabarão arquivadas por falta de provas¹⁰¹.

5.6. Os riscos do populismo para a legislação

Continuando no caminho das relações do Poder Legislativo com a política, o tema seguinte em relação ao qual não poderão escapar os estudos de teoria da legislação e argumentação legislativa é o do populismo, especialmente em tempos em que o fenômeno vem se espalhando em nível mundial.

A questão vem despertando renovada atenção no âmbito da teoria política e da ciência política. Também no âmbito do Direito começam a surgir as primeiras análises¹⁰², mas mais voltadas para a atuação do Poder Judiciário, de modo que ainda pende o aprofundamento sobre como o populismo “assalta” o Parlamento, ou seja, como um governo que adota essa forma de “fazer política” pode fazer uso instrumental do Poder Legislativo para o alcance de seus fins.

Além disso, trata-se de detectar uma outra face desse fenômeno, qual seja, o comportamento populista por iniciativa do próprio Poder Legislativo, em uma dinâmica que pode chegar a derrubar governos eleitos, como fariam crer algumas interpretações em relação a fatos recentes no Brasil.

*fracaso? ¿Quién de nosotros crees tú que puede ignorar lo que has hecho esta noche pasada y la anterior, dónde has estado, con quiénes te has reunido y qué decisión has tomado? § 2 ¡Qué tiempos! ¡Qué costumbres! El senado comprende todo esto, el cónsul lo ve, y éste, no obstante, vive. ¿Vive? Pero si viene incluso al senado, toma parte en las deliberaciones públicas, señala con sus miradas a cada uno de nosotros y nos destina a la muerte. En cambio, a nosotros, hombres enérgicos, nos parece que velamos suficientemente por la república, si conseguimos escapar a los ataques de su locura. Hace ya tiempo, Catilina, que tendrías que haber sido condenado a muerte por una orden del cónsul, y que esa destrucción, que tú desde hace ya mucho maquinabas contra todos nosotros, tendría que haberse vuelto contra ti.” (Catilinarias. Madrid: Alianza Editorial, 2015, pp. 49-50). Embora menos famosos que os primeiros, os discursos que ficaram conhecidos como *Verrinas*, também tinham como objeto central a corrupção. Mais detalhes sobre o momento histórico dos dois discursos podem ser encontrados em: PLUTARCO. **Vidas paralelas**: Demóstenes, Cicerón, Péricles, Fabio Máximo. Madrid: Editorial Libria, S.A, 1971.*

¹⁰¹ MAGRO, Maíra. 2ª Turma do STF rejeita denúncia contra Jucá e Gerdau na Zelotes. **Valor Econômico**, 27/03/2018. Disponível: <<https://www.valor.com.br/politica/5412387/2-turma-do-stf-rejeita-denuncia-contra-juc-a-e-gerdau-na-zelotes>>. Acesso em: 10 de jun. 2018. De acordo com a reportagem: “Relator da denúncia, o ministro Edson Fachin aceitou o argumento da defesa e afirmou que a PGR não apresentou “elementos hábeis” para dizer que as doações eleitorais representariam vantagens indevidas.”.

¹⁰² Manuel Atienza já traçou o paralelo entre o populismo e o neoconstitucionalismo, bem como as incoerências de ambos. Sobre o ponto, confira-se: **Filosofía del derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017.

Dito de outra maneira, trata-se de ver o que implica a “legislação populista” e cuidar de examinar como evitá-la ou dificultá-la, enfim, de saber o que as teorias da legislação e da argumentação legislativa teriam a dizer sobre tal questão.

Neste momento, não está entre as pretensões deste trabalho a de propor uma discussão exaustiva sobre o populismo, descrever suas características, explicar de onde vem a sua força, remetendo-se para isso à vasta bibliografia já produzida sobre o tema¹⁰³.

Para os fins da abordagem que se segue, utiliza-se simplesmente o sentido mais comum do termo, para referir-se a todos os movimentos (de partidos políticos, governos, corporações, ideologias, etc.) que apelam diretamente ao povo (leia-se, à parcela da população “mais sofrida”), rejeitando as intermediações necessárias entre as instituições (o Parlamento, o Judiciário, a Administração Pública) e os limites constitucionais, por meio de uma liderança carismática e demagógica e da desconsideração da democracia representativa¹⁰⁴.

Aqui, reconhece-se que tal sentido adota um tom algo pejorativo e que, realmente, o populismo não seria só mazelas. Em alguma medida, têm seu ponto afirmações como a de Sebastián Barros, que, referindo-se à realidade da América Latina, diz: “*Os populismos vem sendo agentes de expansão de direitos*”¹⁰⁵. Aqui, não se trata de ser contrário à melhoria da qualidade de vida da população menos favorecida, muito longe disso, mas simplesmente de levantar a irresponsabilidade, os problemas e consequências institucionais desse *modus operandi* do populismo, dados os efeitos especialmente nocivos no longo prazo ao império da lei e à ideia de Estado de direito.

A gravidade do populismo no que aqui interessa é justamente a atividade que podemos chamar de “saltar as instituições”, ignorá-las, ou seja estabelecer uma relação direta

¹⁰³ Por exemplo, entre outros, citem-se: LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005; VILLACAÑAS, José Luis. **Populismo**. Madrid: La Huerta Grande, 2015; KAISER BARENTS-VON HOHENHAGEN, Axel; ÁLVAREZ CROSS, Gloria. **El engaño populista: Por qué se arruinan nuestros países y cómo rescatarlos**. Barcelona: Deusto, 2016; VALLESPÍN, Fernando; MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, Máriam. **Populismos**. Madrid: Alianza Editorial, 2017; RIVERO, Ángel; ZARZALEJOS, Javier. **Geografía del populismo: Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump**. Barcelona: Tecnos, 2017; CARRILLO, Fran. **El porqué de los populismos: Un análisis del auge populista de derecha e izquierda a ambos lados del Atlántico**. Barcelona: Deusto, 2017; LASSALLE, José María. **Contra el populismo: Cartografía de un totalitarismo postmoderno**. Madrid: Debate, 2017.

¹⁰⁴ As características conceituais aqui explicadas, como não poderia deixar de ser, são graduais, ou seja, não se aplicam na forma “tudo ou nada”. Enfatize-se que são as características “mínimas”. Além disso, em cada país onde se aprofundou, o populismo assumiu contornos mais ou menos próprios, o que inclusive conduz a que se fale em “populismos”, pois há vários. Nesse sentido, confirmam-se sobretudo os desenvolvimentos teóricos de VILLACAÑAS, José Luis. **Populismo**. Madrid: La Huerta Grande, 2015, e de BARROS, Sebastián. **La presencia obnubilante del populismo. Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social**, n. 58, 2012, pp. 39-52.

¹⁰⁵ Populismo, pueblo y liderazgo en América Latina. **Colombia Internacional**, n. 82, 2014, pp. 297-302, p. 299.

entre o governante (“o César”) e os seus súditos, mobilizando as massas, sem cuidar dos outros valores do Estado de Direito.

Assim entendido, o populismo inevitavelmente tenderá a fazer uso de todo o aparato estatal para alcançar seus fins, pois precisamente essa é a sua tática. Trata-se de uma forma de fazer política, não de uma ideologia. Além disso, também é marcante a presença de um apelo às emoções (uma política sentimental), em substituição à razão. No Judiciário, por exemplo, se manifesta com a atividade de juízes que adotam interpretações sem respaldo legal, chegando inclusive a “legislar”, com o objetivo de angariar opinião pública favorável.

A orientação populista na aplicação do direito tende a sempre dar razão à parte que se poderia qualificar como “gente comum”, nas palavras de José María Ruiz Soroa¹⁰⁶. Para isso, as decisões judiciais lançariam mão de expedientes para: 1) distorcer as disposições legais; 2) “sobreinterpretar” onde não há dúvidas; e 3) socorrer diretamente aos princípios e à ponderação para eludir a aplicação das leis. Isso, naturalmente, justificado por um suposto “apelo social” do caso, por trás do qual sempre pende uma expectativa e vigilância (“a voz das ruas”).

Outra manifestação do populismo judicial é a criação de *slogans* e lemas, como “A justiça é responsável por salvar o Brasil a corrupção”¹⁰⁷, convertendo os juízes em “justiceiros”, em uma clara associação aos anseios punitivos da população. Ocorre que o papel dos juízes é o de “julgar”, o que não necessariamente coincide com o de “condenar”, e em todo caso a obrigação é a de “respeitar as garantias fundamentais”.

Com efeito, o populismo também se manifesta no Legislativo e isso se dá quando as leis passam a ser aprovadas com o objetivo preponderante de manipular as massas, não com o propósito principal de garantir o império da lei, especialmente a liberdade e a segurança dos indivíduos.

Note-se que, aqui, não se trata de uma legislação simbólica, simplesmente. Já se comentou sobre essa modalidade de legislação – tanto no capítulo 2, quando se comentaram as ideias de Marcelo Neves; quanto no capítulo 3, quando se ressaltava uma possível dimensão positiva da legislação simbólica –, não sendo necessário repetir tais considerações teóricas. De fato, é verdade que a legislação populista apresenta características da legislação

¹⁰⁶ ¿Populismo judicial? Un sistema poco predecible es la peor tarjeta de presentación para un Estado. **El País**, 04/03/2016. Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2016/03/02/opinion/1456945637_792420.html>. Acesso em: 19 abr. 2018. Aqui, faz-se mister também acompanhar o matiz também introduzido pelo autor no sentido de que uma certa dose de populismo judicial não é negativa.

¹⁰⁷ RODAS, Sérgio. Propaganda de associação de juízes é chamada de populista e punitivista. **Consultor Jurídico**, 09/10/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-09/video-associacao-juizes-chamad-o-populista-punitivista>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

simbólica (em sua acepção clássica e negativa), mas é muito pior que ela, dado que carrega uma deturpação do Parlamento. O que a permite é um uso instrumental do Poder Legislativo, com o propósito de alcançar fins que definitivamente não condizem com o Estado de Direito.

Subjaz à lógica da legislação populista um argumento autoritário, mas às avessas, segundo o qual as massas (não os governantes) sabem quais são as suas necessidades. Desse modo, o bom governante é simplesmente aquele capaz de tutelar as massas, ou seja, tornar reais as vontades manifestadas pelo povo.

Nesse sentido, pode-se ver a legislação populista, por exemplo, na aprovação de projetos manifestamente inconstitucionais, no reconhecimento de direitos a determinados grupos sociais menos favorecidos, mas sem sustentabilidade institucional, visando unicamente à obtenção de simpatia por parte de seus beneficiários. Resumindo: uma fraude legislativa, uma irresponsabilidade com graves consequências para os valores caros aos do Estado Constitucional.

Onde houver um governo populista, haverá a aqui mencionada tendência ao abuso desse sentido instrumental da legislação.

Sem prejuízo disso, acredita-se o populismo legislativo também pode se manifestar de uma outra maneira. Leis populistas igualmente podem ser aprovadas por um Parlamento supostamente “altivo”, é dizer, sem que um governo esteja fazendo uso instrumental do Poder Legislativo. Explique-se melhor o ponto.

Defende-se aqui que, essas situações não representam uma simples legislatura rebelde, uma má-função legislativa ou um mero boicote por parte do Poder Legislativo ao governo. A questão é mais sutil e muito mais grave que isso.

Uma ilustração pode ajudar a ilustrar a hipótese: diante de uma crise econômica e fiscal, com um governo esforçando-se na contenção de despesas públicas, imagine-se a atuação de um Parlamento empenhado na aprovação de leis criando gastos desnecessários. Por exemplo, aprovando leis com reajustes para os servidores públicos, aumentando o salário mínimo acima dos índices de correção previstos legalmente, etc., sendo certo que esses “tetos” (limites legais) servem para garantir o equilíbrio econômico-fiscal do país.

A descrição certamente resultará familiar aos conhecedores da realidade brasileira, especialmente nos anos de 2015-2016. As “pautas bombas”, tal como ficaram conhecidas no Brasil – especialmente após a emergência do então Deputado Federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ) à Presidência da Câmara dos Deputados, por ocasião do segundo mandato do

governo Dilma Rousseff, a partir de 2015¹⁰⁸ – acabaram aumentando os gastos, via emenda parlamentar nos projetos de leis de autorização da despesa pública, enviados pelo Poder Executivo justamente para promover cortes nas contas públicas.

Como se vê, há nesses casos, um comportamento abusivo e irresponsável do Poder Legislativo. Trata-se de algo que definitivamente merece atenção jurídica. É um fenômeno cujo estudo não deve ficar restrito à teoria política. Assim como – na linha do que se acaba de dizer – a política não se pode ser feita a partir da prática de crimes, tampouco parece adequado permitir que, a pretexto de fazer política, atue-se irresponsavelmente do ponto de vista fiscal e orçamentário. A atividade política também precisa ter visão de longo prazo.

Expõe-se, assim, um outro tipo de populismo legislativo e isso independentemente da caracterização do segundo mandato do governo mencionado como populista ou não. Ou seja, para que hajam “leis populistas” não necessariamente é preciso que haja o mencionado “uso instrumental do Poder Legislativo”. No caso, foram aprovadas leis de modo irresponsável e com o único objetivo de agradar camadas específicas da população.

O ponto é o já levantado há muito por Manuel Atienza¹⁰⁹ no sentido de que o exercício do Direito não implica somente no manuseio de um conhecimento instrumental ou puramente técnico, mas, isso sim, exige uma justificação moral dos fins e também dos meios, e por Garzón Valdés no sentido de que o contrário seria confundir o bom “técnico” com o bom “moral”.

Como se vê, trata-se de um eufemismo que beira à alienação considerar esse tipo de atitude acima comentada como uma simples “legislatura rebelde”. Essa dinâmica de funcionamento equivale ao puro voluntarismo de seus membros, a uma deturpação do instrumentalismo das leis, do abuso da atividade de legislar, uma conduta totalmente contrária ao movimento aqui defendido rumo à maior racionalização das leis.

Em um Estado de Direito a ambição é produzir um “governos das leis, não dos homens”. Ocorre que, no populismo, o povo é mais soberano que as leis, funcionando como um despotismo às avessas. E mais, no longo prazo, o populismo fatalmente conduz à anomia, porque as democracias demagogas apresentam total desprezo pelas leis. E uma teoria da

¹⁰⁸ Algumas reportagens noticiaram o fenômeno: BRAGON, Ranier; HAUBERT, Mariana. Pauta bomba do Congresso anula cortes propostos por Dilma. **Folha de São Paulo**, 20/09/2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/09/1683945-pauta-bomba-do-congresso-anula-cortes-propostos-pordilma.shtml>>. Acesso em: 24 jan. 2018; Temer: Congresso examinará com cuidado propostas que possam onerar o País. **Correio Braziliense**, 27/07/2015. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica-brasil-economia/63,65,63,14/2015/07/27/internas_polbraeco,492223/temer-congresso-examinara-com-cuidado-propostas-que-possam-onerar-o-pais.shtml>. Acesso em: 24 jan. 2018.

¹⁰⁹ ATIENZA, Manuel. Ética judicial. **Jueces para la democracia**, n. 40, 2001, pp. 17-18.

legislação e da argumentação legislativa que se pretenda completa não pode deixar de dar atenção ao fenômeno aqui criticado.

Com efeito, já se pode comentar que o império da lei é o grande valor a ser alcançado com a atividade legislativa. E, como já comentado, o esforço no aperfeiçoamento da legislação é o pilar complementar para a formação do Estado de direito.

Em tempos de populismo crescente em diversos país, e sendo certo de que se trata de um fenômeno que também acomete o Poder Legislativo, com efeitos na atividade de elaboração legislativa, cabe às teorias da legislação e da argumentação legislativa esclarecer esses conceitos, a interferência que exercem na produção do ordenamento jurídico e chamar a atenção para as más-práticas que podem conduzir ao desmantelamento do império da lei e do Estado de direito.

É que, como já se chamou a atenção nesta tese, no seio das concepções teóricas trabalhadas, ainda predomina a tendência de deixar de fora o estudo da política e dedicar pouca atenção às interações mais conflituosas entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo por ocasião da elaboração normativa. A melhoria da qualidade da legislação como produto final das atividades parlamentares pressupõe um bom comportamento de ambos, ou seja, passa por prescrever condutas mínimas desejadas, bem como outras que deveriam ser abolidas.

Dito com outras palavras, existem limites para o uso das instituições com o único objetivo de fazer oposição ao governo. O processo legislativo, por mais que tenha fortes feições políticas, não pode ser usado somente como instrumento a serviço de interesses mesquinhos de poucos ou em atendimento a fins políticos escusos, em detrimento da finalidade do próprio Estado.

Justamente porque o Direito deve ser concebido como uma atividade, uma empresa voltada para alcançar determinados fins e valores, que não pode ser utilizado de maneira qualquer, para atingir finalidades não republicanas. O compromisso do Poder Legislativo com determinados valores é condição de possibilidade do Estado de Direito.

Desenvolver uma teoria completa da legislação e da argumentação legislativa, portanto, significa também enfatizar esses limites, mesmo que seja simplesmente repetir postulados tão antigos quanto os que recomendam evitar a legislação casuística, por exemplo, porque quase sempre conduz à arbitrariedade, ou aconselham a adoção de elementos que devem compor a moralidade interna do Direito, tal como arrolados por Lon L. Fuller¹¹⁰.

¹¹⁰ FULLER, Lon L. **La moral del derecho**. México, DF: Editorial F. Trillas, S.A., 1967.

Em síntese, o que o populismo faz ver é que a racionalidade política, como já dito, não tem nada de “irracional” e, ademais, está também sujeita a um controle racional. E no caso da racionalidade política do populismo, esta está permeada de um risco autofágico, de decompor o Estado no longo prazo e por isso merece especial atenção. Esse ponto andou insuficientemente analisado à luz (da filosofia) do Direito.

A chave para a solução do problema estaria, então, no equilíbrio fino entre a realidade e o ideal, entre os fatos e os valores, entre “o que o povo quer” e “o que é melhor para a nação”, para todos. É que parece ser permanente a tensão entre a sociedade e o desejo político. E os encarregados da legislação precisam entender da natureza humana (uma teoria da obediência, como o homem funciona aos estímulos) e empregar esse conhecimento para moldar a sociedade. Isso, claro, sem cair na tirania ou no despotismo.

5.7. A hipertrofia e influência do Poder Executivo na dinâmica legislativa

Por tudo o que vem sendo exposto, já deve ter ficado claro que o principal objetivo institucional dos debates parlamentares seria, idealmente, o de confrontar o governo com a visão dos representantes do povo, eleitos democraticamente. Especificamente, por ocasião do processo legislativo, essa dinâmica deveria conduzir a leis melhores, mais racionais e legítimas. Nesse processo argumentativo legislativo dialético, a discussão parlamentar versaria sobre a adequação, razoabilidade e justiça das políticas públicas em questão e sobre o respectivo financiamento.

Para que um debate nesses termos possa funcionar, é necessário que existam algumas regras (como, por exemplo, as que ordenam o uso da palavra, pois nem todos os parlamentares podem falar a qualquer momento e os debates precisam ter um fim), bem como condições favoráveis. Em todos os casos, é indispensável a liberdade de expressão dos parlamentares. Não há diálogo possível sem essa garantia. Do ponto de vista funcional, o conjunto de prerrogativas conhecidas como imunidades parlamentares serviriam para garantir aos membros do Parlamento as desejadas autonomia e independência no exercício de suas funções¹¹¹. Como se vê, existe proteção para o exercício dessa liberdade.

O pertencimento a um partido político poderia vir à mente como “problema” para a liberdade parlamentar. Como sabido, os partidos políticos são associações constituídas para

¹¹¹ A Constituição brasileira de 1988, art. 53, assegura que os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. A Constituição espanhola de 1978, art. 71, também prevê que: “*1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.*”.

organizar a ação coletiva, a partir da repartição de posições de poder aos seus participantes, o que se faz necessário para conseguir fins objetivos (e/ou vantagens pessoais, especialmente tendo em consideração a realidade brasileira). Assim, na prática, têm as funções clássicas de organizar a ação coletiva, definir a agenda do debate público (ou seja, as propostas durante a campanha eleitoral e o mandato), estabelecer a conexão entre a sociedade e o Estado, gerir a criação e implementação de políticas públicas. Esses objetivos comuns são o que reúne as pessoas, uns se tornarão chefes, outros atuarão “na base” como militantes¹¹².

Ocorre que os partidos políticos são a instituição sinônimo por excelência da democracia, não se pode conceber esta última sem os primeiros. As concepções que rejeitam os partidos políticos (fascismo, anarquismo, etc.) não merecem maior crédito. E os mecanismos de disciplina dentro de cada organização são inevitáveis e até mesmo necessários para a otimização dos trabalhos dentro do Poder Legislativo. Em resumo, o problema tampouco está nos partidos políticos em si mesmos.

O multipartidarismo, em princípio, tampouco seria algo intrinsecamente ruim e existem sistemas que funcionam bem a despeito dele, como o holandês¹¹³. Por essa razão, convém olhar para o sistema de partidos em concreto e ver que tipo de agremiações estão em jogo.

Se as organizações partidárias se apresentam, empiricamente, pouco coesas e com dimensões programática e ideológica inconsistentes – como parece ser o caso brasileiro, segundo a opinião de diversos autores¹¹⁴ – isso sim pode ser problemático. Inclusive, diversos

¹¹² Sobre a tendência de, dentro das próprias organizações políticas, formarem-se oligarquias, confira-se: MICHELS, Robert. **Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia concreta**. Madrid: Amorroutu, 2017.

¹¹³ De acordo com Sérgio Henrique Hudson de Abranches, o que conduz uma determinada sociedade ao multipartidarismo é a própria pluralidade social, regional e cultural. Segundo o autor: “(...) *O sistema de representação, para obter legitimidade, deve ajustar-se aos graus irredutíveis de heterogeneidade, para não incorrer em riscos elevados de deslegitimação, ao deixar segmentos sociais significativos sem representação adequada*” (ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, 1988, pp. 5-34, p. 12)

¹¹⁴ Por exemplo: Olavo Brasil de Lima Jr. (**Democracia e Instituições Políticas no Brasil dos Anos 80**. São Paulo: Loyola, 1983), Bolivar Lamounier (**Partidos e utopias**. O Brasil no limiar dos anos 90. São Paulo: Loyola, 1989), Giovanni Sartori (Nem presidencialismo, nem parlamentarismo. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 35, 1993, pp. 3-14; **Teoria da democracia revisitada**. Vol. I – O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994), Scott Mainwaring e Matthew Soberg Shugart (**Presidentialism and Democracy in Latin America**. Cambridge: Cambridge University, 1997) e Alfred Stepan (Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do *Demos*. **Dados**, 1999, vol. 42, n. 2, pp. 00. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200001&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 06 jun. 2018).

estudos apontam para a grande dificuldade em manter a estabilidade em democracias presidencialistas multipartidárias nesses termos, como é o caso da brasileira¹¹⁵.

Com efeito, uma das características que mais destacam o modelo brasileiro, em contraste com os demais grandes regimes democráticos do mundo, é o presidencialismo, já que a maioria dos principais regimes é parlamentarista. Ocorre que, no Brasil, esse presidencialismo tem um traço peculiar, qual seja, o Poder Executivo governa com base na formação de grandes coalizões¹¹⁶. No cenário brasileiro, nenhum governo se sustenta em coalizões mínimas. É preciso controlar, pelo menos, a maioria qualificada para promover o programa de governo e impedir ou bloquear mudanças constitucionais indesejadas.

A partir de tudo isso, vê-se que os eixos estruturadores da atividade legislativa são as relações concretas entre os partidos políticos, o Presidente e o Congresso Nacional. Esses três elementos são determinantes para o bom andamento das iniciativas legislativas e também condicionam concretamente o comportamento dos parlamentares, o acaba sendo o maior responsável pela garantia da governabilidade. Isso, em qualquer sistema (democrático)¹¹⁷.

No caso brasileiro, ao que tudo indica, é a combinação “presidencialismo + sistema multipartidário” que gera o ambiente institucional favorável à preponderância do Poder Executivo. Como categoricamente afirma Sérgio Henrique Hudson de Abranches, referindo-se ao Brasil: “(...) *Não existe, nas liberais-democracias mais estáveis, um só exemplo de associação entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo. (...)*”¹¹⁸. E esse peculiar arranjo institucional é agravado porque a Constituição de 1988 concentrou muitos poderes nas mãos do Presidente da República¹¹⁹.

¹¹⁵ Por todos: MAINWARING, Scott. Democracia Presidencialista multipartidária: o caso do Brasil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 28-29, p. 21-74, 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 6 jun. 2018.

¹¹⁶ Como explica Sérgio Henrique Hudson de Abranches, as coalizões costumam se formar em dois eixos principais: o partidário e o regional (estadual). Existem estados que sabidamente têm mais peso na lógica regional, como Rio de Janeiro, São Paulo, Minas Gerais, Bahia, Pernambuco, Ceará e Rio Grande do Sul. Para mais detalhes, confira-se: ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, 1988, pp. 5-34.

¹¹⁷ Recentemente, por exemplo, a Espanha viveu um impasse que durou mais de nove meses, quando o Partido Progressista perdeu a maioria no Parlamento nas eleições de dezembro de 2015. Somente após conseguir negociar a abstenção dos membros do Partido Socialista, para a investidura de Mariano Rajoy como Presidente de Governo. Nos Estados Unidos, durante o governo Barack Obama, as eleições de renovação de 2014 fizeram com que o Senado norte-americano se tornasse predominantemente republicano (inclusive, foi a composição mais republicana na história desse país) e, a partir daí, como sabido, a governabilidade se complicou bastante. No Reino Unido, em 2010, David Cameron (Partido Conservador) venceu as eleições, mas não conseguiu maioria no Parlamento e acabou recorrendo ao Partido Liberal, nomeando Nick Clegg como Vice-Primeiro Ministro, para conseguir formar governo. Em 2005, no Chile, Michelle Bachelet foi eleita, mas seu partido só alcançou 1/8 dos assentos no Parlamento e teve que formar uma coalizão para governar.

¹¹⁸ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, 1988, pp. 5-34, p. 19.

¹¹⁹ Por exemplo: iniciativa exclusiva para algumas leis, inclusive as orçamentárias; prerrogativa de atribuir urgência a projetos de lei de sua autoria; edição de medidas provisórias, controlando a agenda do Congresso

Com isso, o que ocorre, na verdade, é o controle, por parte do Poder Executivo, do sistema de partidos – o governo forma maiorias parlamentares, incondicionais ou *ad hoc* – que deixam de agir movidas por seus interesses e ideologias em um “mercado livre”, e passam a gravitar ao redor do governo, operando de forma puramente mecânica. Esse cenário, já ruim, pode se tornar ainda pior quando o governo não alcança formar tais maiorias relativamente estáveis, em razão da pulverização partidária, e precisa negociar em todas as votações importantes, com praticamente cada parlamentar, cada grupo parlamentar. Ou seja, o sistema brasileiro faz com que a negociação contínua seja necessária.

Fernando Limongi e Argelina Figueiredo também concordam que, da forma como estão desenhados o Poder Executivo e o Poder Legislativo no Brasil, existe o incentivo para que o Presidente da República e a burocracia governamental ocupem os “espaços vazios de poder” e determinem a configuração política. Outras análises corroboram a opinião:

(...) logo após a promulgação da Carta de 1988, as análises sobre processo decisório em políticas públicas no Brasil enfatizam, em geral, o que ocorre no interior do Poder Executivo. Quando envolvem o Legislativo, adotam tom predominantemente pessimista no sentido de que a interação entre os atores políticos responsáveis pela produção de políticas não se dá em condições propícias à formulação e aprovação de uma agenda voltada para o enfrentamento de questões de interesse público mais amplo.¹²⁰

Entre diversos outros problemas, os parlamentares não contam com os incentivos para o exercício do desejado papel dialético em face do governo e em prol de seus eleitores. Nas palavras desses autores:

(...) O Executivo domina o processo legislativo porque tem poder de agenda e esta agenda é processada e votada por um Poder Legislativo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários. No interior deste quadro institucional, o presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação. Da mesma forma, parlamentares não encontram o arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para a obtenção de recursos visando retornos eleitorais é votar disciplinadamente.¹²¹

Isso porque é o Poder Executivo, leia-se o Presidente da República, quem concentra os meios indispensáveis à reeleição dos parlamentares.

Nacional; veto; sem contar o controle do orçamento (e da execução de empenhos em favor das bases eleitorais de interesse dos parlamentares) e da nomeação de milhares de cargos na Administração pública.

¹²⁰ SANTOS, Fabiano. O Legislativo em busca de informação: um estudo da estrutura de assessoria da Câmara dos Deputados. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA**. Texto para discussão n. 1958, 2014, pp. 7-8.

¹²¹ LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, n. 44, 1998, pp.81-106, p. 85.

Essa conjunção de fatores exerce muita influência, como bem diagnostica Júlio Roberto de Souza Pinto:

As regras políticas vigentes têm concorrido – juntamente com outros fatores, notadamente culturais – para a formação de uma multiplicidade de partidos fracos, com pouca capilaridade social, identidade ideológico-programática e coesão. Essas agremiações, em geral, são constituídas de políticos individualistas, particularistas, personalistas e com longo histórico de migração partidária¹²².

Indubitavelmente, grande parte dos problemas da atividade legislativa no Brasil vem desse arranjo institucional. Não se pode menosprezar a influência e a importância das instituições, pois são essas que estruturam os incentivos na ação humana e moldam a maneira pela qual as sociedades evoluem.

Nesse sentido, mais do que oferecer a explicação adequada para esse padrão empírico observado na realidade brasileira – de preponderância do Poder Executivo na atividade legislativa¹²³ –, é necessário que as teorias se debrucem sobre propostas para corrigir esse impasse de engenharia institucional em prol do aperfeiçoamento das organizações.

Alguns autores indicam a supressão dos amplos poderes legislativos do Presidente da República¹²⁴, ao passo que outros apontam para a reforma nos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado com vistas a diminuir os amplos poderes dos líderes partidários¹²⁵. Acredita-se, no entanto, que mais alterações seriam necessárias para melhorar o desenho das instituições.

Em síntese, a atual conjuntura institucional brasileira (com grande assimetria de poderes e grande facilidade de o Poder Executivo manipular o comportamento parlamentar) representa um grande desafio à melhoria das práticas argumentativas dentro dos Parlamentos. É preciso que as teorias pensem em como ajustar as estruturas para atenuar a questão, que é claramente aviltante ao funcionamento da democracia.

É verdade que não se trata de uma tarefa especificamente das teorias da legislação e da argumentação legislativa, mas parece que ambas serão grandes beneficiárias dos

¹²² PINTO, Júlio Roberto de Souza. Entre um sistema eleitoral dispersivo e um regramento parlamentar concentrador: o comportamento dos deputados federais. **Revista Direito GV**, vol. 11, n. 2, 2015, pp. 589-622, p. 613.

¹²³ Para um apanhado histórico nacional, com considerações críticas sobre o perigo desse predomínio, confira-se: TAMER, Sergio Victor. **Fundamentos do Estado democrático e a hipertrofia do Executivo no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

¹²⁴ Como LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, n. 44, 1998, pp.81-106.

¹²⁵ Como PINTO, Júlio Roberto de Souza. Entre um sistema eleitoral dispersivo e um regramento parlamentar concentrador: o comportamento dos deputados federais. **Revista Direito GV**, vol. 11, n. 2, 2015, pp. 589-622.

aprofundamentos teóricos com a preocupação aqui comentada: qual é o arranjo institucional mais favorável à atividade legislativa.

5.8. A teoria do Estado e da legislação

Todos os vetores quanto aos quais se vem sugerindo o adensamento teórico, em prol de teorias da legislação e da argumentação legislativa mais completas, ainda não bastarão se, conjuntamente, não houver clareza quanto a qual concepção do Estado se deseja e de que maneira este deve usar a legislação. A necessidade aqui defendida igualmente serviria para resolver o problema que se comentou sobre o populismo.

Trata-se de que, em cada ordenamento em particular, seja tomada a decisão sobre que tipo de sociedade e de Estado se deseja construir, pois não existe somente um tipo de sociedade ou uma única forma de Estado. Essa escolha fundamental precisa se adequar às especificidades regionais, às necessidades locais, às aspirações de cada país.

Aqui, acredita-se que esse é um ponto de referência importante para o desenvolvimento das teorias de como se deve legislar, de como legislar melhor, de quais são as melhores maneiras de alcançar os objetivos do Estado, pois são variáveis totalmente contexto-dependentes, além de, naturalmente, oscilarem ao longo do tempo.

Somente para citar um exemplo, basta recordar os casos estudados na Parte II, sobre as leis de combate à violência contra a mulher. Esse problema social, como se pode comprovar, existe há muito tempo, mas somente há pouco se tornou uma prioridade na Espanha, no Brasil e em outros países, mas, em contraste, em muitos outros lugares essa questão sequer é debatida e provavelmente ainda vai demorar para que o seja.

O outro ponto, como também foi possível perceber, é que a igualdade entre homens e mulheres pode ser alcançada de diversas maneiras. O tratamento diferenciado no âmbito penal, punindo mais severamente os homens que praticam violência contra suas parceiras (atuais ou passadas), não é o único caminho. No caso das leis analisadas, foram vistas medidas educativas de prevenção, o apoio através de serviços como casas de abrigo, ajudas financeiras temporárias, a assistência psicológica da vítima, a reabilitação do homem maltratador, entre outras providências que podem ser combinadas para o enfrentamento.

O que fica claro, sem dúvidas, é que, muito embora a igualdade formal entre todos, sem diferença de tratamento em razão do sexo, seja um princípio constitucional, somente o firme propósito de construir uma sociedade igualitária justificaria a punição mais gravosa dos

homens nessas circunstâncias. Trata-se de uma ideia, um desígnio, que já ultrapassa a capacidade de expressão do texto constitucional.

Tanto no art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira de 1988, quanto no art. 14 da Constituição espanhola, está consagrada a igualdade. O texto brasileiro ainda conta com a previsão do art. 226, § 8º, no sentido de que “*O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações*”. No entanto, não há referência à ordem de prioridade da questão (da violência contra a mulher), nem diz como ou o que deve ser feito para lidar com ela.

Em outras palavras, somente porque se assumiu como premissa que, sim, é papel do Estado a intervenção para combater a violência contra a mulher – e, mais, que o tema, além de prioritário, exigia medidas drásticas –, foi possível decidir os meios legislativos adequados para alcançar o objetivo de lidar com o problema. O exemplo estudado, acredita-se, é perfeito para compreender a importância de se ter a ideia sobre o tipo de sociedade e de Estado que se quer construir.

Esclareça-se que não é tarefa das teorias da legislação e da argumentação legislativa desenvolver uma teoria do Estado, até porque já existem várias teorias dessa ordem. Ou seja, esse não é propriamente um déficit teórico. O que se defende é que essas teorias da legislação e da argumentação legislativa precisam andar em companhia de uma teoria clara nesse sentido, pois, em última instância é nela que serão encontradas as respostas para algumas questões.

De maneira muito mais contundente que as diretrizes vistas até agora, acredita-se que os desenvolvimentos teóricos devem apontar para teorizar sobre quais são os limites intransponíveis da atividade legislativa, o que corresponderia aos valores do próprio Estado.

Como comentado na Parte I desta tese, mais especificamente quando se apresentou o pensamento de Virgilio Zapatero, diversas passagens de seus escritos deixam nas entrelinhas a necessidade de que uma teoria da legislação deve ir unida a uma teoria política e econômica, ou seja, deve ter bases sólidas em uma determinada concepção sobre o papel do Estado.

De fato, concorda-se plenamente com esse autor, pois, conforme o peso que se queira atribuir ao Estado, será diretamente afetada a forma como se deve legislar. Retome-se o exemplo dado sobre a violência contra a mulher. Uma concepção de Estado mais liberal dificilmente seria capaz de conceber leis como as analisadas na Parte II, não obstante a existência do mesmo problema social em suas realidades. Para essa vertente, a questão ficaria a cargo da própria sociedade organizada e de suas redes de assistência e colaboração, mas não envolveria a prestação de serviços públicos, sequer a dotação de recursos orçamentários

destinados à questão. E isso, insista-se, nada obstante o princípio da igualdade conste amplamente dos textos constitucionais, mesmo nos Estados liberais.

A uma primeira vista, a discussão deste ponto pareceria escapar o interesse jusfilosófico ou de uma teoria da legislação, mas essa impressão não procede. É que a motivação última das decisões legislativas acaba escoando sobre uma justificação externa, a qual, por seu turno, recai sobre quais são os fins do Estado, pois são esses que determinam as ações. Assim, não há como negar a conexão entre legislação e teoria do Estado.

A diretriz a ser desenvolvida cuidaria de responder à seguinte pergunta: *em quais situações é possível ou necessária a intervenção do Estado na sociedade e na vida dos indivíduos por intermédio das normas?*

Sobre o tema, acredita-se que uma grande contribuição consta da obra *Os limites da Ação do Estado*¹²⁶, de Wilhelm von Humboldt, escrita em 1792. Para o autor, fortemente individualista, são o indivíduo e seus fins os que determinam os fins do Estado. A ideia fundamental é a da auto-realização do homem, baseada na liberdade individual, condição necessária para seu aperfeiçoamento individual¹²⁷. Nessa lógica, somente sua própria iniciativa voluntarista deve propulsá-lo, não se podendo permitir a ação estatal que interfira no processo de formação do indivíduo¹²⁸.

Examinando as intervenções estatais possíveis, o autor sugere que o fim do Estado somente pode consistir em: a) fomentar a felicidade; e b) evitar o mal, o qual pode provir da natureza ou dos próprios homens. Somente esse segundo tipo de mal vindo dos homens contra si mesmos justificaria a intervenção estatal.

Nesses termos, a resposta de Wilhelm von Humboldt à pergunta acima seria no sentido de que são dois os fins possíveis da ação do Estado: 1) promover o bem-estar positivo; 2) garantir a segurança¹²⁹. Seriam essas as funções da legislação.

¹²⁶ Aqui foi consultada a tradução espanhola: **Los límites de la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 2009.

¹²⁷ Nas palavras do próprio autor: “*El verdadero fin del hombre – no el que le señalan las inclinaciones variables, sino el que le prescribe la eternamente inmutable razón – es la mas elevada y proporcionada formación posible de sus fuerzas como un todo. Y para esta formación, la condición primordial e inexcusable es la libertad*” (VON HUMBOLDT, Wilhelm. **Los límites de la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 2009, p. 14).

¹²⁸ Nas palavras do próprio autor: “*(...) la verdadera razón no puede desear para el hombre ningún otro estado que aquel en que no solamente cada individuo goce de la más completa libertad para desarrollarse por sí mismo y en su propia individualidad, sino en el que, además, la naturaleza física no reciba de mano del hombre más forma que la que quiera imprimirle libre y voluntariamente cada individuo, en la medida de sus necesidades e inclinaciones, restringida solamente por los límites de su fuerza y de su derecho*” (Idem, ibidem, p. 20).

¹²⁹ Idem, ibidem, p. 21.

O foco de Wilhelm von Humboldt, como se vê, não é o Estado em si mesmo, mas sim o homem, que o Estado esteja a serviço deste último. Para o autor, o homem precisa conduzir todas as suas forças em prol da própria emancipação.

Simple, mas extremamente sofisticada, a visão de Wilhelm von Humboldt, além de objetiva, pode ser útil, porém talvez precise de maiores desenvolvimentos, concreção ou atualização, na medida que um crescente grau de complexidade acometeu tudo o que diz respeito ao Estado, além do aumento dos serviços que vem prestando, passados mais de duzentos anos desde quando escreveu sua obra.

Sem pretensões de aprofundar o ponto, basta recordar que o aumento da riqueza em geral, as novas aspirações e reivindicações sociais e uma maior proeminência do “coletivo” sobre o “individual” produziram uma expansão do Estado, com o que inevitavelmente se intensifica a atividade legislativa.

Dando um salto na linha do tempo, Friedrich A. Hayek foi outro autor que se dedicou a refletir sobre os princípios fundamentais a serem observados pelo Estado na produção do direito. Sua preocupação se voltava para a construção de uma sociedade liberal. Três seriam os grandes valores negativos (no sentido de abstenção de violação): paz, justiça e liberdade. Seu pensamento segue uma linha parecida com a de Wilhelm von Humboldt, no sentido de que a coação estatal somente pode ajudar os homens livres na persecução de seus próprios fins desde que não os dirija a fins particulares¹³⁰.

Hayek avança, entretanto, no sentido de reconhecer que a limitação – requerida pelos princípios liberais – dos poderes do governo à imposição de normas gerais de mera conduta só se refere aos poderes coativos. Desse modo, o governo poderia prestar um grande número de “serviços”, desde que não impliquem coação alguma¹³¹. A segunda condição é a existência de meios para custear os serviços.

Como se percebe, as preocupações de Hayek já se inserem em um contexto de Estado de bem-estar social. Atento a essas circunstâncias, reconhece a insuficiência da

¹³⁰ Em suas próprias palavras: “*La coacción sólo puede ayudar a los hombres libres en la persecución de sus propios fines haciendo que se aplique un marco de referencia de normas universales que no los dirigen hacia fines particulares, sino que les permiten crear por sí mismos un espacio protegido frente a perturbaciones imprevisibles causadas por otros hombres – incluidos los agentes del gobierno –, que a su vez persiguen también sus propios fines. (...)*” (HAYEK, Friedrich A.. **Derecho, legislación y libertad**. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Madrid: Unión Editorial, 2006, p. 498).

¹³¹ Em suas próprias palavras: “*La limitación – requerida por los principios liberales – de que los poderes del gobierno a la imposición de normas generales de mera conducta, sólo se refiere a los poderes coactivos. Es claro que el gobierno, con los medios financieros de que dispone, puede prestar un gran número de servicios que no implican coacción alguna (a excepción de la necesaria para recaudar estos medios a través de los impuestos).*” (HAYEK, Friedrich A.. **Principios de un orden social liberal**. 2. ed. Madrid: Unión Editorial, 2010, p. 93).

doutrina liberal para dar conta dos problemas da atuação estatal, sobretudo no que diz respeito à necessidade de o Estado intervir na economia¹³².

Torna-se evidente que estabelecer legislações para combater os monopólios, intervir no mercado por outras razões (garantir a igualdade salarial entre homens e mulheres, por exemplo), manter um sistema monetário, determinar as condições essenciais de que depende o sistema de mercado e, ao mesmo tempo, cuidar das demais condições necessárias para o exercício das liberdades, como os direitos fundamentais básicos, é tarefa difícil e precisa estar amparada por uma sólida visão de como o Estado deve atuar.

É como se houvesse uma teoria da legislação para cada concepção de Estado, ou seja, a melhor forma de legislar é diferente em um Estado mais liberal, em contraste com um Estado mais voltado ao bem-estar social ou mais administrativo ou mesmo um Estado cujos fins sejam a disseminação de uma determinada convicção religiosa.

Outro exemplo que ajudaria a entender a ideia é a liberdade de conformação referente ao direito à moradia. Existem diversos tipos de políticas públicas possíveis para a sua tutela: programas de construção de moradias populares (ao estilo “Minha Casa, Minha vida”), fomento aos financiamentos habitacionais com taxas de juros reduzidas (como os da Caixa Econômica Federal, aqui entrando a permissão de uso dos recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), disciplina da chamada propriedade coletiva (como acontece no Urugai), etc. A escolha do legislador depende muito mais da ideia de Estado que prevalece na sociedade no momento.

Além dos já citados Wilhelm von Humboldt e Friedrich A. Hayek, de linha marcadamente liberal, convém registrar que outros pensadores também se dedicaram a refletir, ainda que apenas marginalmente, sobre a atuação do Estado, inclusive por vertentes diferentes. Somente para mencionar alguns nomes, citem-se: John Rawls, em prol de um liberalismo igualitário¹³³; Jürgen Habermas, que defende um modelo de democracia deliberativa¹³⁴; Michael Sandel, que deu voz à crítica do comunitarismo ao Estado liberal¹³⁵;

¹³² Em suas próprias palavras: “*La doctrina liberal tradicional no sólo no ha conseguido afrontar adecuadamente los nuevos problemas, sino que ni siquiera ha elaborado un programa suficientemente claro capaz de trazar el marco jurídico destinado a garantizar un sistema de mercado eficiente. Para que el sistema de libre empresa funcione de tal modo que produzca ventajas, no basta con que las leyes satisfagan los criterios de carácter negativo (...), sino que también es necesario que su contenido positivo contribuya a que el mecanismo de mercado funcione de manera satisfactoria. Para ello se precisan normas que favorezcan el mantenimiento de la competencia y dificulten, en la medida de lo posible, el desarrollo de posiciones de monopolio. (...)*” (Idem, ibidem, p. 96)

¹³³ Seu pensamento está concentrado especialmente em: **Uma teoria da justiça** (São Paulo: Martins Fontes, 2008) e **O liberalismo político** (São Paulo: Martins Fontes, 2011).

¹³⁴ Sobretudo em: **Teoria do agir comunicativo** (São Paulo: Martins Fontes, 2012) e **Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso** (6. ed. Madrid: Trotta, 2010).

Philip Pettit, que retoma a linha do republicanismo, revisitando ao pensamento clássico, com marcada influência de Cícero e Maquiavel¹³⁶, etc. Em resumo, existem diversos autores que se dedicaram a essas questões, o caso é de uma releitura a partir das preocupações expostas, extraindo de que maneira cada uma dessas perspectivas influenciaria a forma de fazer leis e a teoria da legislação.

Fica demonstrada, portanto, a importância de que sejam aprofundados os estudos sobre o fim e os limites da ação do Estado. Perceba-se que a temática já se irradia para um campo além do estritamente jurídico, pois os fins e os limites do Estado não estão todos no texto constitucional. E, como consequência disso, que tanto estudiosos e analistas da legislação, quanto técnicos, assessores e legisladores práticos, recorram mais vezes a tais concepções em prol de mais clareza e racionalidade das escolhas legislativas.

5.9. A racionalidade limitada, os vieses cognitivos e o fator humano na legislação

Até agora, a chamada de atenção rumo à racionalização da atividade legislativa se voltou para compreender melhor uma espécie de racionalidade “oculta”, por assim dizer. Trata-se da lógica ou dinâmica da *praxis* política, a qual ainda não recebeu o tratamento teórico adequado por parte das teorias da legislação e da argumentação legislativa atualmente disponíveis. Inclusive, essa constatação – de que as teorias ignoram essa racionalidade instrumental que está presente, mas mascarada –, entende-se aqui, obstaculiza um maior grau de concreção de tais teorias, as quais ainda não estão bem aparelhadas para combater as motivações hipócritas e os interesses escusos por trás delas.

Até esse momento, portanto, depositava-se no *homo politicus* uma atuação “lógica” (e racional em alguma medida), estratégica, calculada, a partir do perfeito (ou minimamente razoável) conhecimento da realidade e das informações disponíveis.

Ocorre que com frequência – e isso já está demonstrado por diversos estudos, pesquisas e experimentos amplamente disseminados¹³⁷ –, os seres humanos padecem de vieses cognitivos (*sesgos*, em espanhol, *biases*, em inglês), pois existem circunstâncias que

¹³⁵ SANDEL, Michael. **Liberalism and the Limits of Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

¹³⁶ PETTIT, Philip. **Republicanism. Una teoria sobre la libertad y el gobierno**. Barcelona: Paidós, 1999.

¹³⁷ Existe uma farta bibliografia sobre o tema. Essencialmente, confirmam-se: KAHNEMAN, Daniel. Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual. Discurso pronunciado en el acto de entrega del premio Nobel de Economía 2002. **RAE: Revista Asturiana de Economía**, n. 28, 2003, pp. 181-225; TVERSKY, Amos; KANEHMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. **Science**, n. 185, 1974, pp. 1124-1131; ARIELY, Dan, LOEWENSTEIN, George, PRELEC, Drazen. Coherent arbitrariness, stable demand curves without stable preferences. **The Quarterly Journal of Economics**, n. 118, 2003, pp. 73-105.

podem distorcer sua percepção da realidade, seus raciocínios, pensamentos e juízos, e, de forma particular, podem fazer com que os decisores cometam erros e irracionalidades na avaliação dos riscos. A consequência disso é que serão tomadas decisões piores ou “irracionais” (em alguma medida¹³⁸).

Tais vieses funcionariam como uma espécie de “falácia psicológica”, na medida em que nem sempre os decisores (o que inclui amplamente os redatores, os assessores que atuam no processo legislativo e os próprios parlamentares) são conscientes de que não estão sendo de fato tão racionais quanto imaginam e, inclusive, acreditam estar tomando as melhores decisões.

Pode parecer trivial, já que essa espécie de cegueira também afeta os seres humanos em outras áreas, mas aqui se entende que as teorias da legislação e da argumentação legislativa, se realmente pretendem ser completas e, especialmente, úteis, também devem ocupar-se da questão, seguindo a linha dos estudos que já vem sendo desenvolvidos no que diz respeito à atividade judicial¹³⁹. Justifique-se mais a importância de investigar melhor esse ponto.

Os tomadores de decisões reais – incluindo os técnicos, os assessores e os legisladores – têm capacidade limitada de entender e usar as informações disponíveis. A racionalidade é limitada e isso aumenta as dificuldades inerentes às capacidades decisórias. Esse contexto faz com que os decisores nunca sejam “100% racionais” como idealizam alguns modelos. Em outras palavras, assim como todas as pessoas, os decisores de verdade também têm falhas cognitivas. Estudar mais profundamente o ponto, mostrando como isso

¹³⁸ Aproveita-se para agradecer as colaborações dos Professores Daniel González Lagier, Fernando Leal e Juan Ramón de Páramo para a construção deste tópico.

¹³⁹ Por exemplo, entre vários outros: ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana de la; SANDOVAL NAVARRO, Víctor David. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatoria. **Derecho Penal y Criminología**, v. 37, n. 102, 2016, pp. 141-164; SHAYO, Moses; ZUSSMAN, Asaf. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 126, n. 3, 2011, pp. 1447-1484; ALONSO GALLO, Jaime. Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 4, 2011; _____. Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal. In: Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García. Madrid: Bosch, 2006, pp. 31-48; MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2, 2011; NAVARRO, María G. Dudas razonables, sesgos cognitivos y emociones en la argumentación jurídica. El caso de Doce hombres sin piedad. **Bajo palabra. Revista de filosofía**, n. 5, 2010, pp. 203-214; SALVADOR CODERCH, Pablo. Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (punitive damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2, 2003; FARIÑA RIVERA, Francisca; NOVO PÉREZ, Mercedes; ARCE FERNÁNDEZ, Ramón. Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. **Psicothema**, v. 14, n. 1, 2002, pp. 39-46; BUJOSA VADELL, Lorenzo M.. Los riesgos y los sesgos del razonamiento judicial en los procesos pro violencia de género. In: GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena; POZO PÉREZ, Marta del (Dirs.) **¿Podemos erradicar la violencia de género?: análisis, debate y propuestas**. Granada: Editorial Comares, 2015, pp. 17-30.

acontece no dia a dia da atividade legislativa, pode ajudar a prevenir esse tipo de equívoco e dar mais passos em prol da racionalização das leis.

Com efeito, a principal peculiaridade do raciocínio legislativo, sobretudo da tomada de decisão quanto a intervir legislativamente, é a reflexão sobre as consequências¹⁴⁰. Outra maneira de ver indica esse ponto como “adequação meios-fins” das medidas. É que a adoção de uma lei, em regra, está voltada para realizar determinados estados de coisas. Mas não somente isso, pois, além do raciocínio consequencialista voltado para alcançar a situação futura desejada, também faz parte desse raciocínio dos legisladores o dever de pensar sobre “as consequências das consequências”, isto é, os possíveis efeitos colaterais das novas circunstâncias, sobretudo os efeitos indesejados das leis que venham a ser adotadas. Ou seja, um consequencialismo de “segundo grau”, uma espécie de “externalidades das leis”. Ignorar esses efeitos sistêmicos, concentrando a decisão legislativa nas peculiaridades da questão a ser resolvida pela lei que se pretende aprovar, é um grave erro em se tratando do raciocínio legislativo.

Sobre essa questão, como bem sintetiza Fernando Leal,

(...) a validade de argumentos consequencialistas é necessariamente dependente da confiabilidade das prognoses feitas sobre o que acontecerá com o mundo caso um determinado curso de ação seja adotado. Por isso, a pergunta central a ser respondida neste plano de análise é: como tornar essas prognoses confiáveis, e não produtos de especulações intuitivas sobre o futuro?¹⁴¹

¹⁴⁰ Embora o raciocínio judicial, em algumas situações, também tenha que preocupar-se minimamente quanto a algumas consequências, parece claro o papel acessório desse tipo de reflexão na seara judicial, servindo muito mais para “descartar” uma decisão, do que propriamente para determinar sua adoção. Para mais detalhes sobre o papel das consequências nas decisões judiciais, confira-se o capítulo sexto (*Juzgar por las consecuencias*) de: MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho**. Una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016, pp. 183-213.

¹⁴¹ Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: Consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, pp. 25-30, p. 28. Nesse artigo, o autor aponta propostas interessantes para os processos decisórios. Seu foco era a crítica ao projeto de lei que acabou sendo convertido na Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, que incluiu no Decreto-Lei n° 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. Registre-se que o objetivo da normativa referida era o de limitar o recurso a princípios “vagos”, como “interesse público”, “razoabilidade”, “moralidade”, “precaução”, etc., como razões centrais para a tomada de decisões. A despeito desse contexto, suas reflexões parecem úteis também para o âmbito da atividade legislativa: “*O PL 349 poderia, por exemplo, exigir que tomadores de decisão recorressem, sempre que possível, a dados ou juízos técnicos para sustentar as suas prognoses (algo presente, de alguma forma, na proposta de redação do artigo 27); estabelecer regras de ônus de prova e determinar que resultado deveria ser privilegiado em cenários de plena incerteza ou ignorância sobre o futuro (regras de deferência institucional ou de manutenção do mundo “como está”, por exemplo); obrigar o tomador de decisão a selecionar critérios jurídicos para a ordenação de consequências e a justificar sua preferência por certa alternativa decisória em casos em que critérios diferentes possam ser aplicáveis; impor o ônus de determinação do sentido dos critérios de valoração utilizados para ordenar estados do mundo; criar regras de parada para a consideração de cadeias de consequências, ou argumentos do tipo “efeito dominó”, e prever mecanismos de vinculação para a solução de casos futuros. Esses*

A pergunta parece ser a chave para o aperfeiçoamento do raciocínio consequencialista, do uso desse tipo de argumento, da própria decisão legislativa e, logo, da argumentação nela envolvida. Ao longo desta seção, serão oferecidas algumas diretrizes nesse sentido. Isso, sem deixar de reconhecer os limites da própria previsibilidade do futuro – o que é bastante diferente de rotular as previsões como um exercício inútil ou que a precisão desses juízos dos especialistas é tão certa quanto chutes aleatórios ou, como se espalhou no meio, a chimpanzés atirando dardos¹⁴².

Para efeitos práticos, Adrian Vermeule parece correto em equiparar a falta de informação sobre as circunstâncias (contexto de incerteza), a qual é objetivamente verificável, e a capacidade limitada de conhecer e processar as informações para decidir (racionalidade limitada)¹⁴³. Embora diferentes, as duas situações implicam na impossibilidade fática de ponderar variáveis que seriam importantes para uma decisão com olhos no futuro.

Ainda dentro da temática, agora avançando sobre como aperfeiçoar o raciocínio em direção ao futuro, pode ser muito útil aos envolvidos na atividade legislativa conhecer os conselhos de Philip E. Tetlock e Dan Gardner¹⁴⁴: 1) fazer triagem: é diferente falhar em tentar prever potencialmente previsível e simplesmente perder tempo tentando prever o imprevisível, de modo que o esforço em olhar para o futuro não deve recair sobre possibilidades totalmente incógnitas; 2) decompor problemas aparentemente intratáveis em subproblemas tratáveis; 3) encontrar o equilíbrio justo entre as visões de dentro e de fora: consiste em encontrar os padrões, pois os eventos se repetem; 4) atingir o equilíbrio justo entre a reação aquém e a reação além à evidência: trata-se da chamada atualização da crença; 5) procurar o choque de forças causais operando em cada problema: trata-se de operar com teses e antíteses, sem necessariamente chegar a uma síntese, mantendo a mente aberta; 6) empenhar-se em distinguir o maior número de graus de dúvida que o problema permite, mas

são apenas possíveis caminhos para que, colocando em termos consequencialistas, o Projeto de Lei possa, se aprovado, produzir com maior probabilidade os efeitos que almeja no direito público brasileiro” (pp. 29-30).

¹⁴² Para mais detalhes, confirmam-se: TETLOCK, Philip E.; GARDNER, Dan. **Superprevisões: a arte e a ciência de antecipar o futuro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016; e TETLOCK, Philip E. **El juicio político de los expertos**. Madrid: Capitán Swing Libros, 2016. As versões em inglês são: TETLOCK, Philip E.; GARDNER, Dan. **Superforecasting: the art and science of prediction**. New York: Crown Publishing Group, 2015; TETLOCK, Philip E. **Expert Political Judgment: How Good Is It? How Can We Know?** Princeton: Princeton University Press, 2005.

¹⁴³ Sua reflexões se voltam para a atividade judicial, mas aqui parecem aproveitáveis para o âmbito legislativo. Confira-se: VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2006, p. 155.

¹⁴⁴ TETLOCK, Philip E.; GARDNER, Dan. **Superprevisões: a arte e a ciência de antecipar o futuro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016, pp. 267-274. Na versão espanhola, traduziu-se como *Superprognosticadores. El arte y la ciencia de la predicción* (Madrid: Katz, 2017).

não além disso: de preferência, traduzindo os palpites em probabilidades numéricas; 7) encontrar o equilíbrio certo entre carecer de confiança e estar superconfiante, entre a prudência e a firmeza de decisão; 8) procurar os erros por trás de seus equívocos, mas ter cuidado com os vieses retrospectivos no espelho retrovisor: isso porque, é preciso aprender com as falhas e também é possível ter dado sorte, mesmo cometendo erros; 9) extrair o melhor dos outros: sobretudo aprendendo a arte da tomada de perspectiva (do outro), o questionamento da precisão e o confronto construtivo; 10) aprender a andar na bicicleta dos erros contrabalançados: em resumo, o segredo é aprender na prática profunda e deliberada.

É bem verdade que mais estudos empíricos seriam necessários para dar conta de mais casos concretos envolvendo a racionalidade limitada especificamente no que fiz respeito à atividade legislativa. Ainda são poucos os estudos tratando especificamente da temática. Na sequência, serão citados os mais destacados.

De toda forma, como se sabe que tais vieses acometem a todos e que, ao que parece, a única maneira de evitá-los é conhecê-los, convém mencionar os vieses mais relevantes quanto à legislação, ainda que não sejam os únicos.

Em primeiro lugar, está a ancoragem (*anclaje* ou *anchoring*), usada para fazer estimativas e probabilidades. Rolf Dobelli explica com bastante simplicidade como esse viés da âncora funciona:

Sempre que fazemos uma estimativa – o cumprimento do rio Reno, a densidade demográfica da Rússia, o número de usinas nucleares na França – empregamos o uso da âncora. Pegamos algo conhecido e, a partir dele, nos arriscamos em algo desconhecido. De que outra maneira poderíamos realizar uma estimativa? Simplesmente colhendo um número no ar? Não seria nada sensato.¹⁴⁵

O autor indica, ainda, a quase inevitabilidade desse viés¹⁴⁶, que afeta tanto leigos, quanto especialistas – e pior, sem evidência de que os primeiros sejam afetados em maior medida que os segundos –, razão por que os tomadores de decisão precisam estar muito atentos. Em outras palavras, autoridades e peritos não estão livres de incorrer nesse viés¹⁴⁷.

¹⁴⁵ DOBELLI, Rolf. **A arte de pensar claramente**: como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014, p. 92.

¹⁴⁶ Em suas palavras: “Basta haver âncoras para que nos agarremos a elas. Comprovou-se cientificamente que, caso um professor saiba as notas anteriores de determinado aluno, ele é influenciado por elas para avaliar seu último trabalho. Os boletins anteriores atuam como âncoras. Mesmo o “preço sugerido” impresso em muitos produtos nada mais é do que uma âncora. Profissionais de venda sabem que precisam estabelecer uma âncora bem antes de fazer uma oferta.” (Idem, *ibidem*, p. 93)

¹⁴⁷ Nesse sentido, confirmam-se especialmente: NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, amateurs, and real estate: An anchoring-and-adjustment perspective on property pricing decisions. **Organizational Behaviour and Human Decision Processes**, v. 39, n. 1, 1987, pp. 84-97; ENGLICH, Birte. Blind or Biased? Justitia's Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom Based on Given Numerical Representations. **Law & Policy**, v. 28, n. 4, 2006, pp. 497-514. Também abordam o viés em comento:

Na legislação, esse viés conduziria a iniciativas legislativas inspiradas, talvez demasiadamente, em outras experiências anteriores ou estrangeiras usadas como âncora, bem como à aprovação de medidas legislativas muito determinadas pela proposta original, a qual acaba ultrapassando o papel esperado de mera base para as discussões. Na prática, fossiliza-se o debate sobre a melhor opção.

Pela mesma razão, esse viés afetaria sobremaneira a discussão das emendas parlamentares, que também poderiam acabar muito próximas aos pontos de partida¹⁴⁸. Com isso, as emendas não cumpririam o desejado aperfeiçoamento dos projetos de leis.

A interferência do viés da ancoragem igualmente poderia ser observada na revisão legislativa, quando são retificados os parâmetros legais em vigor, de preferência após uma avaliação legislativa. Sob influência desse viés, as leis aprovadas para corrigir ou retocar o rumo de leis anteriormente aprovadas guardariam pouca diferença às leis objeto de reexame e, portanto, as leis revisoras seriam insuficientes aos fins a que se propõem.

Resumindo, é preciso tomar cuidado com as âncoras, assim entendidos os elementos que acabam delimitando (de maneira irracional) o perímetro da discussão, a qual se move em meio “ao que já está” e não necessariamente rumo ao melhor, mais adequado ou mais racional que está fora desse quadro.

Em segundo lugar, dentro dos vieses que podem acometer a atividade legislativa, pode-se mencionar o viés do *status quo*. Trata-se da tendência de o ser humano em manter o estado de coisas como está. É claro que a preferência em conservar esse estado pode ser produto de fatores racionais – por exemplo, porque envolve menores custos (uma mudança

TVERSKY, Amos; KANEHMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, n. 185, 1974, pp. 1124-1131; ARIELY, Dan, LOEWENSTEIN, George, PRELEC, Drazen. Coherent arbitrariness, stable demand curves without stable preferences. *The Quarterly Journal of Economics*, n. 118, 2003, pp. 73-105;

¹⁴⁸ Um exemplo pode ajudar a esclarecer essa interferência. A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 7º, inciso XXI, previu entre os direitos dos trabalhadores, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei. Em 2011, a omissão do legislação infraconstitucional foi levada à discussão do STF nos mandados de injunção n. 943, 1010, 1074 e 1090, que reivindicavam a regulamentação do dispositivo constitucional. Na sessão do dia 22 de junho de 2011, os Ministros da Corte ensaiaram avançar em uma regulamentação do dispositivo constitucional até o advento da lei mencionada no dispositivo constitucional. O Ministro Luiz Fux, por exemplo, mencionou as regulamentações da Alemanha, Dinamarca e Suíça, pelas quais o aviso prévio pode chegar a entre três e seis meses, conforme a duração do contrato de trabalho e a idade do trabalhador. Citou que, na Itália, o aviso prévio pode chegar a quatro meses. Na sequência, o Ministro Marco Aurélio propôs que, além dos 30 dias constitucionalmente previstos, fossem acrescentados 10 dias por ano. No caso discutido no MI n. 943, isso redundaria em 300 dias de aviso prévio, ou seja, quase 10 meses. Nesse mesmo dia, o julgamento acabou suspenso. Naturalmente, foram feitas articulações de bastidor para o desfecho da questão. Pouco tempo depois, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011, que disciplinou o direito em questão nos seguintes termos: para empregados que contem até um ano de serviço na mesma empresa, o aviso prévio será de 30 dias, sendo acrescidos 3 dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de até 90 dias, ou seja, 3 meses. Embora aqui não se segue a influência dos grupos de pressão para o resultado, chama-se a atenção para a solução pouco diferente do menor valor cogitado pelo STF para uma possível regulamentação provisória do direito (via sentença aditiva).

seria mais cara) –, mas o viés se dá diante de situações irracionais ou irrefletidas – ilustrativamente, quando o indivíduo quer evitar alguma emoção, como o arrependimento e o medo da responsabilidade inerente a decidir¹⁴⁹. Escolher quase sempre é renunciar e arcar com as consequências da opção.

Ocorre que essa “fuga da decisão” (*decision avoidance*) provocada pelo viés do *status quo* tem seus custos no longo prazo.

Como dito, tomado pelo viés do *status quo*, o indivíduo tem “aversão a decidir”. Não se confunde com a simples “procrastinação”, que geralmente advém de um cálculo mal feito: o indivíduo tem uma intenção, mas permanece parado, mesmo sabendo que isso é contrário à sua intenção. O viés do *status quo* se traduz na tendência dos decisores em preferir opções que não causem mudanças no estado de coisas.

Na legislação, essa inclinação enviesada em “preferir que nada mude” se manifesta sobretudo na “inércia legislativa”, que se dá quanto a diversos temas e mesmo diante de tantos problemas sociais graves, que deveriam receber atenção prioritária.

Como visto na Parte I da tese, Virgilio Zapatero também criticava essa tendência à inação, embora não tenha procurado uma explicação mais profunda para isso. A hipótese que se acaba de lançar agora é que a razão de alguns comportamentos pode ser de ordem psicológica. Aqui, acredita-se que a razão dessa constatação fática – o desejo e a tendência a que tudo permaneça como está – é o viés em comento relacionado à aversão a decidir, ou se se prefere, a buscar um caminho de solução que envolva a “não-ação” e a “não-mudança”, daí o próprio nome do viés do *status quo*.

A irracionalidade dessa postura se encontra precisamente na incapacidade dos seres humanos em dar atenção às oportunidades perdidas em razão da omissão. Além disso, a irracionalidade está na desconsideração de que tal aversão a decidir tem graves custos no longo prazo. Assim como alguns remédios surtem mais efeitos se ministrados logo a partir dos primeiros sintomas, existem soluções legislativas que serão eficazes se adotadas nos primeiros momentos. Um exemplo atual ajuda a entender: a entrada massiva de refugiados em um país. É uma questão que vem acometendo à União Europeia, inclusive. A demora em disciplinar os termos, prazos, limites, permissões, etc., pode ser catastrófico tanto para os Estados, para os imigrantes desamparados.

¹⁴⁹ É o que está muito bem explicado em: ANDERSON, Christopher J.. The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result from Reason and Emotion. **Psychological Bulletin**, v. 129, n. 1, 2003, pp. 139-167.

O fato é que quanto mais tempo demore a vir a decisão de legislar, maior a resistência nesse sentido, ou seja, maior a propensão a que a matéria continue sem receber o tratamento adequado.

Este viés do *status quo* se relaciona a outro muito parecido, o viés da omissão, já em terceiro lugar. Inclusive, alguns autores tratam os dois vieses como um só, mas talvez convenha separar. O viés do *status quo* está mais preocupado com uma mudança indesejada e, nesse sentido, pode agir para que tudo permaneça como está. Ou seja, o foco é o resultado de um curso de ação. Diferentemente, o viés da omissão se relaciona à tendência a permanecer inerte diante de um problema ou tomar uma decisão que não requeira uma ação, independentemente de que isso represente manter o *status quo* ou mudança. Portanto, nessa característica residiria a diferença entre os vieses mencionados¹⁵⁰. No entanto, reconhece-se que são parecidos e que muitas vezes caminham conjuntamente.

Seja como for, parece que os decisores associam que uma ação conduz a um maior arrependimento do que uma inação.

Em quarto lugar, cita-se o viés da confirmação. Trata-se da natural propensão dos seres humanos a que busquem e usem a informação de maneira que suas crenças prévias, expectativas e hipóteses preexistentes acabem confirmadas. Nesse sentido, buscam-se razões que corroborem as opiniões atuais e chega-se a evitar e, inclusive, desconsiderar, dados que pudessem contradizer ou oferecer alternativas.

Este viés se relaciona à chamada consistência cognitiva, a qual faz com que os seres humanos processem a informação e mantenham sua posição mesmo quando informações obtidas posteriormente sejam contraditórias com tal posição. O viés faz com que o ser humano queira evitar o desconforto da dissonância cognitiva, a mudança de opinião é tomada como algo negativo.

Na atividade legislativa, isso poderia conduzir à desconsideração das informações obtidas nas audiências públicas, como as manifestações de especialistas, bem como os comentários colhidos a partir das consultas populares, nas quais a sociedade pode oferecer soluções diversas das constantes na proposta legislativa¹⁵¹.

¹⁵⁰ Christopher J. Anderson, no entanto, dá conta de que existe uma certa controvérsia nesse ponto, pois alguns autores defendem que os dois vieses são um fenômeno unitário. Para mais detalhes, confira-se: *The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result from Reason and Emotion*. **Psychological Bulletin**, v. 129, n. 1, 2003, pp. 139-167, p. 143.

¹⁵¹ Stephanie. Cognitive consistency: Theory maintenance and administrative rulemaking. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 63, 2002, pp. 589-644, pp. 597-599).

Alguns fatores sabidamente aumentam esse viés, como, por exemplo, haver expressado argumentos ou justificações em favor da medida ou havê-la sustentado publicamente¹⁵².

Stephanie Stern, referindo-se a diversos estudos empíricos realizados nos Estados Unidos, mostra tal tendência no comportamento das agências – recorde-se que nesse país o poder normativo está mais concentrado nesses órgãos – em acolher os comentários ou realizar mudanças significativas nos projetos normativos, com base nas propostas do público ouvido durante o processo de elaboração normativa. De acordo com a autora, isso ocorre especialmente quando o momento de abertura para tais comentários se dá mais para o final do processo, quando já existe um formato mais ou menos estruturado. Ou seja, há uma resistência em fazer alterações substanciais.

Para diminuir o impacto desse viés da confirmação ou da aversão à dissonância cognitiva, uma sugestão da autora seria promover a participação pública nos estágios iniciais das discussões, antes que o projeto “se cristalize”¹⁵³. Trata-se de evitar um maior comprometimento público com os termos que o projeto normativo vem assumindo.

A outra proposta da autora é dividir as equipes encarregadas da proposta inicial e respectiva da revisão¹⁵⁴. Isso faz com que haja mais liberdade nas modificações, pois a segunda equipe não sentirá “um dever” de ser consistente com as propostas iniciais.

Por fim, Stephanie Stern aponta as rodadas de negociação para reduzir a força do compromisso público. Como é este último que está na base da “suposta obrigação de consistência” que origina o viés, tais negociações deveriam ocorrer preferencialmente nas fases iniciais¹⁵⁵.

¹⁵² Stephanie Stern, comentando a realidade norte-americana, afirma o seguinte: “*During the pre-notice analysis and decision-making period, agency staff make many verbal or behavioural commitments relating to the proposed rule. Public commitments, particularly those that are highly visible or occur within a group, intensify belief perseverance and attitude-behaviour consistency. The issue is not public commitment per se, which is a necessary part of the rulemaking process, but premature commitment prior to public input.*” (Idem, ibidem, pp. 627)

¹⁵³ Em suas próprias palavras: “*Regulatory processes that are more open-ended in the early stages of rulemaking and discourage premature commitment reduce theory maintenance.*” (Idem, ibidem, p. 630). Trata-se de aplicar a chamada *Advance Notice of Proposed Rulemaking – ANPR* (Idem, ibidem, p. 633), para estimular a participação nos momentos iniciais, inclusive por meio eletrônico.

¹⁵⁴ “*Procedures that encourage decisionmakers to generate and consider counterarguments or that segregate the staff initiating a proposal from those reviewing it also discourage lock-in. (...) One way to reduce agency lock-in is to create separate groups who critically analyze the rule, but do not participate in its development. Agencies that utilize independent contractors to develop an initial proposal from those who critically evaluate it have a better chance of avoiding agency lock-in. Another version of this idea is a peer review process by independent experts, such as advisory committees or panels, which ensures that agency staff are not the only source of input or evaluation. These structures remove decision-making control from staff at the point when they are most likely to have developed a consistency bias.*” (Idem, ibidem, pp. 630-631)

¹⁵⁵ Idem, ibidem, p. 642.

Stephanie Stern esclarece que não é que não haja mudanças nos projetos normativos por conta desse viés – na prática, as agências realizam alterações nas propostas –, mas sim que os graus de mudança não são o esperado (ou desejado) com base na contabilização racional das informações científicas e políticas encontradas¹⁵⁶.

Outro tipo de manifestação desse viés da confirmação seria observado no próprio conteúdo material das propostas. Exemplos mais concretos para ilustrar esse viés poderiam ser mencionados alguns experimentos legislativos sabidamente fracassados, como as propostas voltadas para o tabelamento de preços em geral, fixação de preços mínimos, máximos, etc.

No Brasil, especificamente, são recorrentes os projetos de leis que pretendem fixar preços para itens básicos como leite, gasolina, frete de transporte, etc., e pior, acreditando que efetivamente a medida poderia ser a solução para tornar o produto mais acessível.

Ocorre que insistir no controle de preços e outras dessa ordem equivale a desconsiderar que no passado esse foi o caminho para graves crises provocadas pela escassez do produto, pois os produtores tendem a se recusar a vendê-lo e podem chegar a parar de produzi-lo. As propostas de fixação de preços, portanto, seriam manifestação do viés da confirmação.

O viés da confirmação é um dos mais perigosos e recorrentes. Nem mesmo os especialistas estão imunes a esse viés, como farta literatura dá conta de erros provocados por essa falha cognitiva.

Em quinto lugar, cite-se o viés do excesso de confiança. Trata-se da inclinação dos indivíduos em sobrestimar seu próprio rendimento (*overestimation*), acreditar que são melhores que os outros (*overplacement*) e ter excessiva confiança na verdade ou exatidão de seus juízos (*overprecision*). Em resumo, uma autopercepção demasiado otimista.

Esse viés do excesso de confiança está relacionado a outro, qual seja, o viés do excesso de otimismo. Alguns autores não fazem diferença entre ambos, mas talvez fosse conveniente tê-los separados. O excesso de confiança se relaciona a uma superestimação das próprias habilidades, ao passo que o excesso de otimismo diz respeito a circunstâncias exógenas que independem do indivíduo. De toda forma, é bem verdade que um otimismo exagerado conduz a comportamentos superconfiantes.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p. 620.

Quanto ao viés do excesso de confiança, os estudos apontam, ainda, para um problema adicional: em determinadas circunstâncias, os especialistas mostram maior excesso de confiança que outras pessoas¹⁵⁷. Esse viés, portanto, afeta muito fortemente as previsões.

Na legislação, esse viés pode ser verificado nas estimativas de receita pública, por ocasião das discussões das leis orçamentárias. Tradicionalmente, costuma-se verificar um certo excesso de otimismo quanto à futura arrecadação tributária no próximo exercício financeiro e a consequência disso, como já sabido, é um mau planejamento dos gastos públicos, o que interfere em todas as políticas públicas do país. A confiança de que a Administração será capaz de economizar nos gastos públicos também poderia ser apontado como viés que afeta as leis orçamentárias.

Outros exemplos em que esse viés poderia se dar se relacionam aos programas de ação em geral, o planejamento da implementação, a elaboração de cronogramas de prazos, pois existe uma tendência em subestimar o tempo necessário e, conseqüentemente, isso afeta a fixação de regras de transição.

Em sexto lugar, deve-se citar o viés da disponibilidade. Por ele, os indivíduos julgam a probabilidade de um evento com base nos exemplos que vêm mais rapidamente às suas mentes. Tal facilidade de lembranças traz a crença de que determinados eventos seriam muito mais frequentes do que de fato são.

Rolf Dobelli explica de forma clara esse viés:

O viés da disponibilidade quer dizer o seguinte: fazemos uma ideia do mundo com base na facilidade com a qual exemplos nos ocorrem. O que, evidentemente, é uma tolice, pois na realidade algo não acontece com mais frequência só porque podemos imaginá-lo mais facilmente.

Graças ao viés da disponibilidade, passeamos pelo mundo com um mapa falso de riscos na cabeça. Assim, superestimamos sistematicamente o risco de morrer pela queda de um avião, por um acidente de carro ou assassinados. E subestimamos o risco de morrer por formas menos sensacionalistas, como diabetes ou câncer de estômago. Atentados a bomba são bem mais raros do que pensamos, e casos de depressão, muito mais comuns. A tudo que é espetacular, ofuscante ou barulhento atribuímos uma probabilidade muito alta. A tudo que é silencioso e invisível, uma probabilidade muito baixa. O espetacular, ofuscante ou barulhento estão mais

¹⁵⁷ Philip Tetlock denomina esses especialistas de “raposas”. Em seu livro *El juicio político de los expertos* (Madrid: Capitán Swing, 2016), o autor faz um estudo durante quase duas décadas, examinando 82.000 previsões de 284 especialistas. Entre outras interessantes curiosidades, a pesquisa mostra como esse excesso de confiança também afeta os especialistas que ganham a vida apontando tendências e prognósticos, assessorando na tomada de decisões públicas. Entre outras passagens valiosas, o autor tece recomendações que poderiam ajudar os especialistas a errar menos, como, por exemplo, manter a mente aberta, desprendendo-se as ideias preconcebidas, exercitando a autocorreção, e usando a imaginação para traçar diversos cenários. O próprio autor reconhece que não se trata de uma tarefa fácil, já que o ser humano “adora ter razão” e tem tendência natural para evitar a dissonância cognitiva, ignorando as evidências que contradizem sua hipótese inicial.

disponíveis ao cérebro do que seu contrário. Nosso cérebro pensa de maneira dramática, não quantitativa.¹⁵⁸

Os exemplos clássicos na vida cotidiana, portanto, são os ataques de tubarão (exceto com referências às praias do Recife), os sorteios de loteria (que promovem somente os vencedores, mas não os milhares que nunca ganharam um centavo de prêmio), acidentes de avião (que embora raros, são dos mais memoráveis), etc.

Os legisladores, tomados pelo viés da disponibilidade, tenderiam a dar uma importância (talvez) além da merecida para determinados eventos ou questões. Como consequência, poderia ocorrer uma distorção da ordem de prioridades, ante a existência de outros problemas mais prementes.

Um projeto de legislação mais racional passa por, primeiro, definir e, depois, sustentar prioridades em meio às inúmeras demandas contraditórias que são dirigidas ao governo. Inclusive, essa capacidade decisória – leia-se, de manter algumas escolhas – é o que pode garantir o sucesso do programa legislativo e que as prioridades previamente estabelecidas não sejam derrotadas ou ofuscadas por outras metas ou interesses.

Seja como for, o fato é que a partir desse viés, por exemplo, que são aprovadas algumas leis, que entrariam para a etiqueta de “legislação de pânico”. Nem por isso, entretanto, deixam de ser leis benéficas, como a Lei n. 12.653, de 28 de maio de 2012¹⁵⁹, e a Lei n. 13.425, de 30 de março de 2017¹⁶⁰.

¹⁵⁸ DOBELLI, Rolf. **A arte de pensar claramente**: como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014, pp. 42-43.

¹⁵⁹ A Lei nº 12.653, de 28 de maio de 2012, acrescentou o art. 135-A ao Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para tipificar o crime de condicionar atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia e dá outras providências. Em síntese, a mencionada lei tipificou como crime a exigência do chamado “cheque-caução” nos hospitais particulares, conduta que já era proibida por resolução da Agência Nacional de Saúde Suplementar. A aprovação da lei se deu após a morte de um importante funcionário do governo federal em Brasília, após dois hospitais particulares terem se recusado a atendê-lo, por falta de convênio com o plano de saúde dele. Era madrugada, nem ele, nem a sua esposa que o acompanhava, portavam cheques. Ao chegar ao terceiro hospital, o então Secretário de Recursos Humanos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em processo de infarto, já estava morto. Ainda agravando a situação de negligência, pairaram suspeitas de racismo por parte dos hospitais, já que o casal era negro. O caso foi amplamente noticiado à época: SOUSA, Yvna. **Dilma pede investigação sobre morte de secretário em Brasília. Valor Econômico**, 20/01/2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2494286/dilma-pede-investigacao-sobre-morte-de-secretario-em-brasilia?debug=true>>. Acesso em: 23 mai. 2018; **Secretário do Planejamento morre por falta de atendimento. Correio Braziliense**, 20/01/2012. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2012/01/20/internas_economia,287019/secretario-do-planejamento-morre-por-falta-de-atendimento.shtml>. Acesso em: 23 mai. 2018.

¹⁶⁰ A Lei n. 13.425, de 30 de março de 2017, estabelece diretrizes gerais sobre medidas de prevenção e combate a incêndio e a desastres em estabelecimentos, edificações e áreas de reunião de público; e dá outras providências. Entre outras, foi criminalizada a conduta de permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo. Trata-se da “Lei Boate Kiss”, em referência ao grave episódio que deixou 242 mortos e mais de 600 feridos, na cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, na madrugada do dia 27 de janeiro de 2013. Como parte do show da banda que se apresentava, acendeu-se um artefato (um sinalizador) para dar efeitos pirotécnicos, e uma fagulha

Em sétimo lugar, cite-se o viés do enquadramento (*framing*). Seu efeito é o potencial para atrair reações diferentes a circunstâncias idênticas. Ou seja, a forma como o problema social é apresentado afeta a visão da situação.

Tradicionalmente, a explicação desse viés usa o contraste de duas opções, uma descrita em termos positivos ante outra descrita em termos negativos. Em um exemplo corriqueiro mencionado por Rolf Dobelli¹⁶¹, são apresentados dois tipos de carne: “99% livre de gorduras” e “1% de gordura”. Os entrevistados consideraram a primeira peça de carne como sendo mais saudável, quando na verdade ambas eram iguais. E mais, mesmo diante do contraste entre “98% livre de gorduras” e “1% de gordura”, a primeira opção continuava parecendo mais saudável, mesmo que tenha o dobro de gordura da segunda. Em resumo, a apresentação linguística (“com gordura” *versus* “livre de gordura”) representa um enquadramento diferente e leva a opções e decisões diferentes.

Transplantando esse viés para o plano da legislação, pode-se dizer que a simples descrição do problema social subjacente já significa um enquadramento, pois nada pode ser apresentado sem uma delimitação da porção de realidade tomada como cenário, ou seja, um claro enquadramento. Na Parte II, quando da análise das leis de combate à violência contra a mulher, viu-se que, em um primeiro momento, a questão foi apresentada como um “problema privado” e somente depois se tornou um “problema social”, ou seja, de todos. E, percebe-se, a situação era a mesma. Desse modo, não é “o que” se fala, mas “como” se fala o que importa.

Essa percepção, inclusive, ajuda o analista a observar se a proposta legislativa está agindo na raiz do problema ou atacando simplesmente os sintomas. Mais uma vez o estudo da Parte II denota o ponto, explique-se. Embora o enquadramento do problema tenha evoluído, o foco tem permanecido na dimensão punitiva, com foco no agressor, já no período *ex post*, o que naturalmente tem efetividade limitada, como se pode ver. Mesmo as medidas preventivas

alcançou a espuma usada para fazer o isolamento acústico do estabelecimento. Rapidamente o incêndio se espalhou e foram evidenciadas diversas irregularidades, já que a casa de espetáculos funcionava sem alvarás de autorização, não contava com saídas de emergência eficientes, tinha excedido (e muito) sua lotação máxima (a capacidade era para 769 pessoas e havia 1100 no dia do acidente), entre outros problemas (por exemplo, no auge da confusão, as saídas da discoteca foram trancadas para que os clientes não saíssem sem pagar, já que a casa usava o sistema de “comandas”). O caso teve repercussão internacional, houve uma cobertura intensa da tragédia e desde então continuam saindo matérias na mídia até hoje. Praticamente todos os jornais contam com séries de reportagens até hoje: Tragédia no Sul, **Folha de São Paulo**, Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/especial/2013/tragediaemsantamaria/>>. Acesso em: 23 maio 2018. Também foi publicado um livro contando detalhes: ARBEX, Daniela. **Todo Dia a Mesma Noite**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018. Ao dizer que tais leis são enviesadas, convém enfatizar, não se faz qualquer juízo de valor sobre a tragédia. Para evitar mal entendidos, concorda-se que o evento exigia a adoção de providências, sobretudo para punir os responsáveis. Vale observar apenas que algumas vezes poderá haver irracionalidade na conduta de legislar olhando para trás, pensando que o passado voltará a se repetir.

¹⁶¹ DOBELLI, Rolf. **A arte de pensar claramente**: como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014, p. 125.

se abstém de entrar no cerne da questão. Até agora, o enquadramento do problema da violência contra a mulher ainda não alcançou incorporar as verdadeiras causas dessa mazela, qual seja, a profunda desigualdade entre homens e mulheres, simplesmente não é tratada. Da forma como foi feito o enquadramento, o ponto fica fora da discussão.

Ainda sobre os casos estudados na Parte II, nota-se que fica de fora do enquadramento a questão da impunidade, que é um dos maiores entraves para a efetividade da lei, sobretudo no que diz respeito à dificuldade em matéria probatória. De forma especial quanto à LVG, viu-se que a lei até está bem desenhada, mas existem problemas na sua aplicação.

Assim, no âmbito da legislação, a descrição do problema é um dos momentos mais propícios para o viés do enquadramento, pois dificilmente o diagnóstico da situação é neutro e objetivo, pois sempre há a influência das percepções e sobretudo da orientação política de quem o faz. Na Parte II, viu-se que também Virgilio Zapatero apontava para a importância da perfeita identificação do problema social a ser resolvido, sob pena de arruinar todo o trabalho subsequente. Nenhum critério de racionalidade servirá para contornar a questão.

Todos esses vieses acabam sendo endossados por outro viés, qual seja, o do pensamento de grupo, em oitavo lugar. Trata-se de um viés que acomete de forma especialmente grave as deliberações coletivas. Consiste na tendência comum a grande número de indivíduos em evitar manifestar suas opiniões divergentes e, pior, ainda ajustarem suas próprias opiniões ao do suposto consenso alcançado pelo grupo.

O pensamento comum nessa situação é: “se essas pessoas pensam ou acreditam em x , então deve haver uma boa razão para isso”. Assim, o indivíduo desiste de sua opinião inicial ao conhecer a dos demais. Em uma reunião, por exemplo, em lugar de introduzir um contraponto, a pessoa simplesmente fica calada.

Como consequência desse viés, o grupo adota decisões que, individualmente, cada membro do grupo rejeitaria em circunstâncias normais. Na prática, é como se o erro de um ou alguns membros fosse sendo endossado pelos demais por insegurança (quando os demais participantes não estão totalmente seguros da opinião divergente e preferem ficar calados), por preguiça (pois discordar de algo sempre dá mais trabalho e exige um esforço argumentativo maior) ou alguma outra explicação.

Na legislação, esse viés potencialmente acontece não somente nas reuniões fechadas preparatórias da proposta legislativa – ou seja, no momento da decisão legislativa –, mas também no momento da discussão legislativa propriamente dita, nas votações, sobretudo quando se observa a “unanimidade”. Os consensos desse tipo, mesmo em se sabendo que são

produtos de acordos políticos, devem chamar a atenção, pois podem ser produto desse viés. Inclusive, há uma estreita relação entre o viés do pensamento de grupo e o chamado efeito cascata ou manada, cuja origem é o impulso da imitação¹⁶².

Para combater o viés do pensamento de grupo, mais uma vez Rolf Dobelli dá um conselho certo:

Moral da história: sempre que você se encontrar em um grupo coeso e com um forte consenso, não deixe de exprimir sua opinião – mesmo que ela não seja ouvida de bom grado. Questione as suposições tácitas. Em caso extremo, você correrá o risco de ser expulso do caloroso ninho do grupo. E, se for o líder de um grupo, determine alguém para ser o advogado do diabo. Ele não será a pessoa mais amada no time. Mas talvez seja a mais importante¹⁶³.

O ideal, portanto, seria que os grupos fossem formados por pessoas com diferentes pontos de vista e com capacidade para agir com independência (leia-se, sem receios quanto à opinião dos demais). Em teoria, é o que acontece com a adoção do sistema de representação multipartidário e proporcional.

Como dito, seria necessário um aprofundamento empírico mais rigoroso para revelar mais exemplos concretos da influência dos vieses na tomada de decisões e no dia a dia da atividade legislativa¹⁶⁴. Além das ocorrências, tais estudos poderiam embasar formas de mitigar os vieses ou diminuir os seus efeitos, a partir de reformas institucionais voltadas para aperfeiçoar a deliberação e argumentação legislativa, prevenindo falhas óbvias, como, por exemplo, a fadiga na discussão, que seria a razão para a adoção de pautas menores. Trata-se do chamado “desenviesamento” (*debiasing*).

Acredita-se, ainda, que o simples conhecimento dos vieses ajudaria para avaliar de antemão, e com maior precisão, as estratégias para resolver os problemas sociais que se pretende enfrentar.

A despeito da utilidade e importância do estudo aqui sugerido, deve-se reiterar que o maior problema da atividade legislativa continuará sendo a já abordada questão dos interesses escusos que podem se infiltrar na legislação pelos caminhos naturais da política, na linha do que já foi comentado anteriormente.

¹⁶² Para uma explicação rica em exemplos concretos e com diversos experimentos demonstrando a ocorrência desses vieses, confira-se: SUROWIECKI, James. **A sabedoria das multidões**. Rio de Janeiro: Record, 2006. Outro clássico no assunto é: MACKAY, Charles. **Delirios populares extraordinários y la locura de las masas**. Barcelona: Profit Editorial, 2009.

¹⁶³ DOBELLI, Rolf. **A arte de pensar claramente**: como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014, p. 79.

¹⁶⁴ Na linha do que foi feito por: SUNSTEIN, Cass R.; REID Hastie. **Wiser. Getting beyond groupthink to make groups smarter**. Boston: Harvard Business Review Press, 2015; e WILLIAMS, Anita, et alli. Evidence for a collective intelligence factor in the performance of human groups. **Science**, n. 330, 2010, pp. 686-688.

5.10. Demais pontos pendentes de desenvolvimento

Até o momento, foram levantados os pontos cujo desenvolvimento se reputa necessário no âmbito de uma teoria da legislação e da argumentação legislativa que se pretendam mais completas e abrangentes com o fenômeno legislativo e comprometidas com determinados valores e ideais caros ao Estado democrático de Direito.

Repassando-os rapidamente, mencionou-se: 1) a necessidade de aprofundamento de uma teoria da legislação conectada a uma teoria da interpretação (ou uma teoria da interpretação que leve a sério o trabalho legislativo); 2) o esclarecimento de como se acredita que deve atuar jurisdição constitucional, bem como de qual deve ser o papel da Constituição na elaboração legislativa; 3) a importância de que fossem aprofundados os estudos e feita uma análise jusfilosófica sobre a racionalidade política e a mentira que permeia a atividade legislativa, tendo-se explicado algumas razões nesse sentido; 4) as conexões entre legislação e corrupção, com a intenção de registrar a necessidade de que as teorias da legislação firmem o compromisso de combate a essa prática, bem como para revelar a potencial contribuição que um enfoque argumentativo pode dar nesse tema; e 5) a atenção que as teorias da legislação devem dar ao populismo e de que maneira esse fenômeno pode “assaltar” os Parlamentos.

Paralelamente às diretrizes mencionadas anteriormente, existem outras, as quais apenas se mencionará, em razão das limitações de tempo e espaço da presente tese. Assim, as demais tarefas teóricas seriam: 6) aprofundar os estudos sobre quais seriam os deveres éticos dos profissionais encarregados de assessorar o processo legislativo, considerando os reais constrangimentos institucionais a que estão sujeitos; 7) no mesmo sentido, a abordagem especializada sobre quais devem ser as virtudes legislativas (e políticas), com o necessário enfoque voltado para as peculiaridades do labor legislativo; 8) as condições de possibilidade de aproveitamento do *nudging* como ferramenta auxiliar da teoria da legislação¹⁶⁵; 9) o

¹⁶⁵ Na linha do que foi feito por: SUNSTEIN, Cass R. **Paternalismo libertario**. Barcelona: Herder, 2017; _____. **(Más) Simple: el futuro del Gobierno**. Madrid: Marcial Pons, 2014; _____. Análisis conductual del derecho. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 62, 2012, pp. 53-64; THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Rio de Janeiro: Campus, 2009; PONCE SOLÉ, Juli. *Nudging, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales*. In: MÍGUEZ MACHO, Luis; ALMEIDA CERREDA, Marcos; SANTIAGO IGLESIAS, Diana (Coords.). **La simplificación de los procedimientos administrativos**. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, Escola Galega de Administración Pública, 2014, pp. 191-216; e ZORZETTO, Silvia; FERRARO, Francesco. *Legislation and nudging*. Conferência apresentada *International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation*, realizado na Universidade de Zaragoza nos dias 23 e 24 de fevereiro de 2018 (Manuscrito fornecido no evento).

catálogo de que regras ideais “análogas” às do discurso racional de Robert Alexy voltadas para o debate parlamentar; 10) o resgate das diversas “táticas parlamentares”, em uma espécie de atualização da compilação que fez Jeremy Bentham¹⁶⁶ em seu tempo e, mais recentemente, Alonso Lujambio¹⁶⁷, especialmente em relação ao México¹⁶⁸; 11) o mapeamento dos fatores reais de poder – para usar a expressão consagrada por Ferdinand Lassalle¹⁶⁹ –, desvendando os elementos ideológicos que permeiam as práticas; 12) o aprofundamento da influência dos contextos, já que a composição dos Parlamentos está sempre mudando (a cada quatro anos, pelo menos), os estudos não podem menosprezar esse caráter eminentemente contextual das análises argumentativas; 13) a discussão, praticamente inexistente no Brasil, sobre a responsabilidade do Estado legislador, ou seja, pelos prejuízos causados pela atividade legislativa¹⁷⁰.

¹⁶⁶ BENTHAM, Jeremy. **Táticas parlamentarias**. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991.

¹⁶⁷ LUJAMBIO, Alonso. **Táticas parlamentarias hispanomexicanas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

¹⁶⁸ Essas táticas parlamentares, na qualidade de manobras estratégicas na argumentação legislativa, devem ser devidamente catalogadas conforme o papel desempenhado pelos parlamentares, por exemplo, se defendem a proposição legislativa, se a atacam, se são da base aliada ao governo ou da oposição. O certo é que o objetivo é o de satisfazer o eleitorado.

¹⁶⁹ Em *O que é uma Constituição?*, publicado originalmente em 1864, Ferdinand Lassalle pondera que de nada serve o que se escreve em uma folha de papel, se não se ajusta à realidade, aos fatores reais e efetivos de poder. Esses, de acordo com sua definição, são os que governam no seio de cada sociedade, são a força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas, fazendo com que não possam ser, em essência, mais do que são (LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pilares, 2015, p. 38). O autor usa esse conceito para explicar quando uma Constituição escrita é boa ou duradoura. Na sua opinião, assim o será “quando a Constituição escrita corresponda à Constituição real, a que tem suas raízes nos fatores reais de poder que regem no país” (p. 77). Lassalle mencionou os seguintes fatores reais de poder na sociedade alemã em sua época: a monarquia, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a consciência coletiva e cultura geral, a pequena burguesia e a classe operária. Em última instância, eram esses os fatores que decidiam a prática constitucional. Defendendo a importância de seu conceito, de forma categórica, afirma: “Os problemas constitucionais não são, primariamente, problemas de direito, mas sim de poder: a verdadeira Constituição de um país apenas reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem neste país; e as constituições escritas não têm valor nem são duradouras, mas que quando expressam fielmente os fatores de poder imperantes na realidade social (...)” (pp. 93-94). Embora Lassalle estivesse pensando sobre a elaboração de constituições, suas reflexões são perfeitamente aplicáveis à lógica da produção legislativa ordinária. As modernas teorias voltadas para a legislação deveriam cuidar de mapear quais são os fatores reais de poder predominantes, que não só explicam, como também determinam o conteúdo da legislação.

¹⁷⁰ A doutrina estrangeira já problematiza a questão há muito. Por exemplo, entre outros: AHUMADA RUIZ, Marian, Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional). **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 62, 2001, pp. 301-352; ALONSO GARCÍA, María Consuelo, **La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador**. Madrid: Marcial Pons, 1999; ALVAREZ BARBEITO, Pilar. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del derecho comunitario. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 8, 2004, pp. 61-76; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el derecho español**, Madrid, Thomson-Civitas, 2005; LEIVA RAMÍREZ, Eric; ALONSO GARCÍA, María Consuelo. La responsabilidad patrimonial del legislador. **Administración & Desarrollo**, v. 40, n. 55, 2012, pp. 33-48; RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón. La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario: ¿punto final? **Diario La Ley**, n. 8424, 2014; _____. La rectificación por el Tribunal Supremo de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario. **Actualidad administrativa**, n. 2, 2011, p. 3; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al derecho comunitario y de la ley inconstitucional. **Revista Española de Derecho Europeo**, n. 38,

Todos esses aprofundamentos teóricos deveriam ser desenvolvidos à luz de uma perspectiva argumentativa, pois, como já se disse, essa é essencial para compreender o funcionamento do processo de elaboração legislativa e conferir maiores graus de racionalidade e sentido às leis.

5.11. Limites das teorias da legislação e da argumentação legislativa

A partir de tudo o que se vem expondo, é possível perceber que os pontos que foram levantados até o momento para desenvolvimento teórico futuro também podem entrar como problemas a serem resolvidos pela teoria da legislação ou como limites teóricos. O que se chama aqui de limites teóricos abarcaria toda a ordem de questões ainda não devidamente abordadas a contento pelas diversas perspectivas teóricas, na linha de algumas lacunas que já foram levantadas ao longo da tese.

Além dos teóricos, de outra ordem são os limites práticos.

Existem contextos que favorecem a argumentação, as trocas de argumentos. Ralph H. Johnson¹⁷¹, por exemplo, aponta alguns fatores que determinam a maior ou menor incidência da argumentação:

- 1) A existência de interesses comuns, ou seja, que exista unidade de fins, um projeto comum, de modo que a argumentação seja o meio para facilitar tal convivência;
- 2) A existência de desacordos, pois, sem pontos de vista diferentes, não existe sobre o que se argumentar; a argumentação só faz sentido se houver discrepância, pontos questionáveis, controvérsia;
- 3) A confiança na racionalidade, isto é, faz-se necessário que as melhores razões sejam o guia das crenças;
- 4) A abertura à mudança ou, se se prefere, a escutar os pontos de vista do outro, pois a argumentação não faz sentido se os envolvidos forem incapazes de (ou não estejam dispostos a) mudar suas opiniões.

Tomando isso em consideração e desde um ponto de vista prático, um dos limites da teoria da legislação e da argumentação corresponde às dificuldades decorrente do real funcionamento das instituições. As condições ideais não costumam se dar, ao menos não

2011, pp. 141-171; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. La teoría de la responsabilidad del Estado legislador. *Revista de administración pública*, n. 68, 1972, pp. 57-136; TEJERA HERNÁNDEZ, Evangelina Verónica de la; HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, v. 47, n. 141, 2014, pp. 1137-1164;

¹⁷¹ **Manifest rationality**: a pragmatic theory of argument. Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2000.

todas ao mesmo tempo, de modo que a realidade é um claro limite à teoria, por mais que esteja presente o desejo de que a teoria ilumine as práticas.

Relacionado a esse limite, existe um outro diretamente ligado às chances de aperfeiçoamento das atividades legislativas. Assim como funciona nos demais entes públicos, as possibilidades nesse sentido são sempre políticas e dependem sobretudo de uma vontade (da autoridade) superior, que adote tal objetivo (o de melhorar os processos) como diretriz institucional.

Além da questão da vontade política, outro ponto que se deve ter presente é a velocidade dos trabalhos dentro do Poder Legislativo. Qualquer iniciativa para aprimorar as rotinas equivaleria metaforicamente a trocar o pneu de um carro enquanto este segue em movimento. Os mais familiarizados com as idiossincrasias legislativas sabem que, mesmo em considerando os recessos parlamentares, o tempo é pouco e a dinâmica é muito veloz.

Ainda que esses limites fossem superados, persistiriam outros, já que, mesmo se existente, a teoria da legislação e da argumentação legislativa mais completa não seria capaz de dar conta de todas as mazelas que atualmente assolam a natureza da atividade legislativa e política e essas, infelizmente, não parecem poder ser modificadas.

Os políticos são como são, o móvel das eleições vindouras (o chamado “olho nas urnas”) sempre estará presente, assim como a barganha por mais prestígio e poder (seja a indicação de aliados para cargos na Administração Pública, seja a obtenção de verbas para obras, empreendimentos e outros benefícios para suas respectivas bases eleitorais) são parte da natureza do universo parlamentar.

Também seriam necessárias, por exemplo, melhorias no sistema político e eleitoral. São inúmeras as propostas que versam sobre a mudança do sistema de governo (no Brasil, vem crescendo movimentos em prol de um sistema semipresidencialista), o sistema partidário (especialmente para limitar a pulverização, o grande número de partidos políticos, bem como para acabar com as constantes trocas de partidos), o sistema eleitoral (recentemente foram bastante discutidas a instituição do sistema distrital, o distrital misto, chegando até mesmo a um arremedado “distritão”).

No caso do Brasil, concretamente, já foram aprovadas algumas mudanças nesse sentido, como o financiamento das campanhas eleitorais, proibindo a doação por parte de pessoas jurídicas. Muito já foi escrito sobre esses assuntos, razão pela qual este trabalho vai se abster de repetir propostas nesse sentido.

O que verdadeiramente interessa a esta tese são as propostas tendentes a melhorar as práticas argumentativas dentro do Poder Legislativo, ou seja, sobre o que pode ser feito mais

concretamente dentro desse ambiente que dificilmente se pode mudar. Como se acaba de comentar, por mais que existam ideias de aperfeiçoamento, existe um núcleo imodificável da essência das atividades parlamentares e que é indissociável do processo de elaboração das leis e da argumentação legislativa aí envolvida.

O grande desafio que norteia esta tese é, portanto, o de como melhorar a qualidade argumentativa dos parlamentares no processo legislativo, bem como dos técnicos que assessoram essa atividade, apontando as características culturais e institucionais que podem favorecer esse desiderato. Repita-se, o foco aqui é o que fazer dentro do Parlamento.

Nesses termos, tentando escapar dos limites citados, o capítulo seguinte se propõe a sugerir o que, segundo a visão desta pesquisa, pode ser feito concretamente e, na medida do possível, longe de um centralismo burocrático.

Capítulo 6. Diretrizes para o aperfeiçoamento da capacidade argumentativa e deliberativa no Poder Legislativo

Nesta derradeira seção da tese, são formuladas sugestões diretas, objetivas e concretas e propostas de medidas a serem adotadas na prática pelo Poder Legislativo para o aperfeiçoamento de suas rotinas e com vistas a garantir maior racionalização das atividades legislativas e das argumentações nelas envolvidas.

Na exposição que se segue, optou-se não agrupar as formulações em categorias básicas, embora algumas delas apresentem essencialmente um ou mais dos rótulos seguintes: procedimentais, técnicas, materiais e institucionais. No entanto, dado que algumas dessas se sobrepõem, preferiu-se simplesmente elencar as propostas na ordem do que se acredita ser de implementação mais viável, priorizando as mais importantes e deixando para o final as propostas consideradas de adoção mais remota ou difícil, embora não impossível. O mesmo critério foi usado para ordenar as subdivisões de cada item.

Por oportuno, deve-se reforçar que o catálogo de medidas aqui apresentado não exaure o universo das recomendações voltadas para melhorar os processos e a argumentação dentro do Poder Legislativo. Além disso, convém ter presente que igualmente são necessários aprimoramentos em outras instâncias (além dos Parlamentos) que atuam na elaboração legislativa.

6.1. Introdução das exposições de motivos e preâmbulos nas leis

Na Parte I desta tese, mais precisamente na seção 1.1, quando se estudou a obra seminal *La forma de las leyes*, do GRETEL, contou-se que o capítulo terceiro desse livro, intitulado *Preámbulo y disposiciones directivas*, de autoria de Miguel Martín Casals, foi exclusivamente dedicado a essa parte das leis. Como se viu, o autor conferia pouca importância ao preâmbulo como instrumento de técnica legislativa, tanto pelo seu caráter programático, quanto por se tratar de uma disposição opcional, não essencial das leis.

Já naquele momento, esta tese apontou para o possível equívoco do citado autor em menosprezar o valor do preâmbulo. Foi dito que, mesmo sendo impossível considerá-lo em detrimento do respectivo texto articulado da lei, trata-se de importante vetor interpretativo e teleológico, que, de modo especial, permite a avaliação do cumprimento dos objetivos declarados pela lei (verificando inclusive se eram “falsos”), bem como da eventual

incompatibilidade entre seus propósitos e as medidas estabelecidas nesse sentido (o seu conteúdo normativo).

No presente momento, especialmente após o aprofundamento dos estudos, tem-se ainda mais clareza a respeito da importância das exposições de motivos (no momento das discussões) e do preâmbulo (quando já aprovada a lei). É que aí está contida a *ratio legis*. Se a ideia é conferir mais racionalidade ao processo de elaboração das leis, o enfoque argumentativo não pode desprezar tais peças.

Antes de aprofundar o argumento, esclareça-se que as exposições de motivos e os preâmbulos não são termos sinônimos. As exposições de motivos são os arrazoados que acompanham a iniciativa nos projetos de leis.

No ordenamento brasileiro, na prática, as exposições de motivos (com essa denominação) somente existem nos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo. Em se tratando dos projetos de iniciativa parlamentar, acompanha-se apenas a chamada “justificação”, que costuma ser mais sucinta (que a exposição de motivos) e dotada de um caráter menos técnico, mais informal¹. Ao final do processo legislativo, ambas partes (exposição de motivos e justificação) são descartadas, não se incorporando à versão final da lei publicada. Ou seja, tais partes não se convertem no preâmbulo.

O preâmbulo, a rigor, deve ser uma peça menor, com menos palavras que a exposição de motivos, funcionando como uma versão acabada desta, já consoante com o texto final da lei aprovada, com a devida incorporação das alterações realizadas ao longo do processo legislativo. Etimologicamente, o preâmbulo significa “porta da lei”².

¹ O Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 103, sequer exige maior formalidade para tal justificação, senão, veja-se: “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.”. O art. 107, § 1º, ao menos faz referência à justificação: “Art. 107. A publicação de proposição no Diário da Câmara dos Deputados e em avulsos, quando de volta das Comissões, assinalará, obrigatoriamente, após o respectivo número: I – o Autor e o número de Autores da iniciativa, que se seguirem ao primeiro, ou de assinaturas de apoio; II - os turnos a que está sujeita; III - a ementa; IV - a conclusão dos pareceres, se favoráveis ou contrários, e com emendas ou substitutivos; V - a existência, ou não, de votos em separado, ou vencidos, com os nomes de seus Autores; VI - a existência, ou não, de emendas, relacionadas por grupos, conforme os respectivos pareceres; VII - outras indicações que se fizerem necessárias. § 1º Deverão constar da publicação a proposição inicial, com a respectiva justificação; os pareceres, com os respectivos votos em separado; as declarações de voto e a indicação dos Deputados que votaram a favor e contra; as emendas na íntegra, com as suas justificações e respectivos pareceres; as informações oficiais porventura prestadas acerca da matéria e outros documentos que qualquer Comissão tenha julgado indispensáveis à sua apreciação. (...)”.

² Em todo caso, o que importa é a presença desse “raciocínio prévio” à lei. Outras expressões também já foram usadas para transmitir a mesma ideia de introdução, como “prolegômenos” (com raiz grega que significa “as coisas que são ditas antes”), prólogo, proêmio, prefácio, exórdio, *considerandum* (no plural, *consideranda*). Assim, independentemente da denominação, o que conta é a clareza dos argumentos aí postos, que devem ter a função de facilitar o acesso ao contexto que originou a disposição legislativa.

Como já dito na Parte I, o ideal seria que as exposições de motivos e preâmbulos funcionassem analogicamente como a parte da sentença judicial que traz a fundamentação da decisão³. Entretanto, está-se ciente das peculiaridades que implicam o processo de elaboração das leis, notadamente o relativo “descolamento” entre os argumentos utilizados para justificar a lei e o respectivo texto da lei propriamente dito.

Outra característica marcante da produção das leis – revelada especialmente na Parte II, no Capítulo 3, quando do estudo da argumentação legislativa espanhola por ocasião da lei sobre a violência contra a mulher – é uma certa “disparidade” entre as controvérsias que permeiam os materiais preparatórios (notadamente os textos do projeto e emendas) e o rumo dos debates nas comissões e plenário. Esses últimos potencialmente descambam para discursos com tom mais político e se acaba evadindo das questões técnicas problemáticas. Essa situação restou bem evidenciada na Parte II da tese.

Seja como for, o fato é que as leis devem ter uma razão de ser – trata-se de imperativo decorrente da própria noção de Estado Constitucional – e essa razão de ser deve acompanhá-las de alguma forma. É necessário que, em primeiro lugar, existam razões para as leis, e, em segundo lugar, que tais razões sejam efetivamente registradas. Isso, para delimitar os termos dos debates dos parlamentares e, inclusive para a posteridade (norteando a respectiva aplicação da lei) e para revelar eventuais contradições (entre o declarado pelos legisladores e o que foi realmente feito).

Assim, não há como deixar de reconhecer o papel justificativo das exposições de motivos e preâmbulos e o seu potencial para a racionalização dos trabalhos legislativos. Aqui, acredita-se que sua introdução aumentaria de modo considerável a qualidade argumentativa e a racionalidade das decisões legislativas.

Nesse sentido, essas peças devem conter minimamente os seguintes elementos esclarecedores: 1) o problema (social, jurídico, político, moral, econômico, etc.) que demandou a intervenção legislativa; 2) a finalidade ou os objetivos a serem alcançados com a lei; 3) uma breve explicação da solução determinada ou dos meios escolhidos (naturalmente considerados os melhores disponíveis) para alcançar os fins desejados; e 4) as consequências esperadas a partir da aprovação da lei. Trata-se, basicamente, do que entrou em jogo durante a gestação e a aprovação da lei, registrado de forma mais ou menos abreviada.

³ A propósito, recorde-se o teor do Código de Processo Civil brasileiro: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.”.

A rigor, os argumentos aí contidos, tanto os que apresentam o problema, quanto os que demonstram sua solução, representam o típico raciocínio legislativo, variável mais em relação à amplitude das questões e o destaque dado aos aspectos socioeconômicos, político-morais ou técnico-jurídicos, os quais também poderão vir entrelaçados.

Faz-se uma correlação entre a existência de um problema e a necessidade de resolvê-lo de determinado modo (no caso, o que foi adotado na medida legislativa). Aqui, obviamente, já se dá por superado que a questão (o problema social em concreto) é suscetível de uma solução legislativa, ou seja, de que houve uma resposta anterior positiva à primeira pergunta fundamental em matéria de legislação: é realmente necessário fazer uma lei? Juntamente com as prévias respostas às demais perguntas subseqüentes da técnica *Checklisten*.

Na redação da exposição de motivos (e justificação nos projetos parlamentares), é sumamente importante o registro da conexão político-social do problema. Isso é o que revela de forma especial a racionalidade política que permeou o surgimento da lei. É dizer, a exposição de motivos pode proporcionar o acesso às razões da gênese legislativa e, de modo especial, às finalidades e diretrizes a serem alcançadas com a lei.

Por isso, a exposição de motivos tem que registrar quais são os fatos sociais e os pensamentos que sobre eles podem ser aportados para tratar de solucionar do modo mais adequado conforme as necessidades do problema jurídico apresentado, à luz de todo o ordenamento jurídico⁴.

Aqui, a adequação das medidas deve ser referida aos objetivos a serem alcançados pela lei, que sempre serão traduzidos de alguma maneira na finalidade do bem comum (as leis jamais podem ter um objetivo diferente deste).

Nas palavras de María Carolina Rovira Florez de Quiñones:

É na exposição de motivos onde devem ser relatados os valores jurídicos a proteger e alcançar, valores tais como justiça, segurança, ordem, paz, validade, etc. Em resumo, a finalidade da exposição de motivos é determinar o bem comum que a norma tem que alcançar, e exatamente porque o bem comum como algo a alcançar é uma das notas essenciais das disposições legais, por si só justifica a necessidade da existência das mesmas exposições de motivos.⁵

⁴ ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, María Carolina. **Valor y función de las “exposiciones de motivos” en las normas jurídicas**. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1972, p. 116-117.

⁵ No original: “*Es en la exposición de motivos donde deben relatarse los valores jurídicos a proteger y alcanzar, valores tales como justicia, seguridad, orden, paz, validez, etc. En resumen, la finalidad de la exposición de motivos es determinar el bien común que la norma tiene que alcanzar, y precisamente porque el bien común como algo a alcanzar es una de las notas esenciales de las disposiciones legales, por sí justifica la necesidad de la existencia de las mismas exposiciones de motivos*” (Idem, ibidem, p. 118).

Na Espanha, o valor das exposições de motivos e preâmbulos parece estar mais reconhecido, tanto no uso legislativo, porque efetivamente se redige e se dota essa parte da lei com conteúdo, quanto na jurisprudência, na medida em que o Tribunal Supremo espanhol faz referência ao seu conteúdo em diversos julgados⁶. A própria Constituição espanhola de 1978 faz expressa referência às exposições de motivos em seu art. 88: “*Os projetos de lei serão aprovados pelo Conselho de Ministros, que os submeterá ao Congresso, acompanhados de uma exposição de motivos e dos antecedentes necessários para se pronunciar sobre eles.*”⁷.

O regimento interno do *Congreso de los Diputados* também cita expressamente a figura, considerando-a como um “artigo” para fins do processo legislativo⁸ e estabelece que a discussão das emendas à exposição de motivos se dá ao final⁹. Inclusive, uma leitura dessas normas conduziria à interpretação de que no ordenamento espanhol, a exposição de motivos é obrigatória, mas o preâmbulo, não.

Naturalmente, esse maior reconhecimento do papel das exposições de motivos e preâmbulos não significa que na prática não existam imperfeições na realidade espanhola. Por exemplo, com frequência não se tem o devido cuidado com a redação dessas peças, que não ficam claras; nem sempre são feitas as adaptações decorrentes das emendas e modificações realizadas durante o processo legislativo, em relação à versão final do articulado, ou seja, acabam passando referências a partes que foram suprimidas ou modificadas; e existem leis que trazem na parte introdutória a denominação “exposição de motivos” e outras, “preâmbulo”,

⁶ María Carolina Rovira Florez de Quiñones (**Valor y función de las “exposiciones de motivos” en las normas jurídicas**. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1972) levanta várias decisões judiciais que textualmente citam e conferem autoridade ao “espírito da lei” expressado na exposição de motivos. Embora o trabalho seja antigo e mereça uma atualização para incorporar as outras decisões mais recentes na mesma linha, tem seu valor ao mencionar sentenças da década de 1940 do século passado que colocavam essa parte da lei como elemento de ajuda para definir o sentido e o alcance de um ordenamento. Entre outros fragmentos, cite-se: “*Para la STS de 15 de febrero de 1943, la exposición de motivos es la fuente de interpretación más directa para fijar el sentido y alcance de un ordenamiento. (...) Para la STS de 4 de noviembre de 1957, la exposición de motivos es elemento de la norma a tener en cuenta de modo indispensable para sus debidas o acertadas interpretaciones. (...) Para la STS de 24 de octubre de 1965 la exposición de motivos es un elemento importante que ayuda a las tareas interpretativas, pero carece de fuerza vinculante. (...)*” (ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, María Carolina. **Valor y función de las “exposiciones de motivos” en las normas jurídicas**. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1972, p. 98).

⁷ No original: “*Artículo 88. Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.*”.

⁸ Trata-se do art. 110.5, *in verbis*: “**Artículo 110.** (...) 5. *A tal fin, y en general, a todos los efectos del procedimiento legislativo, cada disposición adicional, final, derogatoria o transitoria tendrá la consideración de un artículo, al igual que el Título de la ley, las rúbricas de las distintas partes en que esté sistematizado, la propia ordenación sistemática y la Exposición de Motivos.*”.

⁹ Trata-se do 114.2, *in verbis*: “**Artículo 114.** (...) 2. *Las enmiendas que se hubieren presentado en relación con la Exposición de Motivos se discutirán al final del articulado, si la Comisión acordare incorporar dicha Exposición de Motivos como preámbulo de la ley.*”.

demonstrando que mesmo no ordenamento espanhol existem problemas com a técnica legislativa na prática.

A rigor, como já assinalado, a exposição de motivos deveria ser reservada à iniciativa, acompanhando o projeto durante o processo legislativo; uma vez aprovado o projeto de lei, a parte introdutória é o preâmbulo. A exposição de motivos se dirige ao Parlamento, ao passo que o preâmbulo tem como destinatário os cidadãos a que a lei se dirige.

Não se trata de conferir autoridade normativa ou vinculante a essas declarações, o que tampouco seria adequado, mas simplesmente de usar essa parte da lei como meio para conhecer melhor o texto normativo, uma espécie de fonte de interpretação auxiliar, tendo em vista que de fato aí estão contidas as diretrizes que os legisladores quiseram registrar como mandato legal¹⁰. A sua função é precisamente essa: registrar a *ratio legis*. Conseqüentemente, disso se extrai uma importante função racionalizadora, amplamente reconhecida por diversos autores¹¹. E com repercussões na aplicação, já que igualmente estabelece uma diretriz interpretativa do texto legal.

No Brasil, esse potencial do preâmbulo é subaproveitado, pois seu conteúdo é esvaziado (na verdade, inexistente). Essa parte da lei apenas é mencionada pela Lei Complementar n. 95/98, em seu art. 3º, inciso I¹², e no art. 6º, de acordo com o qual “O

¹⁰ Manifestando-se com mais detalhes sobre tal valor interpretativo das exposições de motivos, María Carolina Rovira Florez de Quiñones avança com as seguintes considerações relevantes: “*En la primera de estas cinco sentencias [STS de 15 de febrero de 1943] la exposición de motivos es fuente de interpretación, la más directa. Esto quiere decir que la exposición de motivos es el lugar dónde mejor pueden colegirse los límites conceptuales de una disposición. El término “más directa” puede entenderse en un doble sentido: como que representa una interpretación auténtica o como que es el lugar primero al que hay que acudir para conocer la norma. Afirmar que la exposición de motivos es una interpretación auténtica tiene sus riesgos, ya que según la definición doctrinal, interpretación auténtica es la que realiza el autor de la norma. Según nuestro modo de ver, comprobado repetidas veces, la exposición de motivos, para ser tal, tiene que ser realizada por el autor de la norma, en cuyo caso la interpretación que da la exposición de motivos es siempre auténtica. Pero, por otro lado, es como decir que la interpretación está siempre dentro de la misma norma, con lo que el concepto de interpretación auténtica queda limitado a conocer la propia disposición con los elementos que la misma proporciona. Criterio necesario pero no siempre suficiente para llegar a entender su verdadero sentido, ya que como ha dicho el propio Tribunal Supremo, en varias ocasiones, las normas tienen que conocerse y aplicarse teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico en su conjunto. Entonces tenemos que efectivamente la exposición de motivos es un medio de interpretar la norma pero en el sentido, más que del término interpretar, del término conocer; y naturalmente conocer la norma es lo que trata de alcanzar al aplicador de justicia cuando aduce la norma en un determinado momento.*” (Idem, ibidem, pp. 98-99).

¹¹ Entre outros, confirmam-se: DÍEZ PICAZO, Luis María. Los Preámbulos de las leyes. In: GÓMEZ ÁLVAREZ, Ubaldo (Coord.). **Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto**. Oviedo: Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, pp. 167-208, p. 175; TAJADURA TEJADA, Javier. Sobre los preámbulos de las leyes. **Revista jurídica de Navarra**, n. 29, 2000, pp. 173-182.

¹² “Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas: I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada; III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber.”.

preâmbulo indicará o órgão ou instituição competente para a prática do ato e sua base legal.”.

Por seu turno, de acordo com o Decreto n. 9.191/2017, que estabelece 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, prevê: “*Art. 5º. O ato normativo será estruturado em três partes básicas: I - parte preliminar, com: (...) b) o preâmbulo, com: 1. a autoria; 2. o fundamento de validade; e 3. quando couber, a ordem de execução, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação da norma; (...)”.*

Assim, no ordenamento brasileiro, o preâmbulo corresponde à parte das leis que vem redigida das maneiras exemplificativas seguintes:

- Em uma lei ordinária: “**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:”
- Em uma lei complementar: “**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:”
- Em uma emenda constitucional: “**As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal**, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal¹³, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:”

Como sabido, a Constituição de 1988 tem um preâmbulo diferente¹⁴ e sua função é igualmente de outra ordem¹⁵. O modelo do preâmbulo constitucional não serviria de parâmetro para a legislação infraconstitucional. Mesmo assim, chama-se a atenção para o entendimento do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto ao valor preâmbulo da Constituição de 1988.

No bojo da ADI n. 2.076, discutia-se se a invocação da proteção de Deus constante do preâmbulo do texto constitucional de 1988 se tratava ou não de uma norma de reprodução obrigatória nas Constituições estaduais. No julgado, o STF expressamente afirmou que a expressão “*sob a proteção de Deus*” não tinha força normativa, tampouco constituindo norma de reprodução obrigatória¹⁶.

¹³ “Art. 60. (...) § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.”.

¹⁴ Eis o seu conteúdo: “*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.*”.

¹⁵ Para um estudo aprofundado sobre o preâmbulo constitucional, confira-se: TAJADURA TEJADA, Javier. **El preâmbulo constitucional**. Granada: Editorial Comares, 1997.

¹⁶ Assim restou ementado o julgado: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de

Entretanto, em lugar de limitar-se a essa controvérsia, acabou tecendo considerações no sentido de que o preâmbulo “*não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo [a] posição ideológica do constituinte*”, bem como afirmando textualmente que “*Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica*”¹⁷.

Sem pretensão de entrar na discussão sobre a adequação ou não desse raciocínio no âmbito constitucional¹⁸, o que certamente se pode afirmar é que esse entendimento parece equivocado em se tratando dos preâmbulos das leis, ou seja, no plano infraconstitucional, pelas razões já expostas até agora. O posicionamento do STF, portanto, mereceria uma revisão no caso de os preâmbulos efetivamente passarem a ser incorporados nas leis brasileiras, como aqui se sugere¹⁹.

Com efeito, pelo exposto até agora é possível perceber que a introdução das exposições de motivos e preâmbulos é uma das medidas mais óbvias para aperfeiçoar a argumentação no Poder Legislativo e incrementar os níveis de racionalidade nas leis brasileiras.

reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 2076, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, j. em 15/08/2002, DJ 08-08-2003)”.

¹⁷ ADI 2076, voto, p. 226. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹⁸ Sobre o ponto, convém citar o magistério de Jorge Miranda, que sistematizou três posições sobre a natureza jurídica do preâmbulo: a) a tese da irrelevância jurídica, pela qual o preâmbulo se situa no domínio da política; b) a tese da plena eficácia, de acordo com o qual o preâmbulo teria o mesmo valor das normas constitucionais; e c) a tese da relevância jurídica indireta, segundo a qual embora faça parte da Constituição, não deve ser confundida com o articulado. Na sequência, o jurista português emite a opinião sobre a tese que adota do preâmbulo como “*proclamação mais ou menos solene, mais ou menos significante, anteposta ao articulado constitucional não é componente necessário de qualquer Constituição, mas tão somente um elemento natural de Constituições feitas em momentos de ruptura histórica ou de grande transformação político-social*” (O preâmbulo da constituição. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos sobre a Constituição**, vol. 1. Lisboa: Livraria Petrony, 1977, p. 17).

¹⁹ A outra vez em que o STF se manifestou sobre o preâmbulo foi na ADI n. 2.649, para registrar sua a função simbólica e diretiva, para orientar a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais. A discussão, no entanto, se deu mais em caráter *obiter dictum*. Se não, veja-se: “*Devem ser postos em relevo os valores que norteiam a Constituição e que devem servir de orientação para a correta interpretação e aplicação das normas constitucionais e apreciação da subsunção, ou não, da Lei 8.899/1994 a elas. Vale, assim, uma palavra, ainda que brevíssima, ao Preâmbulo da Constituição, no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988 (...). Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que “O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. ‘Assegurar’, tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu ‘exercício’. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de ‘assegurar’, tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico” (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade.*” (ADI 2649, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, j. em 08/05/2008, p. 17-10-2008).

Como já comentado, as exposições de motivos acompanham tão somente os projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo e tais escritos acabam se perdendo ao longo do processo legislativo, na medida em que não fazem parte do texto final aprovado como lei. Os projetos de iniciativa parlamentar também vêm acompanhados de uma “justificação”, mas muito mais breve (poucas são as que ultrapassam três parágrafos), cujas razões tampouco são objeto de debate entre os parlamentares. Na cultura jurídica brasileira, como fica claro, simplesmente não se dá valor a essa importante parte da lei (e antes, do projeto).

Defende-se a utilidade das exposições de motivos e preâmbulos com o principal objetivo, não de persuadir (a principal afirmação dos detratores desses escritos vai no sentido de que o legislador não precisaria convencer ninguém), mas de justificar as medidas legislativas, conferir transparência às razões subjacentes, submeter a respectiva correção ao escrutínio racional coletivo (dos parlamentares e da opinião pública ainda durante o processo legislativo) e servir como possível vetor interpretativo já após a aprovação da lei (aqui, naturalmente, não obrigatório, pois, repita-se, não se faz apologia a que somente sejam legítimos os critérios que reconduzam ao legislador, como o textualismo, literalismo, formalismo, historicismo, etc.).

Vale a pena reforçar que tais escritos (a exposição de motivos e o preâmbulo) cumpririam a função que a fundamentação (ou motivação) cumpre em uma sentença judicial. Apresentar as razões, tanto em um caso, quanto no outro, é prestar contas da racionalidade, e sob nenhuma hipótese representa perda de autoridade nos comandos. Se há inefetividade (no momento da aplicação das leis), pode ser que o problema esteja na própria argumentação (carente de boas razões), a qual pode ser desprovida de força, mas jamais advirá da conduta de apresentar as respectivas razões.

A propósito das razões, convém relembrar a lição clássica de Jeremy Bentham:

Para resumir em uma palavra, a lei somente pode ser justificada pela razão. Quando uma lei tramita, o legislador deve declarar suas razões, é dizer, as considerações que o levaram a aprová-la. Assim, os legisladores sucessivos poderiam examinar se essas razões, por não terem variado na substância dos fatos em que se baseiam, seguem sendo satisfatórias, para nesse caso conservar a lei; mas tão logo deixem as razões de satisfazer, ou os fatos mudem tanto que demandem uma mudança na lei, deverá se proceder logo a sua modificação ou derrogação, conforme o que proceda.²⁰

²⁰ No tradução espanhola: “*Por reducirlo todo a una palabra, la ley solamente puede justificarse por la razón. Cuando la ley se tramita, el legislador debe declarar sus razones, es decir, las consideraciones que le llevan a aprobarla. Así podrán los legisladores sucesivos examinar si esas razones, por no haber variado la sustancia de los hechos en que se fundan, siguen siendo satisfactorias, para en tal caso conservar la ley; pero tan pronto dejen las razones de satisfacer, o cambien tanto los hechos que demanden un cambio de la ley, deberá procederse luego a su modificación o derogación, según proceda*” (BENTHAM, Jeremy. **Falacias políticas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 59).

No que diz respeito à forma como deve ser redigida essa parte, é dizer, o aspecto formal do preâmbulo ou exposição de motivos, María Carolina Rovira Florez de Quiñones sugere um esquema básico que parece muito útil, nos seguintes termos:

“Dado que existe um conflito, cujos aspectos, 1º socioeconômicos, 2º político-morais, 3º técnico-jurídicos, são os seguintes (...), E como o conflito levantado por esta situação precisa ser resolvido pelos meios, 1º socioeconômicos, 2º político-morais, 3º técnico-jurídicos a seguir (...), Ordeno:”²¹

Na sequência, a autora oferece uma espécie de tópica, que – a despeito de potencialmente incompleta e inconsistente em alguns aspectos – pode servir como um interessante guia – minimamente permite ver melhor quais são tipos de problemas com que se deparam os legisladores –, pelo que merece ser reproduzida tal qual está em sua obra²²:

Apresentação do problema	Necessidade de resolvê-lo
Aspecto socioeconômico	
Constatamos que: Determinados comportamentos prejudicam (ou podem prejudicar) terceiros.	A solução é: Proibir (mandar o contrário).
Constatamos que: Existe uma aspiração de poder realizar determinadas condutas.	A solução é: Permitir (fomentar).
Constatamos que: Existem mandatos legais que não se cumprem.	A solução é: Aumentar a sanção.
Constatamos que: Determinada conduta deixou de ser perigosa socialmente.	A solução é: Diminuir a sanção.
Constatamos que: Existe insegurança sobre direitos e deveres que emanam de uma relação jurídica.	A solução é: Definir. Promulgar normas adicionais.
Aspecto político-moral	
O fato constatado é: Injusto (em si ou em suas consequências) ✓ Evidentemente (“patet”). ✓ Segundo alguma autoridade em matéria moral. ✓ Segundo a opinião pública.	A solução adotada é: Justa: ✓ Evidentemente (“patet”). ✓ Segundo alguma autoridade em matéria moral
O fato constatado é: Inconveniente (em si ou em suas consequências) ✓ Evidentemente (“patet”). ✓ Segundo a opinião geral. ✓ Segundo a opinião do legislador.	A solução adotada é: Conveniente (vantajosa ou oportuna) ✓ Evidentemente (“patet”). ✓ Porque o acredita a experiência (direito comparado, sociologia, economia, etc.). ✓ Porque responde a um compromisso político (princípios gerais, ideologia oficial, promessas eleitorais). ✓ Porque responde a uma prática usual.

²¹ No original: “*“Puesto que se da una situación conflictual, cuyos aspectos, 1º socio-económico, 2º político-moral, 3º técnico-jurídico, son los siguientes (...), Y puesto que el conflicto que plantea esta situación necesita ser solucionado por los medios, 1º socio-económico, 2º político-moral, 3º técnico-jurídico siguientes (...), Ordeno:”*” (ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, María Carolina. **Valor y función de las “exposiciones de motivos” en las normas jurídicas**. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1972, p. 119).

²² Idem, ibidem, pp. 121-123.

<i>[Vazio no original]</i>	A solução adotada é: Vontade do legislador
Aspecto técnico-jurídico	
Existe mandato legal de legislar	A solução é: Cumprir-lo
A legislação sobre a matéria: Não existe	A solução é: Criá-la
A legislação sobre a matéria: Existe e não é conveniente (inaplicável, absurda, etc.)	A solução é: Derrogá-la
A legislação sobre a matéria:: a) está defasada; b) é confusa, contraditória, incoerente; c) está dispersa (é superabundante); d) é demasiado concisa.	A solução é: <i>[Modificá-la]</i> a) adaptá-la; b) reelaborá-la (sistematizá-la); c) compilá-la (codificá-la); d) desenvolvê-la (ampliá-la).

Mesmo com suas falhas²³, a utilidade do esquema tópico parece manifesta e também ajuda a entrever o papel que podem desempenhar as exposições de motivos – se bem escritas, obviamente – para a racionalização dos processos. Aparecendo como primeira parte das leis, sua função é fundamentar a norma e seu valor é o de esclarecer o sentido dos mandamentos normativos que a acompanham.

Ainda, de acordo com María Carolina Rovira Florez de Quiñones, e ao que esta tese adere integralmente:

Dado que sua função é a de fundamentar a norma, o conteúdo desta primeira parte da disposição tem de enquadrar os argumentos conducentes a este propósito, de modo a esgotar as possibilidades de racionalização para fazer com que o destinatário da disposição compreenda a necessidade de sua promulgação.

Neste sentido, a exposição de motivos deve conter, por um lado, a descrição dos elementos de fato originários da disposição que, pela sua própria natureza, causam conflitos no entorno social em que o direito positivo age e, por outro, a descrição das medidas adotadas para tentar resolver os conflitos apresentados.

Dado que seu valor é esclarecer o significado da ordem em relação à norma que acompanham e em relação ao ordenamento jurídico geral de um momento histórico em um dado território, a exposição de motivos, em sua vertente prática, tem um duplo

²³ Por exemplo, na terceira linha, como aspecto socioeconômico, diante de mandatos que não se cumprem, primeiro é necessário saber a razão desse não cumprimento, através da avaliação legislativa, com pesquisas empíricas, e não simplesmente aumentar a sanção. Mesmo que essa seja aumentada, hipoteticamente, se o problema estiver na lentidão dos processos judiciais – que faz com que os infratores permaneçam sem condenações –, vê-se que o aumento da sanção não vai influenciar para agregar níveis de eficácia legislativa. Na quarta linha, de acordo com a autora, se determinada conduta deixou de ser perigosa socialmente, a solução seria diminuir a sanção. A autora não cogitou, por exemplo, da retirada da conduta do campo do direito (a desregulação ou descriminalização, como já aconteceu com o adultério e o homossexualismo, por exemplo). Outra inconsistência é a menção feita a “autoridade em matéria moral”, na sexta linha, dentro de aspecto político-moral. A autora não dá qualquer pista para preencher essa ideia, permanecendo a dúvida sobre quem seria tal autoridade, se haveria mais de uma autoridade moral, quais seriam os requisitos para ser considerado uma autoridade moral, etc. Uma terceira imprecisão do esquema está em considerar, na sétima linha, uma “prática usual” como uma solução, quando nem sempre deverá ser assim. Às vezes, é necessário justamente corrigir os maus usos. Além disso, aqui se acredita que o conteúdo essencial das decisões legislativas precisa ser traduzido em mais verbos do que os usados pela autora, que se limita a mencionar os seguintes: proibir, permitir, aumentar a sanção, diminuir a sanção e definir. Claramente, o elenco das escolhas legislativas é maior. Minimamente, as prescrições da legislação podem ser traduzidas em: 1) sancionar; 2) liberalizar; 3) proibir; 4) privatizar; 5) obrigar; 6) regulamentar; 7) aumentar o gasto público; 8) reduzir o gasto estatal; 9) legalizar; 10) descriminalizar.

objetivo: orientar os tribunais de justiça e servir de base para o conhecimento da disposição aos destinatários da norma. (...)

A partir disso, pode-se tirar a conclusão geral de que as exposições de motivos, embora sejam uma parte da lei sobre a qual a doutrina jurídica não realizou uma ampla função investigativa, são de grande importância para o jurista, e não apenas para ele. De fato, sua razão de ser é, em última instância, o direito de que todos os membros da comunidade têm de conhecer o ordenamento jurídico e a encarnação de cada preceito específico, conhecimento esse que, sem as exposições de motivos, seria extremamente difícil de alcançar.²⁴

Por tudo o que se vem expondo, parece restar justificada a apologia aqui feita às exposições de motivos e preâmbulos como instrumentos que acrescentam maiores níveis de racionalidade às leis.

Quanto ao eventual acréscimo burocrático envolvido na adoção da medida, não há que se temer. Justamente porque a argumentação (especialmente a escrita) representa uma forma privilegiada de expressão da racionalidade, esse tempo dedicado à ordenação de um texto preferencialmente breve, feito especialmente para justificar a lei, longe de implicar transtornos, na verdade colaboraria para melhores decisões legislativas.

Naturalmente, deve-se cuidar para que a exposição de motivos guarde relação com o conteúdo que introduz, ou seja, as modificações ocorridas durante o processo legislativo, notadamente as emendas e os vetos, devem ser devidamente incorporadas na exposição de motivos.

Nada obstante, convém registrar que existem autores contrários às exposições de motivos, como Fernando Santaolalla Lopez²⁵. Para o referido autor, embora tenham pleno sentido e utilidade na hora de elaborar as leis, as exposições de motivos se convertem em graves inconvenientes na conversão dos projetos em lei, para torná-las parte integrante do texto

²⁴ No original: “Puesto que su función está en fundamentar la norma, el contenido de esta primera parte de la disposición tiene que encuadrar los argumentos conducentes a este fin, de forma tal que agote las posibilidades racionales para hacer comprender al destinatario de la disposición (súbdito) la necesidad de su promulgación. En este sentido la exposición de motivos debe contener, por un lado, la descripción de los elementos de hecho originadores de la disposición, que por su propia índole causan conflictos en el contorno social en que el derecho positivo actúa, y por otro, la descripción de las medidas adoptadas para tratar de solucionar los conflictos presentados Puesto que su valor está en aclarar el sentido de lo ordenado en relación con la norma a la que acompañan y en relación con el ordenamiento jurídico general de un momento histórico dado en un territorio, la exposición de motivos, en su vertiente práctica, tiene un doble objetivo: orientar a los tribunales de justicia y servir de base de conocimiento de la disposición a los destinatarios de la norma. (...) De ello puede sacarse la conclusión general de que las exposiciones de motivos, aunque son una parte del derecho sobre la que la doctrina jurídica no ha realizado una función investigadora amplia, presentan una gran importancia para el jurista, y no sólo para él. En efecto, su razón de ser está, en última instancia, en el derecho que tienen todos los miembros de la comunidad a conocer el ordenamiento jurídico, y la incardinación de él de cada precepto en particular, conocimiento que de no existir las exposiciones de motivos sería en extremo difícil de alcanzar.” (Idem, ibidem, pp. 124-125).

²⁵ SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando. Exposiciones de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación. *Revista española de derecho constitucional*, a. 11, n. 33, 1991, pp. 47-64.

definitivo da lei²⁶. Argumenta, ainda, que são normalmente ignoradas na legislação espanhola ordinária.

Aqui, convém registrar que se discorda veementemente do autor: o fato de que as exposições de motivos e os preâmbulos recebam pouca atenção não significa que sejam trechos de menor importância. E mais, parte dos problemas da legislação advêm justamente do fato de essas partes serem subestimadas. Por isso, aqui se defende o resgate das exposições de motivos e preâmbulos.

Resumidamente, Fernando Santaolalla Lopez apresenta as seguintes razões para a sua supressão: 1) a falta de caráter dispositivo (ou normativo); 2) o supérfluo aporte interpretativo (em suas palavras, se a técnica legislativa é boa, não faria falta, e se a norma apresenta dificuldades interpretativas, é porque estaria mal concebida²⁷); 3) a afirmação de que, se é necessário algum texto adicional, que seja através de disposições normativas propriamente ditas (sua opinião é que as exposições de motivo sobram se tal conteúdo aparece na própria lei); 4) o inadequado uso didático, divulgador ou propagandístico; 5) o valor como mero trabalho legislativo, de esporádica utilidade, na sua opinião; 6) a incongruência com o procedimento parlamentar; 7) inexigibilidade à luz do texto da Constituição.

A crítica de Fernando Santaolalla Lopez de fato tem um ponto: a tendência hipertrofiadora do ordenamento jurídico (leia-se, a crise da lei). Ocorre que a manifestação desse fenômeno é a introdução exagerada de leis, o demérito é o número delas. Definitivamente, a culpa não é das exposições de motivos, por todas as razões anteriormente expostas quanto aos possíveis ganhos em termos de clareza e racionalidade das decisões legislativas.

No que diz respeito ao uso propagandístico, esclareça-se que se trata muito mais de saber se se está diante de um Estado democrático ou não²⁸.

Concretamente, existem muitas situações em que a presença do preâmbulo poderia esclarecer os elementos importantes imbricados na lei (além da vontade do legislador). Ilustre-se com um exemplo bem claro: a *ratio* do art. 40 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995,

²⁶ O autor analisa a realidade espanhola, na qual o destinatário é o monarca, de acordo com o mencionado autor. Explica que nesse país as exposições de motivos não faziam parte das leis até a II República (1931-1939). Sob o franquismo, as leis passaram a incorporar como parte preliminar este documento, que deixou de ser “trabalho preparatório” e se converteu “parte da lei”. O autor, no entanto, não chega a explicar por que houve essa mudança. Afirma, no entanto, que os casos conhecidos de uso indiscriminado desses prefácios nas leis são os regimes ditatoriais, citando a Alemanha nacional-socialista que adotada essa parte com função meramente propagandística.

²⁷ Para o autor, colocar de antemão um “documento esclarecedor” equivale à confissão tácita de sua defeituosa concepção (Idem, *ibidem*, p. 57)

²⁸ Nesse sentido: TAJADURA TEJADA, Javier. Sobre los preâmbulos de las leyes. **Revista jurídica de Navarra**, n. 29, 2000, pp. 173-182, p. 179.

que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. De acordo com esse dispositivo:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

O que mais chamou a atenção no artigo acima transcrito foi o estabelecimento da “natureza contratual” da permissão de serviço público (parágrafo único) quando historicamente a doutrina destacava a permissão como mero “ato administrativo” (e, portanto, unilateral, discricionário e precário), inclusive em contraste com o instituto da concessão de serviço público, a qual sempre foi conceituada como “contrato administrativo”.

Na prática, o dispositivo legal gerou uma grande controvérsia doutrinária sobre qual seria a correta interpretação a ser dada ao instituto, já que, considerados os termos literais do art. 40 citado, o legislador teria praticamente equiparado as figuras da concessão e da permissão, que ficaram quase sem diferença²⁹.

Como a precariedade não se coaduna com a estabilidade inerente à figura de um contrato (que costuma ter prazo determinado), realmente a previsão normativa soa contraditória. De fato, se é contrato, não poderia ser precário e, se é precário, a rigor não poderia vir por contrato. Ao fim, a jurisprudência acabou consolidando o entendimento de que a permissão realmente adota a forma de contrato administrativo³⁰.

De todo modo, aqui se tem um exemplo no qual as exposições de motivos e os preâmbulos poderiam desempenhar o papel importante de remediar esse tipo desconcerto.

²⁹ Na interpretação desse dispositivo, os administrativistas brasileiros se dividem. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, se recusa a conferir o mencionado caráter contratual da permissão e coloca a culpa da confusão na suposta má-redação da Constituição. Sustenta que houve uma “linguagem infeliz” ou uma “impropriedade redacional”, pelo que continua conferindo à permissão o caráter de “ato administrativo”. Eis um trecho de sua opinião: “*Para complicar, ainda mais, um quadro jurídico já confuso, desde a Constituição de 1988, intérpretes desavisados passaram a entender que a permissão de serviço público adquiriu natureza contratual, circunstância, esta, que, naturalmente, viria a engendrar uma identificação entre tal instituto e a concessão de serviço público no que cada qual tem de mais significativo. Dita conclusão rebarbativa foi extraída da defeituosa redação do art. 175, I, no qual a palavra “contrato” é utilizada indistintamente, de modo a abranger ambos os institutos.*” (**Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 759). Seguem o mesmo posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: Maria Sylvia Zanella di Pietro (**Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 304) e Diógenes Gasparini (**Direito Administrativo**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 462). Na contramão dessa interpretação, José dos Santos Carvalho Filho afirma categoricamente: “*(...) outrora qualificamos a permissão como ato administrativo, mas, tendo em vista o absurdo adotado pela lei, somos forçados a nos render à caracterização nela estabelecida, qual seja, a de contrato administrativo de adesão.*” (**Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 449).

³⁰ A discussão foi objeto da ADI n. 1.491, no âmbito do STF, e do Recurso Especial n. 982.909/SP, no STJ.

6.2. Estabelecimento de prazos para a tramitação legislativa (no Senado)

Na Parte II da tese, quando do estudo da argumentação envolvida na lei espanhola sobre a violência contra a mulher (capítulo 3), chamou-se a atenção para a norma capital constante da Constituição espanhola de 1978, artigo 90³¹, que estabelece o prazo de dois meses para que o *Senado* aprecie os projetos de lei que lhe são enviados pelo *Congreso de los Diputados*, o qual não está sujeito a quaisquer prazos de deliberação. O prazo de dois meses é reduzido a vinte dias nos projetos de lei declarados urgentes.

Na ocasião, igualmente foi possível investigar que se trata de uma norma rigorosamente cumprida, não tendo sido encontrados registros de precedentes em sentido diverso. Trata-se de um aspecto que revela o apreço, não só pela celeridade do processo legislativo, mas também pela honra da tradição institucional, especialmente em se tratando de um sistema bicameral.

O processo legislativo nem pode ser tão demorado que perca a janela de oportunidade da discussão do problema social, nem pode ser tão curto que não permita a reflexão adequada sobre as medidas a serem adotadas na sede legislativa. O grande desafio é encontrar esse tempo intermediário razoável. No caso espanhol, o prazo de dois meses tem se mostrado adequado, pois vem sendo cumprido.

O estabelecimento de prazos para apreciação de matérias no âmbito do Poder Legislativo não é uma novidade na realidade brasileira, mas existem duas diferenças básicas: 1) os prazos não alcançam as discussões ordinárias, sendo a exceção (solicitação de urgência por parte do Presidente da República, nos termos do art. 64, § 1º, da Constituição de 1988³², e

³¹ Eis o seu conteúdo: “*Artículo 90. 1. Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste. 2. El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple. 3. El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.*”.

³² “*Art. 64. A discussão e votação dos projetos de lei de iniciativa do Presidente da República, do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores terão início na Câmara dos Deputados. § 1º O Presidente da República poderá solicitar urgência para apreciação de projetos de sua iniciativa. § 2º Se, no caso do § 1º, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não se manifestarem sobre a proposição, cada qual sucessivamente, em até quarenta e cinco dias, sobrestar-se-ão todas as demais deliberações legislativas da respectiva Casa, com exceção das que tenham prazo constitucional determinado, até que se ultime a votação. (Redação dada pela EC nº 32, de 2001) § 3º A apreciação das emendas do Senado Federal pela Câmara dos Deputados far-se-á no prazo de dez dias, observado quanto ao mais o disposto no parágrafo anterior. § 4º Os prazos do § 2º não correm nos períodos de recesso do Congresso Nacional, nem se aplicam aos projetos de código.*”

medidas provisórias, nos termos do art. 62³³); e 2) rotineiramente tais prazos são descumpridos sem maiores consequências (se aplicam os dispositivos constitucionais respectivos).

Assim, tão importante quanto a fixação de prazos razoáveis para a deliberação das Casas Legislativas, parece ser o estabelecimento de condições para que esses prazos efetivamente sejam cumpridos.

A práxis legislativa nacional, no entanto, tem mostrado cada vez maior casuísmo na administração do seu “tempo de trabalho”, não só excedendo os prazos constitucionais referidos, mas também abreviando-os de forma abusiva, desrespeitando as pausas previstas na Constituição de 1988. Aqui a referência é notadamente à supressão dos interstícios entre os turnos de votação das emendas constitucionais^{34, 35}.

Nesse sentido, usa-se a escusa de que o tempo do Poder Legislativo é o tempo da política e o desta, cada vez mais, é o da mídia, de modo que, por vezes, isso implicaria passar por cima de ritos, procedimentos e prazos, para dar a esperada satisfação à população (ou à opinião pública).

Ocorre que do fato de que cada legislativo tenha seu próprio desenho, volume de projetos de leis em análise e, sobretudo, contextos, não decorre a autorização para a administração do “tempo decisório” de forma arbitrária. A liberdade para definição disso não

³³ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela EC nº 32, de 2001) (...) § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes. (Incluído pela EC nº 32, de 2001) § 4º O prazo a que se refere o § 3º contar-se-á da publicação da medida provisória, suspendendo-se durante os períodos de recesso do Congresso Nacional. (Incluído pela EC nº 32, de 2001) § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais. (Incluído pela EC nº 32, de 2001) § 6º Se a medida provisória não for apreciada em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas, até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando. (Incluído pela EC nº 32, de 2001) § 7º Prorrogar-se-á uma única vez por igual período a vigência de medida provisória que, no prazo de sessenta dias, contado de sua publicação, não tiver a sua votação encerrada nas duas Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)”.

³⁴ De acordo com o art. 60, § 2º, da Constituição de 1988, *in verbis*: “Art. 60. (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”. A previsão da votação em dois turnos é o que se chama “cláusula de resfriamento”, com vistas a evitar a aprovação de emendas à Constituição de forma açodada. A decorrência lógica da previsão é que entremeie um lapso temporal entre um turno de votação e outro e, dessa maneira, haja mais publicidade do tema, maiores chances de articulação das minorias e da oposição, bem como maior oportunidade para um debate. Em resumo, é uma questão de senso comum que as pausas podem ajudar um procedimento de decisão.

³⁵ Sobre o ponto, é indispensável a leitura de CARVALHO, Heraldo Pereira de. **A subtração do tempo de interstício entre turnos de votação de proposta de emenda à Constituição de 1988**: uma contextualização de interesses segmentados em detrimento do direito da cidadania. 2010. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

pode redundar na prática de inconstitucionalidades, existem algumas formalidades mínimas que devem ser observadas. Deve-se contar com um mínimo de previsibilidade nesse sentido.

Inclusive, pode-se dizer que uma das funções da atividade legislativa é justamente a de não assumir o pensamento das massas de forma imediata, irreflexiva e emocional, mas sim o de cuidar para que esses anseios, após uma discussão mais aprofundada e um pensamento reflexivo e mediato, sejam superpostos por propostas mais racionais. Esse caminho (e o respeito aos tempos) ajudaria evitar os populismos (através dos quais as massas se tornam o tirano)³⁶.

Haverá, assim, situações nas quais o problema social, sendo simples, necessita uma solução precisa e pontual, muito clara, sem maiores exigências de pensamento reflexivo. Geralmente, são casos nos quais já existe uma lei e esta carece de um mero reparo, por exemplo. Outras situações precisarão uma deliberação mais lenta, sobretudo diante dos casos em que não haja uma teoria completa, como já visto na Parte II desta tese, pois aqui envolve problemas de desacordos mais profundos. E, independentemente da complexidade, existirão casos de legislação urgente. O Poder Legislativo deverá estar preparado para cada uma dessas situações.

O certo, portanto, é que um mínimo de tempo é necessário. Igualmente, um termo que ponha fim às discussões legislativas é uma providência salutar para impingir ritmo³⁷. Que os debates se estendam ordinariamente no Senado Federal por no máximo dois meses parece de bom tamanho. Por isso, recomenda-se a adoção desse prazo como medida racionalizadora. Para evitar controvérsias, o melhor caminho seria a aprovação de uma emenda constitucional estabelecendo tal prazo.

6.3. Tramitação por apenas uma comissão, redução da quantidade de comissões e aperfeiçoamento dos trabalhos e discussões nesse âmbito

Na Parte II desta tese, destacou-se que, enquanto no processo legislativo espanhol, prevê-se que os projetos de leis passem por uma única comissão³⁸, escolhida de acordo com a

³⁶ Daniel Kahneman (**Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2011) já dava conta da existência de duas formas de pensar: uma rápida, com bastante força e influência persuasiva nas decisões dos indivíduos e, naturalmente, com falhas e limites; e outra lenta. O entendimento dessas duas maneiras de pensar pode ajudar nas decisões, não somente pessoais e profissionais, mas também legislativas. Trata-se de aproveitar os desenvolvimentos da teoria de Daniel Kahneman na teoria da legislação, tanto para melhorar a decisão legislativa, quanto para, na linha do já mencionado *nudging*, legislar usando os vieses da mente humana para colocar os cidadãos no rumo correto (e assim alcançar os objetivos legislativos).

³⁷ Confira-se a nota de rodapé 57 do capítulo 4.

³⁸ Confira-se a nota de rodapé 81 do capítulo 3.

matéria predominante; no processo legislativo brasileiro não existe uma limitação nesse sentido, o que faz com que os projetos de leis rotineiramente passem por três comissões em cada Casa Legislativa, inclusive com sobreposição de trabalhos.

Tal realidade conduz à inevitável constatação de que a existência de comissões não necessariamente representa uma garantia de maior racionalidade na discussão legislativa. E tendo em vista especialmente o caso brasileiro, pode-se dizer que a figura das comissões foi completamente desvirtuada em relação ao propósito com que foram instituídas na Constituição de 1988.

O dilema comissões *versus* plenário é um dos eternos debates dos estudos legislativos e merece uma breve explicação.

Alguns autores defendem o reforço das capacidades do plenário, geralmente com foco na maior representatividade de suas decisões; ao passo que outra parte considerável aposta no investimento das atividades no âmbito das comissões legislativas, firme na otimização e racionalização dos trabalhos e em função do caráter supostamente técnico dos debates nas comissões.

A discussão, no entanto, não parece ter uma solução única, já que não há formas mágicas que funcionem para todos os sistemas. Na verdade, é sempre necessário ver o funcionamento caso a caso.

Especificamente no Brasil, convém um resgate histórico importante. Quando da redação dos regimentos internos das Casas Legislativas ocorrida na década de 70 do século passado (em plena vigência do regime militar e após a temporada em que o Congresso Nacional esteve fechado, esse cenário parece importante registrar), as comissões existiam, mas atuavam de forma coadjuvante, não estavam dotadas do poder terminativo, de modo que todos os (poucos) trabalhos da época estavam concentrados no plenário³⁹.

Somente com o advento da Constituição de 1988, as comissões foram disciplinadas nos moldes atuais, com um modelo que conferiu bastante liberdade aos regimentos internos para sua constituição e atribuições. Além disso, previu-se a possibilidade de as comissões votarem projetos de lei em caráter terminativo (ou seja, sem necessidade de votação pelo plenário), salvo em caso de recurso de um décimo dos membros da Casa respectiva⁴⁰.

³⁹ Para um apanhado histórico sobre a disciplina das comissões no Direito brasileiro, confira-se o capítulo décimo *Evolução histórica das comissões no processo legislativo no Brasil* de: CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 213-239.

⁴⁰ “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.

O passar dos anos, no entanto, conduziu a um certo uso predominantemente político das comissões, criadas mais com o propósito de acomodar lideranças do que com o objetivo de otimizar e conferir racionalidade aos trabalhos legislativos. O elevado número desses órgãos fracionários dificulta seu próprio funcionamento. Com frequência as reuniões são marcadas para um mesmo horário e não há parlamentares suficientes para compô-las e, dado que existem assuntos prioritários, inevitavelmente parte das comissões acaba esvaziada na prática e suas reuniões deixam de acontecer por falta de quórum (os parlamentares não podem participar de duas comissões ao mesmo tempo). Parece desnecessário comentar que esse cenário gera ineficiência e irracionalidade.

Esse problema, que já vinha se agravando ao longo da década de 90 do século passado, é ainda mais acentuado no Senado Federal, dado o menor número de parlamentares (são apenas 81 senadores) desdobrando-se entre os outros afazeres decorrentes do mandato. Mas a situação, convém registrar, tornou-se ainda pior com o julgamento da ADI n. 4.029, ocasião em que o STF determinou a efetiva implantação das comissões mistas encarregadas de apreciar as medidas provisórias, conforme a determinação do art. 62, § 9º, da Constituição da República de 1988^{41, 42}.

§ 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa.

§ 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe:

I - 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;

II - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

§ 4º Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.”.

⁴¹ “Art. 60. (...) § 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional. (Incluído pela EC nº 32, de 2001)”.

⁴² Na ADI n. 4.029, questionava-se o rito pelo qual foi convertida a medida provisória que resultou na Lei n. 11.516/2007, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), pedindo a declaração de inconstitucionalidade, em razão de não ter sido observado o rito constitucional que determina que as medidas provisórias deverão ser apreciadas por uma comissão mista de deputados e senadores. Resumidamente, a decisão do STF foi no sentido de que tal comissão efetivamente deve ser constituída e reunir-se, não podendo o projeto de lei de conversão ser levado a plenário apenas com o parecer do relator. Os argumentos respectivos constam da própria ementa do julgado, cujo fragmento se transcreve na sequência (com destaques acrescentados): “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO

Por um lado, o julgamento da ADI n. 4.029 ressaltou o papel relevante das comissões para o processo legislativo. Por outro, no entanto, não resolve o problema constatado faticamente que o funcionamento das comissões claramente tem deixado a desejar, sobretudo em razão do excessivo número desses órgãos fracionários e da sobrecarga de trabalhos neles concentrada. Como dito, o que vem acontecendo é a marcação de diversas reuniões dessas comissões de forma simultânea, tornando impossível a presença dos mesmos parlamentares em mais de uma reunião ao mesmo tempo.

Como era de se esperar nesse contexto, com frequência algumas reuniões dessas comissões, mesmo quando alcançam ser abertas, são esvaziadas. Chega-se, inclusive, à polêmica situação de os próprios parlamentares (que presidem os trabalhos das comissões) saírem colhendo “as presenças” (as assinaturas para registro das atas) dos parlamentares (membros) que foram escalados para duas ou mais reuniões no mesmo horário, com o intuito de “viabilizar o quórum”, mesmo quando tais parlamentares estão em reunião simultânea de

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. **NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR.** INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº 1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. (...) 4. **As Comissões Mistas e a magnitude das funções das mesmas no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade, imposta pela Constituição, de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, evitando que a apreciação pelo Plenário seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer desse colegiado representa, em vez de formalidade desimportante, uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico da função legiferante pelo Executivo.** 5. **O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão do parecer por meio de Relator nomeado pela Comissão Mista, diretamente ao Plenário da Câmara dos Deputados, é inconstitucional.** A Doutrina do tema é assente no sentido de que “O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias”. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. (...) A possibilidade de atuação apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular: **‘No modelo atual, em que há várias Comissões Mistas (uma para cada medida provisória editada), a apreciação ocorre, na prática, diretamente nos Plenários das Casas do Congresso Nacional. Há mais: com o esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro ‘império’ do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário’. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista,** sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. (...) Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá 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.” (In: CLÈVE, Clémerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010. p. 178-180. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT, 2008. p. 285) (...)” (ADI 4029, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, DJe 27-06-2012).

outra comissão que ocorre em dependência diversa do Congresso Nacional (em outra sala). Além da ineficiência flagrante, a situação beira a uma fraude no funcionamento das comissões na sistemática atual.

No Brasil, há comissões em excesso^{43, 44, 45}. E, como se vê, um elevado número de comissões não é garantia de uma racionalização do processo legislativo, já que não há parlamentares em número suficiente para garantir seu funcionamento adequado. Assim, uma providência clara rumo à racionalização das práticas legislativas pareceria ser a redução do número das comissões⁴⁶.

⁴³ Na Câmara dos Deputados, as comissões permanentes, em número de 25, são as seguintes: I – Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural; II – Comissão de Integração Nacional, Desenvolvimento Regional e da Amazônia; III – Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática; IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania; V – Comissão de Defesa do Consumidor; VI – Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços; VII – Comissão de Desenvolvimento Urbano; VIII – Comissão de Direitos Humanos e Minorias; IX – Comissão de Educação; X – Comissão de Finanças e Tributação; XI – Comissão de Fiscalização Financeira e Controle; XII – Comissão de Legislação Participativa; XIII – Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável; XIV – Comissão de Minas e Energia; XV – Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional; XVI – Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado; XVII – Comissão de Seguridade Social e Família; XVIII – Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público; XIX – Comissão de Turismo; XX – Comissão de Viação e Transportes; XXI – Comissão de Cultura; XXII – Comissão do Esporte; XXIII – Comissão de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência; XXIV – Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher; XXV – Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa. A previsão consta do art. 32 do RICD, que ainda detalha as competências de cada uma dessas comissões.

⁴⁴ No Senado Federal, as comissões permanentes, em número de 13, são as seguintes: I – Comissão de Assuntos Econômicos (CAE); II – Comissão de Assuntos Sociais (CAS); III – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ); IV – Comissão de Educação, Cultura e Esporte (CE); V – Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC); VI – Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH); VII – Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional (CRE); VIII – Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI); IX – Comissão de Desenvolvimento Regional e Turismo (CDR); X – Comissão de Agricultura e Reforma Agrária (CRA); XI – Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática (CCT); XII – Comissão Senado do Futuro. XIII – Comissão de Meio Ambiente (CMA). A previsão consta do art. 72 do RISF.

⁴⁵ Na Espanha, por exemplo, as comissões permanentes que interessam ao processo legislativo são em número de 19. Estão listadas no art. 46 do *Reglamento Interno del Congreso de los Diputados*, in verbis: “**Artículo 46.** 1. Son Comisiones Permanentes Legislativas las siguientes: 1.a Constitucional. 2.a Asuntos Exteriores. 3.a Justicia. 4.a Interior. 5.a Defensa. 6.a Economía y Hacienda. 7.a Presupuestos. 8.a Fomento. 9.a Educación y Deporte. 10.a Trabajo e Inmigración. 11.a Industria, Turismo y Comercio. 12.a Medio Ambiente, Agricultura y Pesca. 13.a Política Territorial. 14.a Cultura. 15.a Sanidad, Política Social y Consumo. 16.a Vivienda. 17.a Ciencia e Innovación. 18.a Igualdad. 19.a Cooperación Internacional para el Desarrollo. (...)”. No Senado espanhol, por seu turno, são 20 as comissões, conforme o disposto no art. 49 do *Reglamento Interno del Senado*, in verbis: “**Artículo 49.** 1. Las Comisiones del Senado serán Permanentes y de Investigación o Especiales. Las Comisiones Permanentes podrán ser Legislativas y no Legislativas. 2. Serán Comisiones Legislativas la Comisión General de las Comunidades Autónomas y las siguientes: (Redactado conforme a la Reforma del Reglamento del Senado por la que se modifica el artículo 49.2, de 8 de marzo de 2017 [Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, núm. 69, de 8 de marzo de 2017]) • Constitucional; • Asuntos Exteriores; • Justicia; • Interior; • Defensa; • Economía, Industria y Competitividad; • Hacienda y Función Pública; • Presupuestos; • Fomento; • Educación y Deporte; • Empleo y Seguridad Social; • Energía, Turismo y Agenda Digital; • Agricultura, Pesca y Alimentación; • Sanidad y Servicios Sociales; • Cooperación Internacional para el Desarrollo; • Cultura; • Igualdad; • Entidades Locales; • Medio Ambiente y Cambio Climático; • Políticas Integrales de la Discapacidad. (...)”.

⁴⁶ Ainda sobre o ponto, o Senador Otto Alencar (PSD-BA), já cansado de ver remarcadas as reuniões da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática que presidia, fez um desabafo por ocasião da 34ª reunião, ocorrida no dia 07/11/2017. O registro consta das notas taquigráficas: “(...) E eu peço aqui à assessoria que encaminhe esse vídeo ao Presidente, Senador Eunício Oliveira, em quem confio, até porque eu votei a favor

O desafio estaria, então, em encontrar o número ideal para garantir que tampouco houvesse uma concentração de trabalhos (e de poder) em umas poucas comissões (e parlamentares presidentes). De acordo com os especialistas mais experientes nos temas legislativos, o número ideal de comissões – para que haja um adequado funcionamento no Senado Federal – giraria ao redor de seis, o equivalente a duas comissões por dia da semana, considerando que os trabalhos parlamentares em Brasília se concentram entre a terça-feira e a quinta-feira.

Ainda segundo a opinião geral desses técnicos, uma comissão precisa ter pelo menos cem projetos de lei sob sua competência, pois esse número permitiria uma amostra heterogênea de assuntos polêmicos, outros, relevantes, bem como os de menor complexidade, com número suficiente para dar ritmo aos trabalhos. Uma comissão deve evitar ser inexpressiva, com temas que não chamam a atenção, ou demasiado superpoderosa, concentrando a maioria dos temas de relevância nacional, pois os trabalhos ficariam congestionados.

Questão diretamente relacionada ao grande número de comissões funcionando simultaneamente é a prática brasileira de que os projetos de lei acabem passando por diversas comissões, conforme os respectivos campos temáticos e áreas de atuação. Como já dito, essa prática acaba retardando a tramitação, sem necessariamente qualificar os debates (que um projeto passe por mais comissões não é garantia de que seja melhor discutido em cada uma delas)^{47, 48}. Por isso, acredita-se que a opção espanhola parece mais adequada. Os projetos de

para que ele assumisse a Presidência do Senado da República. Nós temos várias Comissões com dificuldades, como é o caso da Comissão de Direitos Humanos, que é uma comissão superimportante, e esta também, a CCT. As dificuldades são grandes. Que ele possa até fazer uma reforma dentro da estrutura organizacional do Senado: ao contrário de se criar comissão, como se criou agora no início do ano para atender a interesses de acomodação política, ele poderia até agregar algumas comissões que não estão funcionando a outras para que possa funcionar e votar essas matérias que estão aqui em votação. Eu quero registrar, segundo informação da nossa assessoria, que esta é a quarta reunião da Comissão de Ciência, Tecnologia, Inovação, Comunicação e Informática em que nós estamos presentes para fazê-la funcionar, e ela não funciona por completa falta de quórum. Eu sinto muito essa situação, mas espero que o Presidente tome uma decisão nesse sentido. O que não pode – e na minha cabeça não cabe – é se colocarem posições contemplativas. Eu sempre, naquilo que administrei no meu Estado, tomo decisões seguras, firmes e na defesa dos interesses daquilo que nós representamos. E, como tal, uma decisão deve ser tomada para resolver essa situação. Está encerrada a reunião.” (Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?4&codcol=1363&data1=2017-11-07&data2=2017-11-07>>. Acesso em: 05 abr. 2018)

⁴⁷ Para minimizar os efeitos que a passagem pelas comissões pode ter em termos de demora na tramitação, o RICD prevê que a criação de uma Comissão Especial na hipótese em que um projeto de lei tenha que passar por mais de três comissões. Tal Comissão Especial funciona tal como as demais, no entanto, exclusivamente para o projeto de lei para o qual foi criada. Trata-se do disposto no art. 34, inciso II, do RICD: “*Art. 34. As Comissões Especiais serão constituídas para dar parecer sobre: (...) II – proposições que versarem matéria de competência de mais de três Comissões que devam pronunciar-se quanto ao mérito, por iniciativa do Presidente da Câmara, ou a requerimento de Líder ou de Presidente de Comissão interessada. § 1º Pelo menos metade dos membros titulares da Comissão Especial referida no inciso II será constituída por membros titulares das Comissões Permanentes que deveriam ser chamadas a opinar sobre a proposição em causa. § 2º Caberá à Comissão Especial o exame de admissibilidade e do mérito da proposição principal e das emendas que lhe forem apresentadas, observado o disposto no art. 49 e no § 1º do art. 24.*”. O RISF não traz previsão semelhante.

leis passariam por uma única comissão (ou no máximo duas), escolhida em função da matéria predominante, sem prejuízo de que tal comissão faça consultas às demais em caso de dúvidas ou para obter informações auxiliares, sem que o projeto de lei tenha que passar por outras comissões.

Seja como for, parece sim conveniente reduzir também o número de comissões pelas quais passam os projetos de lei, dando-se preferência às comissões permanentes, em lugar das comissões especiais, criadas *ad hoc* para discutir especificamente determinados projetos de leis⁴⁹, já que com isso se perde algo da tradição dos trabalhos legislativos. Ademais, é amplamente reconhecido que as comissões especiais têm servido como instrumento de governo para direcionar os destinos dos projetos de seu interesse quando percebe que as comissões permanentes estão formadas por parlamentares que não pertencem à sua base de apoio^{50, 51}.

Adicionalmente, parece fundamental ao melhor funcionamento das comissões a fixação – e sobretudo a observância – de prazos mais rigorosos para esses colegiados apreciarem os projetos sob sua competência. De acordo com o Regimento Interno da Câmara

⁴⁸ Por outro lado, também é sabido que mesmo uma única comissão pode “atrasar” a tramitação a depender de seus membros, especialmente do parlamentar que preside a comissão. Tamanho é o poder do presidente da comissão, que poderá “engavetar” um projeto de lei, simplesmente deixando de pautá-lo pelo tempo em que estiver conduzindo os trabalhos. Tratam-se dos projetos para cuja aprovação a comissão tem competência caráter terminativo (leia-se, sem necessidade de ir a plenário). Regimentalmente, não há como obrigar a que determinado projeto de lei avance, dada a soberania das comissões. Nessa situação, sequer se admite requerimento de urgência para fazer o projeto de lei avançar. Ou seja, tudo depende das negociações. Quando acontece de um projeto de lei ficar parado (ou “travado”) assim, acabam entrando em ação outros movimentos parlamentares para contornar a situação. Por exemplo, um parlamentar pode protocolar junto ao plenário da casa legislativa um requerimento de tramitação conjunta, contendo o pedido para que determinado projeto de lei (o que se quer ver avançar à revelia do presidente da comissão) caminhe juntamente com outro (em outra comissão). Aqui, o objetivo é unicamente o de tirar tal projeto de lei da comissão em que está sendo obstaculizado. Se tal requerimento é aprovado em plenário, isso pode ser viabilizado.

⁴⁹ A solução das comissões especiais encontrada no RICD é criticada porque implica uma certa descontinuidade e impede a profissionalização dos trabalhos, a criação de rotinas, etc.

⁵⁰ Assim comenta Paulo Adib Casseb: “*Se houver receio, por parte do Executivo, do resultado da apreciação do texto de seu interesse, por determinada comissão permanente, especialmente nas hipóteses em que muitos de seus componentes, ainda que da base aliada, não se enquadrem como parlamentares fiéis aos propósitos governistas, o Executivo poderá pressionar o presidente da Casa, tentando direcionar a distribuição da proposição para mais de três comissões, o que daria causa à convocação de comissão especial. (...)*” (**Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 316).

⁵¹ Parece desnecessário registrar a disfuncionalidade desse controle das comissões por parte do Poder Executivo. As comissões exercem seu papel efetivamente somente quando apresentam contrapontos às iniciativas legislativas do Poder Executivo. Ocorre que, como bem pontua Fabiano Santos: “*Comissões governistas não têm grandes motivos para produzir informação porque seus membros sabem que o Executivo tem incentivo para divulgar toda a informação que os beneficiem. Comissões opositoras, ao contrário, têm forte incentivo para produzir informação adicional e diferente da revelada pelo Executivo. O Legislativo, sabendo desse incentivo e interessado em reduzir a sua incerteza, fornece as condições para que a comissão exerça a sua função de agente informacional. Para o legislador, por óbvio, a comissão efetivamente informativa é a opositora – trata-se do único tipo de comissão que, pela natureza de seus participantes, é capaz de revelar informações estrategicamente omitidas pelo Executivo.*” (SANTOS, Fabiano. O Legislativo em busca de informação: um estudo da estrutura de assessoria da Câmara dos Deputados. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA**. Texto para discussão n. 1958, 2014, p. 14). Em resumo, a lógica é que as comissões levantem argumentos e evidências distintos dos constantes do projeto de lei.

dos Deputados – RICD, art. 52, um projeto de lei pode com tramitação ordinária demorar até 40 sessões para ser examinado, ou seja, cerca de dez meses, o que é muito tempo⁵².

No Senado, os prazos caem um pouco. Conforme o RISF, art. 118, as comissões dispõem de 15 dias úteis, sendo esse prazo de 20 dias úteis para a Comissão de Constituição e Justiça^{53, 54}. Essa contagem parece mais adequada para conferir maior celeridade.

No que diz respeito aos trabalhos dentro das comissões, conviria, igualmente, estabelecer regras racionalizadoras. O RICD, art. 57, traz algumas diretrizes, entre as quais convém destacar a previsão do inciso VII:

Art. 57. No desenvolvimento dos seus trabalhos, as Comissões observarão as seguintes normas: (...)

VII - durante a discussão na Comissão, podem usar da palavra o Autor do projeto, o Relator, demais membros e Líder, durante quinze minutos improrrogáveis, e, por dez minutos, Deputados que a ela não pertençam; é facultada a apresentação de requerimento de encerramento da discussão após falarem dez Deputados.

Como se vê, a diretriz é extremamente aberta e as discussões em uma comissão podem se alongar desnecessariamente, pois, em não havendo pedido de encerramento, podem se estender por mais de dez intervenções, o que mais que cansativo, pode se tornar também repetitivo. Além disso, não se previu o caráter dialético, cuidando para que as intervenções a favor e contra a proposição sejam alternadas.

Como se explicará com detalhes mais adiante no item 6.5, conviria uma aproximação ao Modelo de Debate Parlamentar Britânico. Nesse sentido, para alcançar o ideal de uma discussão minimamente racional, pareceria bastar a intervenção de 8 parlamentares, respeitada a alternância acima explicada. O uso da palavra, por sua vez, não deveria ultrapassar o

⁵² “Art. 52. Excetuados os casos em que este Regimento determine de forma diversa, as Comissões deverão obedecer aos seguintes prazos para examinar as proposições e sobre elas decidir: I - cinco sessões, quando se tratar de matéria em regime de urgência; (Inciso com redação dada pela Resolução n. 58, de 1994) II - dez sessões, quando se tratar de matéria em regime de prioridade; (Inciso com redação dada pela Resolução n. 58, de 1994) III - quarenta sessões, quando se tratar de matéria em regime de tramitação ordinária; (Inciso com redação dada pela Resolução n. 58, de 1994) (...)”.

⁵³ “Art. 118. O exame das comissões sobre as proposições, excetuadas as emendas e os casos em que este Regimento determine em contrário, obedecerá aos seguintes prazos: I - vinte dias úteis para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania; II - quinze dias úteis para as demais comissões. § 1º Sobre as emendas, o prazo é de quinze dias úteis, correndo em conjunto se tiver que ser ouvida mais de uma comissão. § 2º Se a comissão não puder proferir o parecer no prazo, tê-lo-á prorrogado, por igual período, desde que o seu Presidente envie à Mesa, antes de seu término, comunicação escrita, que será lida no Período do Expediente e publicada no Diário do Senado Federal. Posterior prorrogação só poderá ser concedida por prazo determinado e mediante deliberação do Senado. § 3º O prazo da comissão ficará suspenso pelo encerramento da sessão legislativa, continuando a correr na sessão imediata, salvo quanto aos projetos a que se refere o art. 375, e renovar-se-á pelo início de nova legislatura ou por designação de novo relator. § 4º Será suspenso o prazo da comissão durante o período necessário ao cumprimento das disposições previstas no art. 90, II, III, V e XIII. § 5º O prazo da comissão não se suspenderá nos projetos sujeitos a prazos de tramitação.”

⁵⁴ De acordo com o art. 119: “Art. 119. Quando a matéria for despachada a mais de uma comissão e a primeira esgotar o prazo sem sobre ela se manifestar, poderá ser dispensado o seu parecer, por deliberação do Plenário, a requerimento de qualquer Senador. (...)”

intervalo de 5 a 10 minutos. Sem prejuízo, excepcionalmente, seriam admitidas exceções, devidamente acordadas no seio da comissão, em relação a determinados projetos de leis mais sensíveis.

Para viabilizar esse ritmo de trabalhos, como se pode imaginar, igualmente seria necessário adotar algumas das práticas observadas no Parlamento espanhol, como estudado na Parte II da tese, sobretudo quanto ao tratamento das emendas, que são devidamente estudadas e filtradas com antecedência. Algumas das emendas, inclusive, já são prontamente aprovadas por uma subcomissão, mas que não precisa se reunir a portas fechadas como é na praxe espanhola. Isso ajudaria a abreviar as discussões também.

Por seu turno, o RISF prevê uma liberdade ainda maior do que a da Câmara dos Deputados para disciplinar o andamento dos trabalhos, sem limitação de quantidade de senadores que intervenham, os quais podem acudir às reuniões das comissões de que sequer fazem parte, ou de tempo. É o que dispõe o art. 112: *“Art. 112. É facultado a qualquer Senador assistir às reuniões das comissões, discutir o assunto em debate, pelo prazo por elas prefixado, e enviar-lhes, por escrito, informações ou esclarecimentos.”*

Somado a essas providências acima sugeridas, o que certamente pareceria determinante para o aperfeiçoamento dos debates é o melhoramento do material humano que compõe as comissões, de forma que a escolha de seus membros recaísse sobre parlamentares experientes, versados nos temas respectivos e verdadeiramente interessados nas discussões. Mas de alguma maneira esse já seria outro assunto.

6.4. Pertinência temática dos debates e das emendas parlamentares

Também da Parte II da tese, especialmente no capítulo 4, quando do estudo da tramitação da Lei Maria da Penha, observou-se que durante as reuniões – das comissões e do plenário, tanto na Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal – muito pouca atenção foi dada ao tema em discussão. Na verdade, como foi dito na ocasião, sequer houve algo que pudesse ser chamado de debate propriamente, e verificou-se, inclusive, que as intervenções (*turnos de palabra*) acabaram sendo usadas até mesmo para tratar de outros assuntos sem relação com o projeto de lei em questão.

Essa característica da realidade chama a atenção especialmente porque o tema da pertinência temática das intervenções (e logo se verá que o mesmo raciocínio alcança as emendas parlamentares) é sobejamente debatido. É uma questão óbvia, de senso comum, que durante as discussões de projetos de leis os temas versados tenham a ver diretamente com tal

matéria. Quando se abre a “ordem do dia”, os parlamentares deveriam se abster de usar da palavra para assuntos alheios e, se esses últimos são mais importantes, que haja outra sessão exclusivamente para eles. Permitir essa mistura de temas tão frequente na realidade brasileira é legitimar na prática a falácia da evasão da questão e o que importa acaba não sendo discutido.

A sugestão para atacar o problema seria, então, exigir regimentalmente a pertinência temática das intervenções parlamentares. O controle nesse sentido, como não poderia deixar de ser, ficaria a cargo de quem preside os trabalhos, e a sanção, uma advertência e, em caso de reiteração, o corte da palavra. A providência seguramente acrescentaria níveis de racionalidade aos processos argumentativos no Poder Legislativo.

Ainda com relação à pertinência temática, não se pode deixar de mencionar a questão do emendamento parlamentar. Ao menos aqui parece já existir algum reconhecimento de que a pertinência temática das emendas aos projetos de lei é uma importante diretriz de técnica legislativa. Além de racionalizar a discussão, evita as chamadas “leis rabilongas”⁵⁵, como era conhecida a prática que hoje se denomina “contrabando legislativo” ou “inserção de jabutis”, como já comentado. Na Espanha, são denominadas como “leis ônibus”, sendo as atuais “leis de acompanhamento orçamentário” uma clara manifestação das primeiras⁵⁶.

⁵⁵ A expressão advém da que criou Rui Barbosa (1849-1932) para se referir às leis orçamentárias anuais de sua época, as quais costumavam vir recheadas de disposições que não guardavam a mais mínima relação com as questões orçamentárias. As “caudas orçamentárias” (ou “orçamentos rabilongos”, isto é, com uma cauda cumprida) também encontram paralelo no direito comparado: no direito inglês, refere-se a *tacking*; nos EUA, a *riders*; no direito francês, *cavaliers budgétaires*. Chegaram a ser considerados uma “calamidade nacional”. Rui Barbosa era um dos mais empenhados em combater o problema e graças a isso se acabou aprovando uma emenda constitucional em 1926 para instituir o princípio da exclusividade das leis orçamentárias, reproduzido nos textos constitucionais até hoje. De acordo com a CF/88, art. 165, § 8º: “A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.”. Tal pureza legal, no entanto, não é exigida constitucionalmente para as demais leis.

⁵⁶ Conforme Eduardo García de Enterría define, as “leis ônibus” são as que, em um único instrumento parlamentar, introduzem variações em grandes e distintos setores do ordenamento. Narra tal autor: “*El fenómeno de las Leyes ómnibus comenzó con las Leyes de Presupuestos, Leyes anuales cuyo objeto esencial, según el artículo 134 de la Constitución, es regular los gastos e ingresos del sector público estatal. El párrafo 7 de este mismo precepto constitucional prohíbe a la Ley de Presupuestos crear tributos nuevos. Esta delimitación constitucional del contenido de la Ley de Presupuestos no fue obstáculo para que, por iniciativa de sucesivos Gobiernos, fueran cada vez más incluyéndose en la Ley anual de Presupuestos preceptos atañentes a cualesquiera materia legislativa distinta de la tributaria, expresamente prohibida. El Tribunal Constitucional, desde su temprana sentencia de 20 de julio de 1981, declaró que la Ley de Presupuestos no podía incluir normas de vigencia permanente, dada la limitación temporal de sus efectos. (...)*” (**Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Cizur Menor: Arazandi, 1999, p. 78). Nada obstante a mencionada proibição por parte do Tribunal Constitucional espanhol, Eduardo García de Enterría conta que o governo passou a adotar uma nova política, qual seja, a das “leis de acompanhamento orçamentário”: “*(...) A partir de entonces, año tras año, estas Leyes ‘de Medidas’ o de Acompañamiento a la de Presupuestos han acompañado regularmente a ésta, con un contenido cada vez más extenso, proteico, complejo y casuístico, hasta hacerse el prototipo de las Leyes ómnibus (...) nueva fórmula mucho más extensa y aparentemente ilimitada, a la que, cada vez con mayor resolución, parecen inclinarse los Ministerios que propugnan innovaciones legislativas y que han encontrado en las Leyes de Acompañamiento un mecanismo contundente y resuelto de modificar el ordenamiento según sus criterios, dada la virtual ausencia de debate parlamentario con la que se tramitan y aprueban. (...)*” (Idem, ibidem, pp. 79-80). A opinião do autor é categórica: “*(...) Resulta completamente insoportable esta técnica de*

De acordo com a já mencionada LC n. 95/98, art. 7º, inciso II, a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão. A mesma lógica consta do Decreto n. 9.191/2017: “Art. 7º (...) § 2º O ato normativo não conterà matéria: I - estranha ao objeto ao qual visa disciplinar; e II - não vinculada a ele por afinidade, pertinência ou conexão.”.

Ocorre que, infelizmente, esse é mais um dos típicos casos em que os fatos se rebelam contra o Direito. Muito embora claramente a inserção de disposições que não guardam a mais mínima relação com a matéria abrangida mais complique do que facilite a elaboração e o cumprimento das leis, trata-se de um expediente a que com frequência se recorre no dia a dia das atividades legislativas.

O assunto é especialmente problemático no Brasil e sua importância vai além do ponto de vista da racionalidade da argumentação⁵⁷, especialmente em relação ao emendamento nas medidas provisórias. Na verdade, os problemas detectados na realidade brasileira quanto a esse tema só reforçam a importância de que existam ferramentas de controle dos discursos e das razões dos legisladores. Deve-se investir em formas de indagação sobre se as decisões legislativas se justificam, quem são os que dela se beneficiam e se se voltam para o bem comum, etc.

Sobre o ponto, consta do art. 4º, § 4º, da Resolução n. 1, de 2002, do Congresso Nacional – que dispõe sobre a apreciação, pelo Congresso Nacional, das medidas provisórias a que se refere o art. 62 da Constituição Federal, e dá outras providências –, que é vedada a

legislar en bloque, asistémicamente, sin motivación alguna visible (recordemos que las normas comunitarias deben de estar motivadas circunstanciadamente, art. 190 del Tratado CE), simple fruto aparente del arbitrio y no de la razón legislativa, que parece que es la que debiera manifestarse en el debate de las Cámaras según la teoría democrática, y cuyo texto final resulta normalmente inextricable para el lector incluso más despierto, que necesitará un esfuerzo excepcional para llegar a hacerse cargo del efecto innovativo global que tan expeditivamente se ha introducido en el ordenamiento.” (Idem, ibidem, p. 80).

⁵⁷ Existem investigações em curso apontando para o pagamento de emendas em diversas medidas provisórias. Conforme a peça de denúncia do Ministério Público Federal, os fatos teriam acontecido em 2010 (em relação à Medida Provisória n. 512), e beneficiado o setor automotivo. Os acusados já teriam sido condenados pela mesma prática, “comprando” emendas à MP n. 471 do mesmo ano de 2010, além de existir outra ação penal envolvendo a aprovação da MP n. 627. Para mais detalhes e leitura da acusação, confira-se: FABRINI, Fábio; SERAPIÃO, Fábio; COUTINHO, Mateus. MPF denuncia 14 por compra de medida provisória e de decisão no Carf. **Estadão**, 09/02/2017. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mpf-denuncia-14-por-compra-de-medida-provisoria-e-de-decisao-no-carf/>>. Acesso em: 02 fev. 2018. Registre-se que não são episódios isolados e a prática parece ter tido certa regularidade entre 2006 e 2015, conforme dão conta mais notícias dos jornais: WIZIACK, Julio; MATTOSO, Camila. Medidas aprovadas no Congresso renderam R\$ 8,4 bi à Odebrecht. **Folha de São Paulo**, 20/12/2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/184_2953-medidas-aprovadas-no-congresso-renderam-r-84-bi-a-odebrecht.shtml>. Acesso em: 27 mar. 2018; BRITO, Ricardo. PGR denuncia Jucá ao STF em esquema de venda de medidas provisórias. **Reuters**, 28/08/2017. Disponível em: <<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRKCN1B829V-OBRTTP>>. Acesso em: 27 mar. 2018; NASCIMENTO, Barbara; IGLESIAS, Simone. Esquema para aprovar 14 MPs custou R\$ 17 milhões, afirma delator. **O Globo**, 10/12/2016. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/esquema-para-aprovar-14-mps-custou-17-milhoes-afirma-delator-20624185>>. Acesso: 27 mar. 2018.

apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na medida provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

O próprio Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI n. 5.127⁵⁸, já cuidou de declarar que a prática de emendamento sem atenção ao mencionado requisito da pertinência temática, especialmente por ocasião da conversão das medidas provisórias em lei, viola o princípio democrático e o devido processo legislativo⁵⁹. Entre outras considerações, entendeu-se que a prática que ficou conhecida como contrabando legislativo retira do Presidente da República o juízo privativo, atribuído pela própria Constituição, quanto à urgência e relevância de matéria a ser veiculada via medida provisória.

Em consequência do mencionado julgamento, e com base nos arts. 62, § 5º⁶⁰, e 65⁶¹, ambos da Constituição de 1988, o Senado Federal passou a rejeitar, de ofício, as emendas realizadas pela Comissão Mista e pela Câmara dos Deputados que não guardam afinidade com o tema originário da medida provisória ou que provoquem o aumento da despesa pública. Em resumo, entendeu-se que a observância do devido processo legislativo é matéria que se insere na análise dos pressupostos de admissibilidade do texto enviado ao Senado Federal.

A prática acima motivou a decisão adotada na Questão de Ordem do Senado Federal n. 6/2015, de 03/06/2015⁶², que respaldou a conclusão de que o Senado Federal, no exercício de sua competência de Casa Revisora, pode recusar no todo ou em parte admissibilidade de matéria constante de medida provisória ou projeto de lei de conversão⁶³.

⁵⁸ Segue a ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 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. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (ADI 5127, Rel. Min. ROSA WEBER, Rel. p/ Acórdão Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, j. em 15/10/2015, p. 11-05-2016).

⁵⁹ Para mais detalhes, confira-se a nota de rodapé 58 do capítulo 4 desta tese.

⁶⁰ “Art. 62. (...) § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais.” (Incluído pela EC nº 32, de 2001).

⁶¹ “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. Parágrafo único. Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora.”.

⁶² Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/questoes-de-ordem/-/q/detalhe/2714>>. Acesso em: 04 jun. 2018.

⁶³ A decisão restou assim consignada: “Compete ao Plenário do Senado Federal emitir juízo prévio sobre o atendimento dos pressupostos constitucionais de admissibilidade da Medida Provisória. Ao fazê-lo, poderá deixar de conhecer, considerando não escrita matéria estranha à medida provisória originária ou que aumente a despesa prevista. Do juízo preliminar exercido pelo Plenário do Senado Federal que determinar a supressão parcial de texto

A interpretação em comento igualmente recebeu a chancela do STF no bojo do MS n. 35.258⁶⁴, impetrado por Deputados Federais que sustentaram a inconstitucionalidade dessa prerrogativa, sob o argumento de que implicava supressão de prerrogativa privativa da Câmara dos Deputados, já que supostamente as alterações promovidas pelo Senado Federal demandariam o retorno à primeira Casa Legislativa.

No julgamento do mandado de segurança citado, reconheceu-se que acolher a pretensão dos Deputados autores equivaleria a permitir que a Câmara voltasse a inserir, mas agora definitivamente, dispositivos a respeito dos quais não houve juízo de mérito da outra Casa do Congresso Nacional.

Nesse sentido, em uma tentativa de combater o problema, pode-se acompanhar a sugestão de Cesar Rodrigues van der Laan⁶⁵, no sentido de sua proposta para uma adaptação regimental, prevendo uma análise de admissibilidade inicial das emendas parlamentares, o que seria feito com base em parecer técnico da Consultoria Legislativa, com a vantagem de também diminuir o constrangimento dos relatores nas comissões mistas em não acatar emendas de seus pares quando eivadas de baixo grau de pertinência temática.

Nada obstante, como os técnicos não dispõem de legitimidade democrática, e mais, como os órgãos colegiados, especialmente o plenário, costumam ser considerados soberanos no Poder Legislativo, os parlamentares que se sentirem prejudicados podem recorrer da decisão⁶⁶.

6.5. Aproximação ao Modelo de Debate Parlamentar Britânico

O chamado Modelo de Debate Parlamentar Britânico⁶⁷, mais conhecido por sua sigla em inglês BP (de *British Parliamentary*), é uma adaptação inspirada no funcionamento das

em face de violação dos pressupostos de admissibilidade, podem resultar duas consequências: 1) se o restante do texto apreciado após a supressão for aprovado como veio da Câmara dos Deputados, a Medida Provisória é promulgada ou o PLV respectivo segue para sanção presidencial sem o texto suprimido no Senado Federal; 2) se além da supressão por ausência dos pressupostos constitucionais ou por violação ao devido processo legal houver emenda de mérito à matéria conhecida, voltará à Câmara dos Deputados.”

⁶⁴ Eis a ementa: “Mandado de segurança. Ato praticado pelo Senado Federal. Impetração deduzida por Deputados Federais. Trâmite de projeto de conversão de medida provisória. Juízo de inadmissibilidade de dispositivos inseridos pela Câmara dos Deputados. Aplicação, pela autoridade coatora, de interpretação dos precedentes firmados nas ADI 5127/DF e 5012/DF. Ausência de fundamentação adequada do pedido. Inicial indeferida (art. 10 da Lei nº 12.016/09).” (MS 35258, Rel. Min. Rosa Weber, j. 19/10/2017, DJe 25/10/2017).

⁶⁵ LAAN, Cesar Rodrigues van der. **Um panorama recente da apresentação de Emendas sem pertinência temática a Medidas Provisórias pós-ADI 5.127**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, fev. 2018 (Texto para discussão n. 244).

⁶⁶ Inclusive, como o próprio RISF prevê recurso ao plenário das decisões do Presidente nesse sentido, o caso seria de prever igual possibilidade. Veja-se o disposto no art. 48, XI: “Art. 48. Ao Presidente compete: (...) XI - impugnar as proposições que lhe pareçam contrárias à Constituição, às leis, ou a este Regimento, ressalvado ao autor recurso para o Plenário, que decidirá após audiência da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania; (...)”.

discussões parlamentares no Parlamento inglês para a aprovação das leis. Esse formato adaptado é usado internacionalmente em diversas competições de debate acadêmico – como, por exemplo, o *WUDC – World Universities Debating Championships* –, podendo ser considerado um bom modelo simplificado, embora não seja o único existente, a ser tomado em conta para melhorar as práticas dentro dos Poderes Legislativos.

A preferência por esse formato simplificado, em lugar do próprio sistema britânico se dá por razões óbvias. O Parlamento Britânico é uma instituição muito peculiar, cujas idiossincrasias dificilmente poderiam ser verificadas ou reproduzidas em outros Parlamentos. Vejam-se alguns características que comprovam o que aqui se afirma.

Em primeiro lugar, Westminster apresenta uma estrutura arquitetônica própria, na qual os plenários não adotam a forma de um semicírculo ou hemiciclo, com os assentos orientados em direção a uma tribuna. O que existe é uma mesa central ladeada por cinco fileiras de bancos corridos, em fileiras escalonadas, que funcionam como os assentos (*escaños*) parlamentares. O lado direito do *speaker* (como é chamado o Presidente da Casa Legislativa) é ocupado pelo governo e pelos deputados que o apoiam. As cinco fileiras do lado esquerdo são ocupadas pela oposição. Não existem diferenças significativas entre os plenários da Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes.

Na mesa central, em uma das extremidades, fica situada a maça dourada, o símbolo da autoridade do Parlamento: uma arma que conta com um cabo comprido e, em uma das extremidades, está situada uma bola de ferro dentada. Ainda sobre mesa, ficam situadas duas áreas ou caixas de despacho (*dispatch boxes*): a do lado direito, reservada ao Primeiro Ministro ou quem o substitua em nome do governo; e a do lado esquerdo, imediatamente em frente, ao líder da oposição. Por tradição, o debate somente ocorre nessa área entre essas duas figuras: enquanto fala, o debatedor fica de pé ao lado da mesa; terminada a intervenção, volta para seu assento; nesse tempo, seu opositor se levanta para rebater o discurso.

Essa estrutura arquitetônica favorece a que, já em segundo lugar, a dinâmica de confrontação fique polarizada a duas instituições clássicas do Parlamento Britânico: governo *versus* oposição⁶⁸ e *front-benchers versus back-benchers*⁶⁹.

⁶⁷ Aproveita-se para agradecer ao Professor Pablo Bonorino pela sugestão de abordar esse ponto.

⁶⁸ O maior partido de oposição recebe um *status* de “oposição oficial”, qualificado com verbas adicionais para custear suas atividades. Os principais membros formam um governo ou gabinete paralelo, o *shadow cabinet*, que atuaria às sombras do oficial. Tais parlamentares são os que se sentam na primeira fileira à esquerda do *speaker*.

⁶⁹ Os *front-benchers* são os parlamentares que têm direito a assento e se sentam nas primeiras filas de ambos os lados dos plenários, tanto na Câmara dos Comuns, quanto na Câmara dos Lordes. Esses parlamentares assumem posições de liderança e os da primeira fileira ocupam cargos no governo. Por seu turno, os *back-benchers* são os deputados que carecem de cargos de responsabilidade, seja no governo, seja no gabinete à sombra. Outra maneira

Por oportuno, abra-se um pequeno parêntese sobre esse ponto para comparar com a arquitetura adotada no Poder Legislativo brasileiro. Na Câmara dos Deputados, embora tenha sido adotado o desenho de um semi-círculo, todos os assentos estão em plano horizontal e não em um crescente de altura como se fosse um anfiteatro grego ou romano. Essa disposição estimula uma permanente circulação entre parlamentares (e assessores), em um constante ir e vir o tempo inteiro, em plena sessão, inclusive durante os debates.

Nada obstante, o pior detalhe da arquitetura do plenário da Câmara dos Deputados está no fato de que não há assentos para todos os 513 deputados. São apenas 396 assentos (além de três lugares adaptados para pessoas com deficiência) divididos em duas alas por um corredor central, neste último onde localizados os microfones para os parlamentares. Ou seja, nem todos os parlamentares podem sentar ao mesmo tempo, nem, desde seus respectivos lugares podem pedir a palavra para interagir com o orador que discursa desde as tribunas localizadas nas laterais da mesa que preside os trabalhos.

Naturalmente, não há assentos marcados, exceto as primeiras cadeiras voltadas para o corretor central mencionado – justamente as mais próximas aos microfones –, que são destinadas aos líderes dos partidos. Nas sessões do Congresso Nacional, quando se juntam deputados e senadores no Plenário Ulysses Guimarães da Câmara dos Deputados, como se pode imaginar, essa situação de “confusão” piora.

No Senado Federal, por outro lado, existe um critério mais racional, na medida em que há assentos para cada um dos 81 senadores, com o respectivo microfone. Os três senadores de cada Estado se sentam lado a lado, conforme a ordem alfabética dos Estados, começando pelos do Acre, na primeira fileira à esquerda, seguindo em “zigue-zague”, até terminar com o Tocantins no fundo, também à esquerda.

Já na Espanha, no *Congreso de los Diputados* especificamente, a divisão dos assentos marcados no hemiciclo se dá a cada legislatura, conforme acordo da Mesa, tendo como critério de distribuição o pertencimento ao dos grupos parlamentares⁷⁰. Esse momento das “escolhas” é

de referir-se a esse grupo é chamá-los de parlamentares “de base”. Na Câmara dos Comuns, são 650 parlamentares, mas há somente 427 lugares. Os parlamentares do *back-benchers* não tem assento.

⁷⁰ A disciplina consta do art. 55 do *Reglamento*: “**Artículo 55. 1.** Los Diputados tomarán asiento en el salón de sesiones conforme a su adscripción a Grupos Parlamentarios y ocuparán siempre el mismo escaño. **2.** Habrá en el salón de sesiones un banco especial destinado a los miembros del Gobierno. **3.** Sólo tendrán acceso al salón de sesiones, además de las personas indicadas, los funcionarios de las Cortes en el ejercicio de su cargo y quienes estén expresamente autorizados por el Presidente.”.

um capítulo especial de confrontação⁷¹. No “mapa do hemiciclo”, em regra, a fileira superior – a quarta, conhecida como “galinheiro” – é a parte menos desejada.

Esse contraste serve para perceber quanto um pequeno detalhe, como a arquitetura do espaço onde se desenrolam os debates, pode influenciar o comportamento dos parlamentares e, como não poderia deixar de ser, a racionalidade respectiva.

Retornando às peculiaridades do Parlamento britânico, em terceiro lugar, não existem bancadas ou grupos parlamentares⁷². As tensões, assim, ficam mais contidas ao seio dos próprios partidos. Como se pode imaginar, a existência dos grupos parlamentares introduz um elemento adicional de confronto na vida política parlamentar. A necessidade de “tratar igualmente” os grupos dentro do direito parlamentar, mesmo diante das diferenças numéricas de seus membros, por exemplo, traz uma instância a mais de confronto, negociação e barganha política. Ao mesmo tempo, as bancadas ou grupos parlamentares parecem uma instituição necessária nas estruturas multipartidárias, pois na pior hipótese são mecanismos para coordenar e conferir mais previsibilidade às ações coletivas.

Por isso, em quarto lugar, assume um papel importante o sistema de partidos inglês. A estrutura britânica é simplificada, contando basicamente com o Partido Conservador (cujos membros são referidos por *tories*), o Partido Liberal (*whigs*) – com forças aproximadamente iguais, que se revezavam no poder durante quase três séculos – e, mais recentemente (leia-se, no último século), o Partido dos Trabalhadores.

Em quinto lugar, existe a forte figura dos *whips*, cuja liderança garante a presença dos parlamentares no recinto das deliberações⁷³.

Em sexto lugar, deve-se mencionar o especial procedimento para a aprovação das leis (*acts*, no sistema britânico⁷⁴). A tramitação se inicia na Câmara dos Comuns com a chamada

⁷¹ Por exemplo, confira-se: Bronca en el Congreso por la distribución de los escaños en el hemiciclo. **InfoLibre**, 30/01/2016. Disponível em: <https://www.infolibre.es/noticias/politica/2016/01/26/pp_psoe_culpan_mutuamente_nueva_distribucion_los_grupos_congreso_43909_1012.html>. Acesso em: 30 jun. 2018.

⁷² Para mais detalhes, confira-se: CARBAJAL IRANZO, Ignacio. El extraño caso de la ausencia de los grupos Parlamentarios en Westminster. Los “Grupos Parlamentarios” en la Cámara de los Comunes, explicados al lector español. **Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid**, número extraordinario dedicado a Los Grupos Parlamentarios, 2007, pp. 91-116.

⁷³ Os *whips* são os encarregados de velar pelo enquadramento dos deputados e funcionar como ponto de contato entre os líderes dos partidos (os *front-benchers*) e os deputados da base (os *back-benchers*). Em inglês, *whip* significa chicote, e o termo provém dos *whipper-in*, da prática de caça de raposas, que são as figuras encarregadas de enquadrar, agrupar e chicotear os cachorros que devem perseguir as raposas. Na prática, eles podem até mesmo mandar trancar as portas para impedir que os parlamentares saiam do recinto. São os *whips* quem informam os demais parlamentares da ordem do dia em uma notificação que também recebe o nome de *whip*. Nesse documento, os pontos da pauta vêm sublinhados com o seguinte código: 1) se o *whip* está sublinhado somente uma vez, a assistência do deputado é somente requerida; 2) se o *whip* está sublinhado duas vezes, a assistência do deputado é importante; e 3) se o *whip* está sublinhado três vezes, a assistência do deputado é considerada vital. Mesmo sem poder disciplinar, os *whips* gozam de mais prestígio e poder do que as conhecidas figuras do líder no Brasil ou *portavoz* na Espanha.

Primeira Leitura do projeto de lei (*bills*) no plenário, após o que é marcada a data da Segunda Leitura e é expedida a ordem de impressão do projeto, para que o conteúdo do projeto se torne público para os demais parlamentares. Na Segunda Leitura, ocorre o debate dos termos gerais do projeto de lei, com a fase das comissões e a dos relatórios (*report stage*), com a oportunidade para a apresentação de emendas. A Terceira Leitura, por seu turno, é o momento final dos debates dentro da Casa. Nessa oportunidade, o debate geralmente é mais curto, já não é possível a apresentação de emendas e vota-se o projeto inteiro. Somente então o projeto é enviado para a casa revisora, ou seja, a Câmara dos Lordes⁷⁵.

Em sétimo lugar, o funcionamento do Parlamento Britânico conta com um farto conjunto de normas e princípios da tradição e escritos, as chamadas *standing orders*, com o *status* dos regimentos internos dos demais Parlamentos, embora não contem com uma compilação organizada na forma de um código. Essa característica dá um outro ar às práticas aí desempenhadas⁷⁶.

Outros elementos certamente favorecem a eficiência do Parlamento Britânico. Seja como for, o fato é que essa instituição, tradicional e ao mesmo tempo moderna, continua sendo inspiração para os demais corpos legislativos, apontando uma meta a seguir.

Um contorno que mais ou menos incorpora o melhor de tudo isso, abstraindo as idiossincrasias impossíveis de reproduzir – e com uma grande simplificação –, está no Modelo de Debate Parlamentar Britânico ou simplesmente BP. Explique-se em poucas palavras como funciona.

Como dito, trata-se de um formato aplicado especialmente em competições acadêmicas, constituindo-se como um conjunto de regras de funcionamento e de avaliação de desempenho. O BP é precisamente esse conjunto de critérios previamente estabelecidos. Repita-se que esse modelo não equivale, embora seja inspirado, na forma como ocorrem os debates no Parlamento Britânico.

⁷⁴ No sistema norte-americano, usa-se também *statues* para se referir às leis.

⁷⁵ Para um panorama geral sobre o processo legislativo britânico, confirmam-se, entre outros: JACOB, Joe. El procedimiento legislativo en el Parlamento Británico. **Revista española de derecho constitucional**, ano 6, n. 16, 1986, pp. 179-202; ROGERS, Robert; WALTERS, Rhodri. **How Parliament Works**. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2016.

⁷⁶ Para mais detalhes sobre o funcionamento do Parlamento britânico, confirmam-se, entre outros: WALKER, Harvey. **O Congresso americano e o Parlamento britânico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954, pp. 81-129; ILBERT, Sir Courtenay P. **El Parlamento: su historia, constitución y práctica**. 2. ed. Barcelona: Biblioteca de iniciación cultural, 1930; GRIFFITH, John Aneurin Grey. **Parliament: functions, practice and procedures**. London: SWEET & MAXWELL, 1989; NORTON, Philip. **Does Parliament matter?** Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, 1993; GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. 8^a. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1969, pp. 276-322; SANCHEZ AGESTA, Luis. **Curso de Derecho constitucional comparado**. Madrid: Editora Nacional, 1971, pp. 87-139; DUVERGER, Maurice. **Instituciones políticas y derecho constitucional**. Barcelona: Ariel, 1970, pp. 244-280.

Os participantes debatedores são agrupados em 4 duplas divididas em duas bancadas de debate: o governo (ou defesa) e a oposição, que discutirão sobre uma moção – ou seja, o tema controvertido –, geralmente formulada como uma pergunta de resposta “sim ou não”, de preferência, que não contenha ambiguidades e seja equilibrada.

Tanto a moção (tema do debate), quanto as duplas e as posições de cada um dos participantes são objeto de sorteio pouco tempo antes dos debates (geralmente com 15 minutos).

O debate se desenrola alternando os dois setores, com se seguinte ordem: 1) Abertura da defesa; 2) Abertura da oposição; 3) Defesa final; 4) Oposição final.

As duplas são formadas pelos seguintes membros:

- Abertura da Defesa (Dupla 1):
 - Primeiro e Segundo Membros da Defesa (funções 1 e 3);
- Abertura da Oposição (Dupla 2):
 - Primeiro e Segundo Membros da Oposição (funções 2 e 4);
- Defesa Final (Dupla 3):
 - Terceiro e Quarto Membros da Defesa (funções 5 e 7);
- Oposição Final (Dupla 4):
 - Terceiro e Quarto Membros da Oposição (funções 6 e 8).

No BP, embora haja só dois lados no debate, as quatro duplas competem entre si. As posições ocupadas pelos debatedores e que determina a ordem de intervenção são as seguintes:

- i. Primeiro Membro da Defesa (dupla 1);
- ii. Primeiro Membro da Oposição (dupla 2);
- iii. Segundo Membro da Defesa (dupla 1);
- iv. Segundo Membro da Oposição (dupla 2);
- v. Terceiro Membro da Defesa ou Extensão da Defesa (dupla 3);
- vi. Terceiro Membro da Oposição ou Extensão da Oposição (dupla 4);
- vii. Quarto Membro da Defesa ou Whip da Defesa (dupla 3);
- viii. Quarto Membro da Oposição ou Whip da Oposição (dupla 4);

Os discursos têm duração de sete minutos, com tolerância de 15 segundos para que não haja interrupção abrupta. O controle dos tempos é função do Presidente.

Durante os discursos podem ser levantados pontos de informação (intervenções), ou seja, interrupções diretas ao discurso que está sendo realizado, na forma de questionamentos dirigidos ao membro que está discursando. Tais pontos de informação somente podem ser

levantados entre o primeiro e o sexto minuto do discurso. O membro que está discursando deve aceitar ao menos dois pontos de informação, podendo recusar os demais. Não são permitidos pontos de ordem⁷⁷ e pontos de privilégio pessoal⁷⁸.

Uma vez estabelecida a moção (tema), a chamada “definição” esclarece o(s) problema(s) a ser(em) debatido(s). Ao Primeiro Membro da Defesa cumpre esse papel. Previamente, são estabelecidos critérios para o estabelecimento dessa definição, como, por exemplo: a relação lógica com a moção, a proibição de remeter a contextos temporais diferentes, não ser injusta, etc.⁷⁹

Cabe ao Primeiro Membro da Oposição o papel de “desafiar a definição”, ou seja, sustentar, se for o caso, que a definição viola as regras estabelecidas. Se os juízes concordam com o desafiante, cabe a ele substituir a definição⁸⁰. Caso o primeiro membro abdique de desafiar uma definição não razoável, o segundo membro dessa dupla tampouco poderá fazê-lo.

Em sendo apresentada uma nova definição pelo Primeiro Membro da Oposição, o Segundo Membro da Defesa pode desafiá-la, se for o caso, reproduzindo a sistemática⁸¹. Não o fazendo, esse debatedor deve complementar o que foi introduzido pelo Primeiro Membro da Defesa, reforçando os argumentos já apresentados e consolidando a posição da defesa com novos argumentos, bem como refutando os argumentos da oposição.

⁷⁷ Pontos de ordem se prestam para argumentar que as regras de procedimento não estão sendo obedecidas. Conforme as regras específicas, que podem variar em cada caso, quando permitidos, podem ou não interromper os discursos. São dirigidos a quem preside os trabalhos, ou seja, à Mesa. Como a alegação se dirige à desobediência de uma regra, convém citá-la expressamente.

⁷⁸ Pontos de privilégio pessoal servem para interromper o discurso do orador quando quem o suscita se sente incomodado com alguma declaração, também servindo para as situações de estado de necessidade (por exemplo, quando algum participante do debate sente um desconforto físico ou não está ouvindo a exposição). Nas situações em que é permitido, costuma-se recomendar prudência no uso desse instrumento, já que interrompe o orador.

⁷⁹ De acordo com o Guia de Estudos para o Debate Competitivo: “*É importante que o primeiro membro da defesa exponha a importância do debate proposto, explicando os problemas que tornam o debate daquela moção necessário e importante. Deve ainda enunciar quais medidas propõe que sejam tomadas e como elas seriam implementadas. O primeiro membro da defesa deve ainda apontar argumentos que apoiam a proposição (conforme definida), apresentando assim matéria positiva (argumentos) em relação ao tema do debate. Seu discurso iniciará o debate, mas nem por isso deve ser genérico e superficial, caso contrário o debate pode se tornar abstrato e vago.*” (Disponível em: <http://ibdebates.org/site/docs/Guia_Estudos_2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018).

⁸⁰ O que se espera do Primeiro Membro da Oposição, também está explicado no Guia de Estudos para o Debate Competitivo: “*Cabe-lhe refutar os argumentos apresentados pelo primeiro membro da defesa e apresentar argumentos que defendam posição contrária à proposta pela moção (conforme definida). Deve evidenciar quais as falhas do discurso da Defesa e porque a moção não é viável ou não é eficaz (havendo soluções melhores que a apresentada na moção). Deve oferecer uma contra-proposta (sic) para solucionar o problema. Deve ainda, caso a definição apresentada pelo Primeiro Membro da Defesa esteja em desconformidade com as regras do debate (detalhadas no Manual de Regras: Parte 2 – Papéis especiais do debate), desafiá-la e propor nova definição em seu lugar.*” (Disponível em: <http://ibdebates.org/site/docs/Guia_Estudos_2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018).

⁸¹ Resumidamente: “*Compete-lhe complementar aquilo que foi introduzido pelo primeiro membro da defesa, reforçando e consolidando certos argumentos, além de solidificar a posição da Defesa com novos argumentos. Deve, ainda, refutar os argumentos da Oposição. Cabe-lhe elucidar para o público a linha argumentativa adotada pela Abertura da Defesa (primeira dupla de defesa a discursar).*” (Disponível em: <http://ibdebates.org/site/docs/Guia_Estudos_2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018).

De forma análoga ao anterior, o Segundo Membro da Oposição tem o papel de refutar, com novas ideias, os argumentos apresentados pelos membros da defesa que o antecederam. Pode trazer novos argumentos que deem suporte à oposição, esclarecendo a linha argumentativa dessa última e encerrando a primeira metade do debate.

Ao Terceiro Membro da Defesa e ao Terceiro Membro da Oposição competem realizar a “extensão”, que consiste em abordar o tema da moção, respeitando a definição apresentada, sem incorrer em repetição, ou seja, sob um contexto ou perspectiva não explorados. Assim, a extensão é o desenvolvimento das linhas argumentativas que abordarão os aspectos da moção⁸².

Por seu turno, o Quarto Membro da Defesa e o Quarto Membro da Oposição devem realizar os respectivos *whips*, como são chamadas as apresentações, de forma resumida, dos principais confrontos de ideias expostos ao longo do debate, evidenciando os argumentos mais significativos de cada bancada, apontando os aspectos que fortalecem ou enfraquecem os principais argumentos a favor ou contrários (refutações), expondo as razões pelas quais um dos lados do debate superou o outro.

Como se vê, o *whip* funciona como uma conclusão dos discursos da defesa e oposição. Não podem ser apresentados novos argumentos, nem focar em apenas um dos lados. Dessa forma, o *whip* deve necessariamente retomar os discursos e os pontos de informação anteriores, sem inovar, e revisitar as argumentações dos dois lados⁸³.

⁸² As recomendações do Guia de Estudos para esses debatedores são as seguintes: 1) para o Terceiro Membro da Defesa: “*Como aquele que inicia os discursos da metade final do debate, deve defender a moção e manter o debate dentro daquilo que foi delimitado na definição. Apesar de não poder contrariar o que foi defendido pela Abertura da Defesa, o terceiro membro deve fazer a extensão, ou seja, trazer uma perspectiva nova ao debate, com novos argumentos, que vão além do apresentado até o momento, e abordar aspectos da moção ainda não contemplados, adicionando eventuais medidas que agreguem conteúdo a sua defesa. É importante que o discurso do terceiro membro esteja bem estruturado, uma vez que este discurso é a última oportunidade de se introduzir novos argumentos. Mantendo a fluidez do debate, o terceiro membro não deve ignorar os discursos que o precederam, mantendo-se alinhado com a Abertura da Defesa e refutando os argumentos apresentados pela Abertura da Oposição.*”; 2) para o Terceiro Membro da Oposição: “*Tem como principal objetivo refutar por completo os argumentos da Defesa, em especial, os do terceiro membro da defesa. Deve ainda apresentar novos argumentos contrários à moção, sendo, no entanto, importante frisar que os argumentos apresentados devem ser bem explicados e elaborados para não prejudicarem a posição da dupla. Assim como a segunda dupla de defesa, a segunda dupla de oposição deve apresentar uma nova perspectiva ao debate (extensão).*” (Disponível em: <http://ibdebates.org/site/docs/Guia_Estudos_2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018).

⁸³ As recomendações do Guia de Estudos para o Quarto Membro da Defesa são as seguintes: “*É responsável por realizar o Whip da Defesa, que é uma finalização do debate que deve “repassar” aquilo que foi apresentado até então clarificando para os ouvintes quais foram e como se deram os principais confrontos de ideias entre as bancadas do debate. Isso, no entanto, não deve ser entendido como um resumo, de forma literal, ou como se fosse um relatório. Ele deve evidenciar os pontos fortes de argumentação da Defesa, em especial da Defesa Final (última dupla de defesa a discursar), identificando os principais pontos de confronto do debate e explicando porque os argumentos da Defesa superaram os da Oposição, como as refutações da Oposição não foram eficientes, e, por fim, apontando por que, com base no que foi apresentado no debate, a proposição deve ser aprovada. É importante ainda que o quarto membro refute os argumentos da Oposição apresentados ao longo do debate. Por fim, ressalta-se que o quarto membro da defesa não pode apresentar argumentos novos a favor da*

Existem outros detalhes desse universo do BP, como a “matéria”, o conteúdo do discurso, a “forma de expressão”, o modo de apresentação do discurso, os elementos de estilo, da estrutura, a forma de avaliação desses critérios, entre outros elementos que já fogem um pouco ao objeto de interesse da tese, pelo que se remete aos manuais específicos⁸⁴.

Aqui, o que interessava mais era ressaltar que existem modelos ideais de debates orais – e, o mais curioso, inspirados precisamente no próprio debate parlamentar –, que podem ser úteis e merecem ser estudados com mais profundidade, para que possam ser aplicados, com o objetivo de aperfeiçoar as práticas nos Poderes Legislativos. Parece necessário investigar melhor esses outros modelos e ver o que se pode aproveitar⁸⁵.

É que, até o momento, a maioria dos regulamentos parlamentares, regimentos internos e normas de natureza análoga, se limitam a estabelecer as regras quanto ao uso da palavra, mas não chegam, sequer de perto, a fixar maiores critérios a respeito do conteúdo das intervenções, colocando ordem para o progresso das discussões, inclusive com preclusões (como já se viu, os *whip* não podem trazer novos argumentos).

No Parlamento Europeu, por exemplo, as regras sobre o uso da palavra – mesmo sendo consideradas uma das mais sofisticadas e democráticas existentes –, deixam excessivo alvedrio ao Presidente para a definição de seus termos em cada caso e não chegam a controlar as intervenções parlamentares com a sistematicidade e o equilíbrio que proporciona o BP⁸⁶.

moção (mas pode apresentar argumentos refutativos e complementares).” (Disponível em: <http://ibdebates.org/site/docs/Guia_Estudos_2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018).

⁸⁴ A informação completa sobre o BP pode ser encontrada em diversos manuais, que variam em poucos detalhes em cada instituição organizadora ou país. Aqui, foi usado o material disponível no Instituto Brasileiro de Debates (<<http://ibdebates.org/site/>>): 1) Manual de Regras do Modelo ParliBrasil de Debates (Disponível em: <http://ibdebates.org/site/docs/Manual_regras_2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018); 2) Guia de Estudos para o Debate Competitivo (Disponível em: <http://ibdebates.org/site/docs/Guia_Estudos_2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018); e 3) Guia de Avaliação do Debate (Disponível em: <http://ibdebates.org/site/docs/Guia_Avaliacao_2017.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2018).

⁸⁵ Uma apresentação histórica de outros modelos, com foco na Baixa Idade Média, pode ser encontrada em: VEGA RENÓN, Luis. **Artes de la razón. Una historia de la demostración en la Edad Media**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1999.

⁸⁶ Eis o conteúdo do art. 162 do Regimento da 8ª Legislatura (2017) do Parlamento Europeu: “**Artigo 162. Repartição do tempo de uso da palavra e lista de oradores. 1. A Conferência dos Presidentes pode propor ao Parlamento a repartição do tempo de uso da palavra para um debate. O Parlamento delibera sobre esta proposta sem debate. 2. Os deputados só podem usar da palavra se para tal forem convidados pelo Presidente. Os deputados tomam a palavra dos seus lugares e dirigem-se ao Presidente. Se os oradores se afastarem do objeto do debate, o Presidente adverte-os. 3. O Presidente pode estabelecer, para a primeira parte de um debate específico, uma lista de oradores que inclua uma ou várias séries de oradores de cada grupo político que desejem intervir, por ordem da dimensão relativa desses grupos. 4. O tempo de uso da palavra para esta parte do debate é repartido segundo os seguintes critérios: (a) Uma primeira fração do tempo de uso da palavra é repartida igualmente entre todos os grupos políticos; (b) Uma segunda fração é repartida entre os grupos políticos proporcionalmente ao número total dos seus membros; (c) Aos deputados não inscritos é atribuído, globalmente, um tempo de uso da palavra calculado com base nas frações atribuídas a cada grupo político nos termos das alíneas a) e b); (d) A repartição do tempo de uso da palavra deve ter em consideração o facto de os deputados portadores de deficiência podem precisar de mais tempo. 5. Se o tempo global de uso da palavra se distribuir por vários pontos da ordem do dia, os grupos políticos comunicam ao Presidente que frações do seu tempo de uso da**

No *Congreso de los Diputados* espanhol, por seu turno, as regras que tratam dos debates constam dos arts. 69 a 77 do Regulamento de 10 de fevereiro de 1982⁸⁷. Pelo art. 69, nenhum debate pode começar sem a prévia distribuição, a todos os deputados, com pelo menos 48 horas de antecedência, do relatório, parecer ou documentação que sirva de base para o debate, exceto o caso de acordo em sentido contrário devidamente motivado. Pelo art. 70, são disciplinados maiores detalhes sobre o pedido, a cessão, a retirada da palavra, etc. O art. 71 estabelece o chamado direito de explicação pessoal. O art. 72, a chamada questão de ordem, a chamada para que se cumpra o regimento. O art. 73, o direito de réplica ou retificação. O art. 74 incorpora a regra geral de que, na falta de acordo específico em sentido diferente, em todo debate cabe um turno a favor e outro contra e as intervenções devem durar no máximo dez minutos. O art. 75 disciplina o uso da palavra pela minoria. O art. 76 trata do fechamento das discussões. Por fim, o art. 77 aborda o procedimento para as ocasiões em que o Presidente deseja participar da discussão, situação em que deve abandonar o seu local na Mesa.

No Senado espanhol, a matéria está disciplinada no arts. 84 a 91 do Regulamento de 3 de maio de 1994⁸⁸. As regras são pouco diferentes das estabelecidas no *Congreso de los Diputados*. O art. 84 aborda o pedido, a cessão, a retirada da palavra. O art. 85 trata do uso da palavra pelos líderes (*portavoces*). O art. 86 determina que a intervenção dos líderes obedece à ordem inversa ao número de membros dos respectivos grupos. Os arts. 87 e 88 detalham o

palavra pretendem atribuir a cada um desses pontos. O Presidente assegura que os tempos de uso da palavra assim fixados sejam respeitados. 6. A parte restante do tempo de debate não é atribuída especificamente com antecedência. Em vez disso, o Presidente pode conceder a palavra aos deputados, em regra geral, durante um minuto, no máximo. O Presidente assegura, na medida do possível, que intervenham alternadamente oradores de diferentes tendências políticas e de diferentes Estados-Membros. 7. A pedido, o Presidente pode dar prioridade ao presidente e ao relator da comissão competente, bem como aos presidentes dos grupos políticos que pretendam fazer uso da palavra em nome dos seus grupos, ou aos oradores que os substituam. 8. O Presidente pode conceder a palavra aos deputados que manifestem, levantando um cartão azul, o desejo de fazer uma pergunta com o máximo de meio minuto de duração a outro deputado durante a intervenção deste, que incida sobre o assunto abordado nessa intervenção. O Presidente só o fará se o orador estiver de acordo e se o Presidente entender que tal não perturbará o desenrolar do debate nem provocará, em resultado de sucessivas questões colocadas mediante o levantamento de cartões azuis, um grande desequilíbrio ao nível das afinidades dos grupos políticos dos deputados que usam da palavra nesse debate. 9. O tempo de uso da palavra para intervenções sobre as atas das sessões, sobre pontos de ordem e sobre alterações ao projeto definitivo de ordem do dia ou à ordem do dia não pode exceder um minuto. 10. No debate sobre um relatório, a palavra é dada, em regra, à Comissão e ao Conselho imediatamente após a apresentação do relatório pelo relator. A Comissão, o Conselho e o relator podem tomar novamente a palavra, em particular para responder às intervenções dos deputados. 11. Os deputados que não tenham usado da palavra num debate podem, no máximo uma vez por cada período de sessões, apresentar uma declaração escrita que não exceda 200 palavras. Essas declarações escritas são anexadas ao relato integral das sessões. 12. Tendo devidamente em conta o artigo 230.o do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o Presidente procura chegar a um acordo com a Comissão, com o Conselho e com o Presidente do Conselho Europeu quanto a uma repartição adequada do tempo de uso da palavra que lhes é atribuído.” (Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/si-des/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+RULES-EP+20170116+RULE-162+DOC+XML+V0//PT&navigationBar=YES>>. Acesso em: 06 jun. 2018).

⁸⁷ Disponível em: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/reglam_congreso.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2018.

⁸⁸ Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1994/BOE-A-1994-10830-consolidado.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

direito de explicação pessoal. O art. 89 autoriza os pedidos de informação. O art. 90 estabelece a questão de ordem. O art. 91 regula a participação do presidente ou outros membros da Mesa.

No Brasil, na Câmara dos Deputados, o Regimento Interno dessa Casa Legislativa aborda a temática nos arts. 171 a 176, com caráter mais flexível. O art. 171 trata da inscrição, ordem e permuta do uso da palavra. As intervenções devem ser alternadamente a favor e contra a proposição em discussão. O art. 172 estabelece a ordem de prioridade para a inscrição. O art. 173 define o momento do uso da palavra. O art. 174 determina o tempo de cinco minutos para as intervenções e, em se tratando de discussões prévias de projetos, apenas poderão usar da palavra: o autor do projeto, o relator e mais dois deputados, um a favor e outro contra. Aqui já se nota certo desequilíbrio nas discussões. O art. 175 proíbe o deputado que faz uso da palavra de: I – desviar-se da questão em debate; II – falar sobre o vencido; III – usar de linguagem imprópria; IV – ultrapassar o prazo regimental. O art. 176 define as regras para o chamado “aparte”, consistente na interrupção, breve e oportuna, do orador para indagação, ou esclarecimento, relativos à matéria em debate.

Por sua vez, no Senado Federal, o uso da palavra está disciplinado nos arts. 14 a 21 do Regimento Interno, com regras ainda mais detalhadas, diferenciando entre os senadores e os líderes e entre os tipos de intervenção e de discussão (se proposição ordinária, se em regime de urgência, se de redação final, se para encaminhamento de votação, para explicação pessoal, comunicação inadiável, pela ordem, aparte, etc.). Esse é o objeto do art. 14. Pelo art. 15, permite-se a prorrogação do tempo. O art. 16 determina que se obedeça a ordem de inscrição, note-se, sem necessidade de observância da alternância entre posições a favor e contra. O art. 17 prevê o livro de inscrição. O art. 18 disciplina as interrupções. O art. 19 proíbe o senador de usar de expressões descorteses ou insultuosas ou falar sobre resultado de deliberação definitiva do Plenário, salvo em explicação pessoal. O art. 20 veda o uso de documento de natureza sigilosa. O art. 21 obriga a que o senador, ao fazer uso da palavra, mantenha-se de pé, salvo motivo de saúde para permanecer sentado.

Como se vê, os regimentos internos dos Parlamentos que acabam de ser mencionados basicamente estabelecem regras relativamente óbvias sobre o uso da palavra, apenas isso, mas não oferecem maiores critérios, como, por exemplo, um limite razoável para o número de intervenções, o equilíbrio dessas, já que nem sempre está presente o cuidado para que haja alternância entre as intervenções a favor e contra – o que poderia favorecer o caráter dialético das discussões –, tampouco trazendo indicações com relação ao conteúdo dos discursos, entre outros detalhes.

Essas características indicam que esse é um ponto que merece um melhor tratamento no âmbito das regras parlamentares. Tais normas devem abordar não somente o uso da palavra, mas também desenhar melhor o próprio debate.

Em síntese, dada a maior simplicidade do modelo BP, comparado aos encontrados na Espanha e no Brasil, o BP poderia funcionar como um procedimento ideal a ser levado em consideração, justamente com os outros modelos de debates orais catalogados⁸⁹, sem prejuízo das adaptações necessárias conforme cada caso. Com isso, acredita-se que poderia ser incrementada a racionalidade do debate e da argumentação legislativa.

6.6. Restrição do voto de liderança e da disciplina de voto

Por tudo o que foi apresentado até aqui, já é possível perceber que existem contextos e institutos que beneficiam a argumentação, pois fomentam a troca de argumentos entre os participantes de determinado órgão e, conseqüentemente, favorecem um tipo de diálogo mais próximo do racional.

Inclusive, descobrir quais são essas conjunturas fáticas e institucionais, desenhá-las e aplicá-las na prática é uma das grandes agendas da teoria da argumentação e no caso da argumentação legislativa não seria diferente.

Assim, a esta altura, vê-se que definitivamente o voto de liderança, a disciplina de voto e as votações por bancada (*grupos parlamentarios*) são instrumentos que não contribuem para o engajamento argumentativo dos parlamentares no Poder Legislativo.

Por mais que esses institutos estejam catalogados como processos de votação, os quais somente se iniciam após fechada a fase das discussões – ou seja, a sistemática de votação não interferiria nos debates, porque são momentos separados –, o fato é que se observa na prática uma certa “acomodação” dos parlamentares. Alguns marcam presença e saem da reunião; outros, mesmo fisicamente presentes, sequer sabem bem o que está em discussão e votação. Obviamente, esse *déficit* é menor em relação aos temas mais controvertidos ou que despertam maior relevo.

No Brasil, praticamente não há teorização sobre a dinâmica do voto de liderança, o que faz merecer uma breve explicação de seu funcionamento e seus problemas.

De acordo com o art. 185 do RICD, na votação das proposições em geral, será usado o processo simbólico, pelo qual o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria,

⁸⁹ Como se pode encontrar em: VEGA REÑÓN, Luis. **Artes de la razón. Una historia de la demostración en la Edad Media**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1999.

convidará os Deputados a favor a permanecerem sentados e proclamará o resultado manifesto dos votos. Na prática contemporânea, usa-se não “sentados”, mas “como estão”, de modo que os contrários levantam as mãos. Os parágrafos do mencionado artigo disciplinam o procedimento em caso de dúvida no contraste visual. Ocorrendo essa situação, o Presidente pode levar a cabo a verificação de votação (de *quorum*) de ofício ou por provocação. Procedida tal verificação, outra não poderá ser feita antes de decorrida uma hora, exceto se houver requerimento de um décimo dos Deputados, ou de Líderes que representem esse número, aprovado pelo Plenário⁹⁰.

No referido dispositivo regimental, foi suprimida a referência que existia no Regimento anterior à dinâmica do voto de liderança – mesmo assim ainda hoje adotado na prática –, em relação às matérias ordinárias, pela qual apenas os líderes (*portavoces*) votam e o voto destes tem o peso proporcional da bancada de que representam, ou seja, o voto de um é computado como o de toda a bancada (*grupo parlamentario*)^{91, 92}.

Como bem observa José Paulo Sepúlveda Pertence:

41. Não obstante, é inegável que o voto de liderança é um instrumento de excepcional eficácia para vencer o problema do absentismo nas sessões plenárias do Legislativo. Como o problema não é novo, nem é brasileiro, mas, ao contrário, de há muito preocupa parlamentos de todo o mundo, a repulsa ao mecanismo estabelecido entre nós constitui um indício eloqüente da sua incompatibilidade com os princípios cardeais, que regem o instituto do mandato legislativo.

⁹⁰ RICD, art. 185: “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. § 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 Ocorrendo requerimento de verificação de votação, se for notória a ausência de quorum no Plenário, o Presidente poderá, desde logo, determinar a votação pelo processo nominal.”.

⁹¹ Trata-se do regimento interno anterior, aprovado pela Resolução n. 30, de 31.10.1972. A norma referida previa o seguinte: “Art. 176. Pelo processo simbólico, o Presidente, ao anunciar a votação de qualquer matéria, convidará os Deputados a favor a permanecerem sentados e proclamará o resultado manifesto dos votos. A manifestação dos líderes representará o voto de seus liderados, permitida a declaração de voto.”

⁹² A constitucionalidade da previsão chegou a ser contestada perante o STF, ainda à luz do ordenamento constitucional anterior, no bojo do MS n. 20.499, o qual acabou julgado prejudicado pela perda superveniente da legitimidade *ad causam* (término do mandato do parlamentar impetrante). Nada obstante, convém registrar o parecer do Procurador-Geral da República à época, José Paulo Sepúlveda Pertence (publicado originalmente na Revista de Direito Público, RDP 76/57, out.-dez./1985), de onde se resgata a consideração de que o voto de liderança surgiu como um dos instrumentos autoritários para esvaziar o conteúdo real do mandato legislativo dos congressistas e, conseqüentemente, o poder do Congresso Nacional. Isso porque o “voto de liderança faz, dos líderes, mandatários de seus liderados, independentemente ou mesmo contra a vontade deles” (PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Voto de liderança. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Orgs.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 845-855, p. 851). O parecer ainda evolui com outras considerações e conclui pela inconstitucionalidade da previsão. Talvez essa tenha sido a razão de ter sido suprimida a menção expressa ao instituto, embora o voto de liderança continue sendo implementado na prática, sendo uma realidade no dia a dia legislativo.

42. Na França, durante muito tempo, o absentismo parlamentar justificou, apesar da veemente crítica doutrinária (cf. Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, 1924, t. 4.o./361 e ss.; Esmein, *La République Française*, 1909, p. 885 e ss.), o chamado voto por procuração, eufemismo que denominava a prática de um deputado confiar a outro as cédulas que lhe permitiam votar, em sua ausência, como se estivesse presente. (...)

44. De qualquer modo, o que importa assinalar é que, ao contrário do voto de liderança, a prática francesa do voto por procuração nem dispensava um ato de vontade do deputado ausente – na entrega ao colega dos seus boletins nominais – nem o inibia do voto pessoal, se presente à sessão.⁹³

O principal problema da prática, por essa lógica, estaria na anulação de uma eventual dissidência individual do parlamentar. De fato, o pertencimento a grupos parlamentares não pode anular a capacidade de ação do parlamentar individualmente.

Além disso, a tendência do direito comparado – o voto por procuração foi abolido do sistema francês, por exemplo – de considerar a pessoalidade ou personalidade do voto parlamentar como princípio geral. Isso, como corolário da própria noção de que os parlamentares recebem o mandato diretamente dos eleitores, sendo o seu exercício pessoal e intransferível.

Inclusive, esse é outro argumento que Sepúlveda Pertence usa para taxar a prática de inconstitucional:

56. O voto de liderança importa na criação, por força de norma regimental, de uma representação sem mandato: o líder representa todos os deputados do seu Partido, independentemente da vontade deles, desnecessária para constituir o mandatário e – o que é mais assustador – impotente para destituí-lo, no caso concreto, do poder de voto plural.⁹⁴

Tentando sanar esse problema, o RICD prevê em seu art. 180, § 7º, que o voto do Deputado, mesmo que contrarie o da respectiva representação ou sua Liderança, será acolhido para todos os efeitos.

Ocorre que, como isso não vinha sendo observado, o então Deputado Federal José Thomaz Nonô formulou ao Presidente da Câmara dos Deputados a Questão de Ordem nº 572, de 2005, com a seguinte pergunta: “*como deve o Presidente proceder na proclamação do resultado nas votações simbólicas?*” A dúvida residia em saber se o Presidente deveria seguir a orientação dos líderes, computando as bancadas, ou se deveria observar a manifestação dos deputados.

Na sessão de 28 de junho de 2005, a questão de ordem foi acolhida para assentar que “*o procedimento a ser observado na proclamação do resultado das votações pelo processo simbólico é o especificado no art. 185 do Regimento Interno, não sendo lícita nenhuma*

⁹³ Idem, *ibidem*.

⁹⁴ Idem, *ibidem*.

presunção relativa à prévia orientação das bancadas.”⁹⁵. Assim, já não se aceitaria a prática para aprovar uma deliberação com a manifestação exclusiva dos líderes partidários.

Vale registrar que a mesma dinâmica ocorre no Senado Federal, cujo regimento interno continua prevendo expressamente o voto de liderança aqui comentado (art. 293, inciso II)⁹⁶, permitida a declaração de voto pessoal do parlamentar, e nas reuniões em sessão conjunta do Congresso Nacional, também com clara previsão regimental (art. 45)⁹⁷.

Com efeito, possível que por diversas razões – sobretudo os imperativos de ordem pragmática – tais institutos continuem existindo. Assim, para não se perder o olhar realista com uma proposta sem chances de concreção na prática, a sugestão vai no sentido de que o uso da sistema seja, ao menos, restringido. Isso impediria, por exemplo, que leis de grande repercussão fossem deliberadas por essa sistemática de “aprovação ficta”, sem um grande número de parlamentares presentes⁹⁸.

Forçar a que os parlamentares compareçam e tenham o dever de exercer o seu mandato (sem prejuízo da liberdade) funcionaria como um pequeno empurrão rumo a estimular os debates e incrementar discussão e argumentação entre os parlamentares. Trata-se de uma tentativa de reduzir a “evasão parlamentar”⁹⁹.

⁹⁵ Disponível em: <<http://www.camara.leg.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=153.3.52.O&nuQuarto=78&nuOrador=2&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=16:02&sgFaseSessao=OD%20%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=28/06/2005&txApelido=MARCELO%20ORTIZ&txEtapa=Com%20redaçãõ%20final>>.

Acesso em: 28 abr. 2018.

⁹⁶ “Art. 293. No processo simbólico observar-se-ão as seguintes normas: I - os Senadores que aprovarem a matéria deverão permanecer sentados, levantando-se os que votarem pela rejeição; II - o voto dos líderes representará o de seus liderados presentes, permitida a declaração de voto em documento escrito a ser encaminhado à Mesa para publicação; III - se for requerida verificação da votação, será ela repetida pelo processo nominal; IV - o requerimento de verificação de votação só será admissível se apoiado por três Senadores; V - procedida a verificação de votação e constatada a existência de número, não será permitida nova verificação antes do decurso de uma hora; VI - não será admitido requerimento de verificação se a Presidência já houver anunciado a matéria seguinte; VII - antes de anunciado o resultado, será lícito tomar o voto do Senador que penetrar no recinto após a votação; VIII - verificada a falta de quorum, o Presidente suspenderá a sessão, fazendo acionar as campainhas durante dez minutos, após o que esta será reaberta, procedendo-se a nova votação; IX - confirmada a falta de número, ficará adiada a votação, que será reiniciada ao voltar a matéria à deliberação do Plenário; X - se, ao processar-se a verificação, os requerentes não estiverem presentes ou deixarem de votar, considerar-se-á como tendo dela desistido.”

⁹⁷ “Art. 45. Na votação pelo processo simbólico, os Congressistas que aprovarem a matéria deverão permanecer sentados, levantando-se os que votarem pela rejeição. O pronunciamento dos Líderes representará o voto de seus liderados presentes, permitida a declaração de voto. § 1º Proclamado o resultado da votação de cada Casa, poderá ser feita sua verificação a requerimento de Líder, de 5 (cinco) Senadores ou de 20 (vinte) Deputados. § 2º Na verificação, proceder-se-á à contagem, por bancada, dos votos favoráveis e contrários, anotando os Secretários o resultado de cada fila, a não ser que o requerimento consigne o pedido de imediata votação nominal. § 3º Procedida a verificação de votação, e havendo número legal, não será permitida nova verificação antes do decurso de 1 (uma) hora.”

⁹⁸ Já existem algumas previsões regimentais nesse sentido, limitando a votação simbólica. Por exemplo, essa não é admitida para a votação de leis complementares.

⁹⁹ Julio Camba, jornalista espanhol que cobria o Parlamento, na crônica *Una sesión tranquila*, escrita em 1907, já relatava esse tema na Espanha. Vale a pena conferir um fragmento, dada sua atualidade: “– Don Fulano de Tal – exclamaba el señor Dato. Entonces el secretario, mientras removía unos grandes infolios, decía: – No habiendo ningún señor diputado que tenga pedida la palabra, ¿ha lugar a votar? – Ha lugar – se contestaba a sí mismo. –

As mesmas razões seriam aplicáveis para evitar a versão espanhola do voto de liderança brasileiro, qual seja, a disciplina de voto.

Com isso, diminui-se também o “caráter atoral” (no sentido dado por Josep Aguiló Regla¹⁰⁰) dos debates. Os “atores”, no caso, seriam os partidos políticos, especialmente na tradicional bipolarização entre alguns membros do governo e da oposição. Como já visto, um debate, uma discussão, uma argumentação – e no âmbito legislativo não iria ser diferente – serão o mais próximo possível de uma atividade racional, quanto mais se aproximem da controvérsia. Retirar essa fidelidade compulsória do parlamentar ao seu respectivo partido seria uma maneira de fomentar a pluralidade, as dissidências e o “caráter temático” do debate.

A digressão poderia parecer contraditória com o modelo do BP, cuja lógica consiste precisamente nesse tipo de polarização “governo *versus* oposição”, mas não o é. Isso porque a institucionalização dessas posições (ou papéis) em um debate não se confunde com o “caráter atoral”, o qual advém da atuação das pessoas em concreto, especificamente envolvidas com a causa, que agem com o “fígado”, apaixonadamente. Como se pode ver, a polarização não precisa ser “intestinal” e um debate entre duas posições antagônicas (contra e a favor) pode ser racional.

6.7. Fim das leis banais (sobre efemérides, datas comemorativas, modificações de nomes de rodovias e/ou viadutos e aeroportos e em memória a pessoas)

¿Se aprueba el dictamen? – preguntaba inmediatamente. – Queda aprobado – volvía a contestarse. – ¿Queda admitido diputado el señor Don Fulano de Tal? – interrogaba de nuevo. – Queda admitido. Y el Sr. Dato, con una voz cansada y un gesto displicente, resumía el monólogo del secretario en una frase definitiva: – Queda proclamado diputado D. Fulano de Tal... En esta forma se han aprobado hoy todos los dictámenes de los individuos pertenecientes a la Comisión de actas y a la de incompatibilidades. No ha habido ni un discurso, ni una frase sonora, ni un gesto que merezca los honores de la descripción. La sesión de hoy ha sido apacible, silenciosa y discreta. Su único actor – ese secretario que se preguntaba y se contestaba a sí mismo – es como esos imitadores de Frégoli que salen en los cinematógrafos y que representan, ellos solos, obras en las que figuran diez o doce personajes. Para el lector será un poco difícil imaginarse una sesión del Congreso sin discursos; y si algún provinciano de los que han venido a Madrid para ver las fiestas tuvo la ocurrencia de buscar sitio en una tribuna y asistir a la sesión de esta tarde, habrá sufrido, al contemplarla, una cruel decepción. El diputado es un ser organizado exclusivamente para el ejercicio de la palabra hablada, y allí donde haya un diputado – como no sea un diputado de la mayoría – tiene que haber un discurso. En la sesión de hoy no había ninguna necesidad de hablar; pero esta consideración no justifica el ocio de los taquígrafos. Si los diputados hubiesen de hablar exclusivamente cuando sus palabras respondieran a una positiva necesidad, no hablarían nunca, o casi nunca. Los diputados deben hablar, así como cantar los pájaros y como hacen versos los poetas. En cualquier sitio puede constituirse una asamblea de ciudadanos que no pronuncien una sola palabra; pero en el Congreso no, porque el oficio de los diputados, como el de los loros, es, precisamente, el de hablar mucho y el de hablar siempre. La sesión de hoy no merece apenas el nombre de sesión. Ha sido un acto tranquilo, silencioso e inelocuente, que no pasará a la Historia. Consignémoslo así, con un poco de desdén, y reservemos nuestro entusiasmo para las próximas y terribles contiendas parlamentarias” (Crónicas parlamentarias y otros artículos políticos (1907-1909). Sevilla: Espuela de Plata, 2017).

¹⁰⁰ Cuatro modos de debatir. **Doxa**, n. 36, 2013, pp. 211-227. O conteúdo do artigo, com comentários e críticas, consta da Parte I.

Já saindo um pouco do campo procedimental, embora guarde alguma conexão com ele, acredita-se que a proibição de leis sobre matérias banais – de que são exemplos as que versam sobre efemérides, datas comemorativas ou modificações de nomes de aeroportos, rodovias e/ou viadutos, entre outras – é uma medida racionalizadora da atividade legislativa. Desenvolva-se o argumento.

Ao longo desta pesquisa, cada vez vai se tornando mais claro que a decisão de iniciar a elaboração de uma lei (uma norma geral) não pode ser concebida como uma mera formalidade. Trata-se de um ato de grande transcendência jurídica e política, pelo que deve necessariamente estar baseado em estudos, informes, audiências, entre outros expedientes que demonstrem a existência de uma mínima reflexão sobre a necessidade (e a viabilidade) da lei. Essa seria uma primeira razão para abolir as leis que versam sobre essas matérias sem qualquer transcendência, desvinculadas de qualquer problema social.

Como foi possível estudar nesta tese, parte da crise da lei se dá pelo excesso de leis aprovadas, acarretando, no jargão da doutrina, uma “poluição” ou “inflação” no ordenamento jurídico. O grande número inviabiliza o perfeito conhecimento das leis por parte dos cidadãos, ao mesmo tempo em que retira a força das leis. Se todas as leis existentes fossem importantes, não haveria o que fazer. Entretanto, o fato é que parte dessas leis são definitivamente inúteis.

A utilidade da lei deve ser o principal filtro norteador da legislação. De fato, a grande finalidade da legislação é servir de meio, de instrumento, para o alcance de determinados fins, objetivos, propósitos que sejam relevantes no âmbito da sociedade. Ou seja, as leis devem servir para resolver os problemas sociais. Esse caráter instrumental, não só das leis, mas do Direito como um todo, é o pilar complementar ao próprio Estado de Direito.

Dado que a legislação tem custos (as horas de trabalho dos parlamentares, dos funcionários, a estrutura, etc.); que o tempo é escasso; que existem assuntos mais prioritários; e que tais leis não agregam muito valor para a resolução de problemas sociais, entende-se a dedicação de tempo e esforço a esse tipo de medida legislativa é mais que uma perda de tempo, representa uma grande irracionalidade.

Por tudo o que já se veio expondo ao longo da tese, as normas oportunistas (*de ocasión*), no sentido de que não têm utilidade, não se prestam a resolver um problema social, deveriam ser abolidas. Essas matérias não deveriam ser tratadas por lei, pois o único efeito é a “poluição legislativa”.

O ponto parece óbvio, mas o fato é que no Brasil é elevado o número de leis com essas características, representando em seu conjunto quase a metade das leis aprovadas no país^{101, 102}. Essa é a realidade do ano de 2018 (até o mês de abril), no qual, das 69 leis sancionadas,

¹⁰¹ Uma rápida pesquisa no Portal da Legislação (<<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias>>) dá conta dos números. No ano de 2017, do total de 172 leis aprovadas, foram mais de 20 leis tratando de efemérides: 1) Dia nacional dos Rosacruz (Lei n. 13.583, de 26.12); 2) Dia nacional do Educador Social (Lei n. 13.580, de 26.12); 3) Dia nacional do Cerco da Lapa (Lei n. 13.570, de 21.12); 4) Dia nacional do Krav Maga (Lei n. 13.569, de 21.12); 5) Dia nacional do Delegado de Polícia (Lei n. 13.567, de 21.12); 6) Dia nacional da Agroecologia (Lei n. 13.565, de 21.12); 7) Dia do Palhaço (Lei n. 13.561, de 21.12); 8) Dia nacional do Teatro do Oprimido (Lei n. 13.560, de 21.12); 9) Dia nacional do Samba de Roda (Lei n. 13.557, de 21.12); 10) Dia nacional da Astronomia (Lei n. 13.556, de 21.12); 11) Dia nacional das Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN (Lei n. 13.544, de 19.12); 12) Dia nacional do Ciclista (Lei n. 13.508, de 22.11); 13) Dia nacional de combate ao preconceito contra as Pessoas com Nanismo (Lei n. 13.472, de 31.07); 14) Dia nacional de Luta Contra a Esclerose Lateral Amiotrófica (ELA) (Lei n. 13.471, de 31.07); 15) Dia nacional do Engenheiro de Custos (Lei n. 13.453, de 21.06); 16) Dia nacional do Policial e do Bombeiro Militares (Lei n. 13.449, de 16.06); 17) Dia nacional do Teatro Acessível: Arte, Prazer e Direitos (Lei n. 13.442, de 08.05); 18) Dia nacional do Perdão (Lei n. 13.437, de 19.04); 19) Dia nacional de Combate à Sífilis e à Sífilis Congênita (Lei n. 13.430, de 31.03); 20) Semana nacional da Pessoa com Deficiência Intelectual e Múltipla (Lei n. 13.585, de 26.12); 21) Semana nacional da Responsabilidade Social (Lei n. 13.559, de 21.12); 22) Semana nacional pela Não Violência contra a Mulher (Lei n. 13.421, de 27.03). No ano de 2018 (até o mês de abril), das 69 leis sancionadas, já foram 10 leis sobre efemérides: 1) Dia nacional de conscientização sobre o autismo (Lei n. 13.652, de 13.03); 2) Dia nacional do desafio (Lei n. 13.645, de 04.04); 3) Dia nacional do arquiteto e urbanista (Lei n. 13.627, de 16.01); 4) Dia nacional da Eubiose (Lei n. 13.626, de 16.01); 5) Dia nacional do escotismo (Lei n. 13.621, de 15.01); 6) Dia nacional da educação a distância (Lei n. 13.620, de 15.01); 7) Data do Reconhecimento do Município de Santa Teresa, no Estado do Espírito Santo, como Pioneiro da Imigração Italiana no Brasil (Lei n. 13.617, de 11.01); 8) Dia nacional do exportador (Lei n. 13.611, de 10.01); 9) Dia Internacional do Direito à Verdade (Lei n. 13.605, de 09.01); 10) Dia Nacional do Zootecnista (Lei n. 13.596, de 08.01).

¹⁰² O mesmo se aplica para mudanças de nome de rodovias e aeroportos. No ano de 2018 (até o mês de abril), citem-se 12 leis: 1) Denomina Elevado Casemiro Vítório Colombo o elevado da rodovia BR-282, com acesso pela Avenida Rio Ponte Grande, no Município de Lages, no Estado de Santa Catarina (Lei n. 13.625, de 16.01); 2) Denomina Ferrovia Doutor José Pacheco Dantas o trecho ferroviário da Companhia Brasileira de Trens Urbanos - CBTU, entre as cidades de Natal e Ceará-Mirim, Estado do Rio Grande do Norte (Lei n. 13.624, de 16.01); 3) Denomina Rodovia Antônio Carlos Marani o trecho da BR-265 entre a cidade de Lavras, Estado de Minas Gerais, e o entroncamento com a BR-381 (Rodovia Fernão Dias) (Lei n. 13.619, de 15.01); 4) Denomina Prefeito Dilney Chaves Cabral o viaduto duplo de acesso aos bairros São João e Morrotes localizado no Km 336,35 da BR-101, no Estado de Santa Catarina (Lei n. 13.618, de 15.01); 5) Denomina Ponte Lupicínio Rodrigues a ponte sobre o rio Gravataí, construída na rodovia BR-448, no Município de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul (Lei n. 13.616, de 11.01); 6) Denomina Rodovia Frei Jorge o trecho da rodovia BR-251 localizado no perímetro urbano da cidade de Unai, Estado de Minas Gerais (Lei n. 13.612, de 10.01); 7) Denomina Viaduto Astésia de Moraes Batista o viaduto construído no km 488 da Rodovia Régis Bittencourt, no Município de Cajati, Estado de São Paulo (Lei n. 13.607, de 09.01); 8) Denomina Viaduto Pioneiro Manoel Revaldaves da Silva o viaduto construído no km 172,5 da rodovia BR-376 entre as avenidas Colombo e Sabiá, na cidade de Maringá, Estado do Paraná (Lei n. 13.600, de 08.01); 9) Denomina o trecho da BR-158, entre a cidade de Santa Maria e a cidade de Rosário do Sul, no Estado do Rio Grande do Sul, como Rodovia Dr. Mário Ortiz de Vasconcellos (Lei n. 13.597, de 08.01); 10) Denomina Aeroporto Internacional de Cruzeiro do Sul/AC - Marmud Cameli o aeroporto localizado na cidade de Cruzeiro do Sul, Estado do Acre (Lei n. 13.593, de 04.01); 11) Denomina Israel Guedes Ferreira o edifício da Agência Central do INSS no Município de Alagoa Grande, no Estado da Paraíba (Lei n. 13.592, de 04.01); 12) Denomina Rodovia Prefeito Genésio Pasinato o trecho da BR-163 compreendido entre os Municípios de São Miguel do Oeste e Dionísio Cerqueira, no Estado de Santa Catarina (Lei n. 13.591, de 04.01).

¹⁰³ Por exemplo, a inscrição de nomes de personagens no Livro dos Heróis da Pátria também entra para o que se entende como leis banais. No ano de 2018 (até o mês de abril), foram as seguintes 6 leis: 1) Inscreve no Livro dos Heróis da Pátria o nome de Luís Gonzaga Pinto da Gama - Luiz Gama (Lei n.13.628, de 16.01); 2) Inscreve o nome de Joaquim Francisco da Costa - Irmão Joaquim do Livramento no Livro dos Heróis da Pátria (Lei n. 13.623, de 15.01); 3) Inscreve o nome de Euclides Rodrigues Pimenta da Cunha no Livro dos Heróis da Pátria (Lei n. 13.622, de 15.01); 4) Inscreve no Livro dos Heróis da Pátria o nome de Martim Soares Moreno (Lei n. 13.613, de 10.01); 5) Inscreve o nome de José Feliciano Fernandes Pinheiro, Visconde de São Leopoldo, no Livro

pelo menos 28 tratavam de alguma das três matérias aqui consideradas banais. Uma análise mais detida quanto à utilidade (ampliando o catálogo dos “temas banais”) certamente elevaria esse número.

O caso seria, portanto, o de proibir o uso das leis para tratamento desses temas, ou seja, simplesmente retirar a competência legislativa para essas matérias, para o que seria necessária a aprovação de uma emenda constitucional.

6.8. Instituição de um órgão encarregado da revisão final do texto aprovado

Como visto na Parte II da tese, as políticas legislativas voltadas para a implantação de diretrizes de técnica legislativa nas Administrações dos países^{104, 105}, bem como as teorias da legislação de modo geral, centram suas atenções de modo especial no momento prévio da decisão legislativa (com pautas da metódica legislativa, tradicionalmente o *Checklist*) e da redação do texto do projeto de lei (com diretrizes de técnica legislativa *stricto sensu* ou propriamente dita).

Como já se teve a oportunidade de observar, tais recomendações simplesmente cessam a partir do envio do projeto de lei ao Poder Legislativo. É dizer, dentro do rótulo teorias da legislação a que se teve acesso, não foram encontradas quaisquer tipos de receitas do que se poderia chamar “técnica parlamentar” (ou “legislativo-parlamentar”), em prol de uma maior qualidade técnica dos trâmites dentro do Parlamento, voltados para o aperfeiçoamento dessa etapa da tramitação legislativa.

Ocorre que a inexistência dessas recomendações não quer dizer que se percam os controles nessa instância; não pode significar que nada pode ser feito junto ao Poder Legislativo ou servir de escusa para cessar os esforços no sentido do aperfeiçoamento das práticas aí desempenhadas.

Se, por um lado, tais diretrizes de técnica legislativo-parlamentar continuarão figurando como mais uma agenda pendente de desenvolvimento; por outro, a pesquisa pode

dos Heróis da Pátria (Lei n. 13.599 de 08.01); 6) Determina a inscrição do nome de João Pedro Teixeira no Livro dos Heróis e Heroínas da Pátria (Lei n. 13.598, de 08.01).

¹⁰⁴ Na Espanha, trata-se do *Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa*, destinadas à forma e estrutura dos anteprojetos de lei com a finalidade de elevar sua qualidade técnica em benefício da segurança jurídica.

¹⁰⁵ No Brasil, da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, que 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. E, mais recentemente, como comentado, foi aprovado o Decreto n. 9.191, de 1º de novembro de 2017, que estabelece 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.

detectar ao menos uma recomendação bastante clara, decorrente dos estudos realizados das rotinas no Senado Federal brasileiro, como visto no capítulo 4 desta tese.

Trata-se da Coordenação de Redação Legislativa, vinculada à Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, com a especial competência para verificar o texto das proposições do ponto de vista da técnica legislativa, não somente antes da deliberação parlamentar – como costuma acontecer em todos os Parlamentos –, mas especialmente após esse momento, ou seja, com competência para “supervisionar” a redação final aprovada, analisando as eventuais emendas no plenário ou nas comissões, especialmente quando essas deliberem em caráter terminativo. Tal atribuição envolve o poder para “proceder às adequações necessárias”, em observância aos preceitos de técnica legislativa previstos na LC n. 95/98¹⁰⁶.

Quanto ao funcionamento de tal órgão, a experiência que tem sido possível observar até o momento é positiva, o que pode ser atribuído, de forma especial, à liberdade para fazer pequenos reparos de aperfeiçoamento, sempre e quando sejam mantidos o sentido e a vontade da legislação aprovada pelos parlamentares, como não poderia deixar de ser. É dizer, tal órgão pode corrigir erros materiais detectados e incrementar o que Manuel Atienza chama níveis de racionalidade R1 e R2, linguística e jurídico-sistemática, inclusive uniformizando o texto final para adequá-lo ao vocabulário jurídico já consagrado quanto ao uso de determinados termos e expressões legislativas¹⁰⁷.

Portanto, acredita-se que a instituição de um órgão com poderes semelhantes ao comentado do Senado Federal brasileiro seria uma interessante recomendação de “técnica

¹⁰⁶ As atribuições de tal órgão são as seguintes: “*À Coordenação de Redação Legislativa compete analisar as proposições legislativas prontas para deliberação pelos Plenários do Senado Federal e do Congresso Nacional, no tocante à técnica legislativa; supervisionar a elaboração das minutas de redação final, de redação para o segundo turno e de redação do vencido das proposições aprovadas pelos Plenários a serem submetidas às Mesas, nos termos do Regimento Interno do Senado Federal e do Regimento Comum do Congresso Nacional; supervisionar a revisão dos textos finais das proposições aprovadas terminativamente pelas Comissões, procedendo às adequações necessárias em observância aos preceitos de técnica legislativa previstos na Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998; supervisionar a elaboração dos quadros comparativos das proposições em tramitação no Senado Federal e no Congresso Nacional, em cotejo com os textos da legislação vigente, das emendas apresentadas, da redação final aprovada e dos vetos presidenciais; disponibilizar na internet, para acesso público, os textos finais revisados das proposições aprovadas terminativamente pelas Comissões e os quadros comparativos das proposições em tramitação no Senado Federal e no Congresso Nacional; e executar atividades correlatas.*” (Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/estrutur/orgaosenado?codorgao=8943>>. Acesso em: 23 jan. 2018)

¹⁰⁷ O uso de determinados termos deverá chamar a atenção sempre, de modo que aos poucos o órgão pode ir construindo um catálogo para o uso correto. Por exemplo: os termos “citação” e “intimação”, conforme o caso, em substituição de “notificação”, já que este último é atécnico; o correto uso dos termos “prescrição” e “decadência”, conforme o caso concreto; na previsão de prazos, em caso de silêncio, a especificação se é em dias corridos ou úteis (o novo CPC, por exemplo, optou por unificar a contagem em dias úteis, mas pode acontecer de o texto legal calar sobre o ponto); o estabelecimento de modalidades de indenização por parte da Administração Pública de forma “prévia” e “em dinheiro”, sem maiores especificações, o que poderia induzir a interpretações equivocadas de que o pagamento escaparia à sistemática dos “precatórios”, conforme o art. 100 da Constituição da República de 1988 (como aconteceu com a Lei n. 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária).

legislativo-parlamentar”. Trata-se de medida relativamente fácil de ser implementada, bastante um simples ajuste na estrutura organizacional ou simplesmente na divisão dos trabalhos.

Os poderes desse órgão hipotético para fazer a revisão final do texto aprovado em plenário (ou em comissão com caráter terminativo), convém enfatizar uma vez mais, não só não poderiam contradizer a vontade legislativa (por exemplo, acrescentando um “não” e invertendo uma permissão), como também estariam sujeitos ao controle do plenário, o qual através da Mesa poderia manifestar o “de acordo” com as eventuais modificações feitas *pro forma*. Assim, o plenário ratificaria outra vez as alterações do texto, não deixando escapar qualquer deformação indesejada^{108, 109}.

A equipe encarregada dessa atividade naturalmente deve ser especialista nos temas da técnica legislativa e o membro que vai atuar nesse momento final deve ser (preferencialmente) diferente do que redigiu a versão original do projeto de lei e/ou do tenha atuado por ocasião do emendamento, para dessa maneira permitir uma nova visão, em uma espécie de dupla verificação (o famoso *double check*). O proveito pode ser ainda maior se tal supervisão final for feita não só por um, mas por dois membros simultaneamente, pois se o nível de concentração de um deles oscila, o outro tende a suprir. O mesmo se aplica se tal leitura final é feita em voz alta, pois o som das palavras desperta maior atenção. É justamente esse é o atual *modus operandi* do quadro técnico encarregado dessa tarefa no Senado Federal brasileiro.

A instituição de um órgão assim também na Câmara dos Deputados brasileira, no *Congreso de los Diputados* e no *Senado* espanhóis certamente representaria uma medida positiva de acréscimo de racionalidade e não traria maiores dificuldades, sem inconvenientes insuperáveis ou dignos de nota.

¹⁰⁸ Na pior hipótese, se mesmo assim passarem erros materiais, restaria a aplicação do art. 325 do RISF: “Art. 325. Verificada a existência de erro em texto aprovado e com redação definitiva, proceder-se-á da seguinte maneira: I - tratando-se de contradição, incoerência, prejudicialidade ou equívoco que importe em alteração do sentido do projeto, ainda não remetido à sanção ou à Câmara, o Presidente encaminhará a matéria à comissão competente para que proponha o modo de corrigir o erro, sendo a proposta examinada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania antes de submetida ao Plenário; II - nas hipóteses do inciso I, quando a matéria tenha sido encaminhada à sanção ou à Câmara, o Presidente, após manifestação do Plenário, comunicará o fato ao Presidente da República ou à Câmara, remetendo novos autógrafos, se for o caso, ou solicitando a retificação do texto, mediante republicação da lei; III - tratando-se de inexatidão material, devida a lapso manifesto ou erro gráfico, cuja correção não importe em alteração do sentido da matéria, o Presidente adotará as medidas especificadas no inciso II, mediante ofício à Presidência da República ou à Câmara, dando ciência do fato, posteriormente, ao Plenário.”.

¹⁰⁹ No RICD, o art. 199 traz disposição semelhante: “Art. 199. Quando, após a aprovação de redação final, se verificar inexatidão do texto, a Mesa procederá à respectiva correção, da qual dará conhecimento ao Plenário e fará a devida comunicação ao Senado, se já lhe houver enviado o autógrafo, ou ao Presidente da República, se o projeto já tiver subido à sanção. Não havendo impugnação, considerar-se-á aceita a correção; em caso contrário, caberá a decisão ao Plenário. Parágrafo único. Quando a inexatidão, lapso ou erro manifesto do texto se verificar em autógrafo recebido do Senado, a Mesa o devolverá a este, para correção, do que dará conhecimento ao Plenário.”.

6.9. Melhoria nos serviços de documentação, publicidade e participação

Na Parte II, especificamente o capítulo 4, foi possível constatar graves problemas de documentação da discussão envolvendo a Lei Maria da Penha, especialmente no âmbito da Câmara dos Deputados, o que exigiu da pesquisa socorrer-se aos áudios gravados das sessões de deliberação nas comissões e no plenário para acessar os argumentos parlamentares. E essa parece ser apenas uma das falhas no registro de materiais relevantes, pois também é frequente a dificuldade para rastrear a origem de algumas emendas parlamentares, mas esse segundo ponto já é outro assunto.

É possível que mais dez anos atrás, quando da tramitação das discussões aqui referidas, tais medidas não fossem de implementação tão simples como são hoje. Ocorre que, especialmente agora, dado o atual estágio do desenvolvimento tecnológico, já não mais existem escusas para deixar de fazer as compilações dos materiais necessários para guardar a memória da argumentação legislativa, incluindo não somente as notas taquigráficas com a transcrição dos debates, mas também as recordações audiovisuais.

Inclusive, esse registro audiovisual já existe, pois deve-se recordar que tanto a Câmara dos Deputados, quanto o Senado Federal brasileiro dispõem de seus próprios canais de televisão (a TV Câmara e a TV Senado) e também possuem canais no *YouTube*, ambos com transmissão das sessões em tempo real (e no caso da página *YouTube*, acessíveis a qualquer momento posteriormente).

Além disso, esses materiais devem ser disponibilizados de forma fácil, acessíveis de forma já separada na página eletrônica da respectiva proposição legislativa, com alimentação tão simultânea quanto possível. Por exemplo, poderia ser compartilhado na página eletrônica um simples *hyperlink* remetendo à transmissão da sessão ao vivo no *YouTube* ou, quando já finalizada a reunião, o respectivo *hyperlink* do vídeo gravado.

As atas das sessões também deveriam ser mais facilmente acessadas. Minimamente, faz-se imperioso que sejam disponibilizadas as atas de cada projeto de lei em sua página respectiva, tal como acontece na Espanha. Atualmente, no Brasil, as páginas eletrônicas dos projetos de leis sequer são alimentadas com essas informações.

Mais uma vez vem a calhar as palavras de Ernesto Garzón Valdés:

Nada mais perigoso para a existência do Estado de Direito que a redução da publicidade das medidas governamentais, seja dificultando o acesso à informação, seja mediante a prática da

sanção de medidas secretas ou de conhecimento reservado a um grupo de iniciados, tal como sói acontecer nos regimes totalitários.¹¹⁰

Inclusive, deve-se registrar que tal uso das ferramentas tecnológicas – conhecidas pela sigla inglesa *THIC* (telecomunicações, internet, informática e computação móvel) – não é somente para conferir publicidade, tendo potencial para incrementar as práticas políticas, tornando-as mais acessíveis aos cidadãos.

A propósito do tema, registre-se que sua evolução já vem dando origem a outra disciplina – a chamada democracia virtual, *e-democracy* ou ciberdemocracia –, cujo interesse se volta de modo particular para a criação de espaços de diálogo e reflexão social, acesso e informação dos sujeitos políticos e cidadãos.

Nesse contexto, torna-se imperioso que as novas tecnologias sejam incorporadas ao universo parlamentar, especialmente no processo legislativo, e com o duplo objetivo de oportunizar as informações (acesso e catalogação) e fomentar a participação cidadã.

6.10. Aprovação de um Código de conduta dos funcionários e consultores que assessoram o processo legislativo

A questão da ética profissional já foi amplamente discutida em outros foros¹¹¹, razão porque, para o que aqui interessa, limita-se a conceituá-la como o conjunto de normas ligadas ao exercício de certos direitos e deveres profissionais específicos. A principal utilidade desse tipo de norma consiste em tornar conscientes determinadas condutas, taxando-as claramente como “imorais”, para que não sejam naturalizadas. Na pior hipótese, a mera existência de um código de ética retira a escusa de desconhecimento de que determinado comportamento era “mau” por parte de quem eventualmente o adotou.

Por ocasião em que comentava sobre a importância de um código deontológico para os juízes, Manuel Atienza fez algumas muito interessantes reflexões que certamente poderiam ser

¹¹⁰ No original: “*Nada más peligroso para la existencia del Estado de Derecho que la reducción de la publicidad de las medidas gubernamentales, sea dificultando el acceso a la información, sea mediante la práctica de la sanción de medidas secretas o de conocimiento reservado a un grupo de iniciados, tal como suele suceder en los regímenes totalitarios.*” (GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas. *Doxa*, n. 14, pp. 77-95.

¹¹¹ Para uma introdução a respeito do tema, vejam-se, por exemplo: LARIGUET, Guillermo. **Virtudes, ética profesional y derecho**: una introducción filosófica. Buenos Aires, Montevideo: Editorial B de F, 2012; AMAYA NAVARRO, María Amalia. **Virtudes judiciales y argumentación**. Una aproximación a la ética jurídica. México, DF: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009; HIERRO, Liborio. ¿Se puede pleitear? Platón, Garzón y la deontología de los abogados. *Doxa*, n. 30, 2007, pp. 123-127; SALAS, Minor E.. ¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica. *Doxa*, n. 30, 2007, pp. 581-600; ATIENZA, Manuel. Ética judicial. **Jueces para la democracia**, n. 40, 2001, pp. 17-18, entre outros.

aproveitadas para os fins desta tese¹¹². Nesse sentido, são várias as funções que podem cumprir um código deontológico: 1) proporcionar a reflexão sobre a própria prática legislativa (seus pressupostos); 2) orientar tal prática com critérios que a guiem (o ideal de excelência legislativa); 3) facilitar aos demais a crítica justificada da profissão (crítica externa).

Nesse sentido, a importância dos códigos deontológicos não deve ser desprezada, especialmente no âmbito de uma concepção do direito como prática social, e na qual o papel dos juristas deve ser destacado¹¹³. É sobretudo à luz dessa perspectiva do Direito que decorre a necessidade de “pautas para a atuação prática” em relação a cada um dos ofícios jurídicos.

Isso porque cada vez mais fica evidenciada a insuficiência do mero conhecimento das leis e da jurisprudência dos tribunais para o bom desenvolvimento de suas atividades, do que emerge o grande valor das diretrizes éticas e cultura de virtudes para os profissionais do Direito¹¹⁴.

Em se tratando dos profissionais que trabalham com a elaboração legislativa, tal preocupação não poderia ser diferente, ainda mais em razão das peculiaridades do ofício (elaboração de normas para resolver casos gerais, não particulares) e de seu contexto (a atividade política, permeada de desacordos e interesses), os quais demandam desses técnicos algumas características e habilidades que os diferenciam muito dos demais juristas.

A literatura sobre o tema dos conflitos éticos e da conduta desses profissionais que trabalham com a elaboração legislativa é escassa e predominantemente de origem anglo-saxã. Tal lacuna por parte dos estudos legislativos já tinha sido detectada por Virgilio Zapatero, por exemplo, em relação aos redatores (*draftsman*)¹¹⁵. Como muito bem retrata o autor, trata-se de um leal funcionário ao estilo weberiano, especialista em “como” fazer, enquanto os outros (os políticos) decidem “o que” fazer, ou seja, um profissional politicamente neutro, com excelente preparação técnica e com habilidade precisa para deixar de lado suas próprias preferências e ajudar o político a realizar as suas.

Ocorre que, ao mesmo tempo, continua o autor, o redator se envolve politicamente com esse projeto, na medida em que participa ativamente do esclarecimento dos objetivos das

¹¹² **Filosofía del Derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017, p. 232.

¹¹³ Para o papel destacado dos juristas, cite-se novamente: ATIENZA, Manuel. **Filosofía del Derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2018.

¹¹⁴ Nas palavras mais precisas de Josep Aguiló Regla: “*Un buen juez, un buen fiscal, un buen notario o un buen abogado no es simplemente alguien que conoce las leyes y las usa para resolver casos. La concepción del Derecho como práctica, y no sólo como reglas y procedimientos, reclama el desarrollo de una cultura de las virtudes profesionales de los juristas.*” (Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **Doxa**, n. 30, 2007, pp. 665-675, p. 675). Embora o autor não tenha citado o ofício dos assessores e consultores legislativos, é claro que esses estão incluídos. Daí a importância de desenvolver teoricamente quais são essas virtudes profissionais no âmbito legislativo.

¹¹⁵ **El arte de legislar**. Pamplona: Arazandi, 2009.

normas, avalia e seleciona os instrumentos de intervenção, escolhe o grau de vagueza da linguagem, recomenda delegações (com o que especifica o nível de discricionariedade administrativa ou judicial), bem como os mecanismos de implementação das normas. A análise do autor quanto ao ponto parece impecável.

Como já mencionado oportunamente, as reflexões de Virgilio Zapatero não chegam a alcançar especificamente o Parlamento e os seus respectivos técnicos, analistas, consultores e assessores (*letrados*), os quais estão ainda mais próximos da política do que os redatores no âmbito do Poder Executivo. Não se cuida de uma simples mudança de lado do “balcão”. Por exemplo, os assessores legislativos acabam vivenciando um contato muito maior com o público externo, já que os parlamentares são representantes do povo, ao passo que os redatores atuam mais *ad intra*.

Dentro do Poder Legislativo, os mencionados profissionais podem atuar assessorando o corpo legislativo nos plenários, mesas, comissões – e no caso espanhol ainda *ponencias*, que, como já visto, são as subcomissões encarregadas da prévia análise das emendas –, bancadas ou grupos parlamentares (lideranças ou *junta de portavoces*). O assessoramento mistura aspectos técnicos, jurídicos e políticos (como a indicação das táticas parlamentares disponíveis conforme os regimentos internos, por exemplo). É dizer, o assessor legislativo se encarrega não somente da redação, da conformidade constitucional, mas igualmente do mérito, sem contar dos encarregados da Administração parlamentar.

Dado que o assessoramento no Parlamento abrange aspectos tão diversos, desenvolvendo as linhas indicadas por Nicolás Pérez-Serrano Jáuregui¹¹⁶, alguns contornos de tal atividade, ou seja, algumas características da natureza e realidade da função seriam:

a) o assessoramento deve ser simultâneo e imediato, dadas as circunstâncias da política;

b) a função é realizada na presença de “elementos exógenos” no mínimo críticos, os quais, além de representarem uma dificuldade adicional, igualmente se convertem em uma espécie de controle *sui generis* não existente em relação aos outros ofícios de jurista. Tratam-se dos jornalistas da grande mídia credenciados junto ao Poder Legislativo. Tais repórteres que fazem a cobertura dos parlamentares, sobretudo os do plenário, e frequentemente buscam os técnicos para a confirmação de informações.

¹¹⁶ PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás. El letrado de las Cortes (Un oficio técnico de jurista cercano a la política). In: Díez-Picazo, Luis María (Coord.). **El oficio de jurista**. Madrid: Siglo XXI, 2006, pp. 103-147, p. 139.

c) embora não haja propriamente uma dependência funcional, existe hierarquia, o que cria um regime híbrido para técnicos, analistas, consultores e assessores (*letrados*);

d) considerando a diversidade de partidos políticos, exige-se uma especial neutralidade política por parte dos funcionários do Poder Legislativo, o que costuma ser algo muito difícil de compreender, sobretudo ante o público externo;

e) o espírito desses juristas especializados é de atuarem como “defensores-vigilantes da legislação”, fazendo com que as leis coincidam com os preceitos constitucionais, de modo que o assessoramento deve ser norteado preponderantemente nessa direção;

f) os valores supremos da atuação se conectam com os constitucionais de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, com base na defesa do Estado democrático de direito sobre o qual se pretende construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias;

g) justamente pelas características acima, trata-se do corpo de funcionários que, no regular desenvolvimento de suas funções, mais serve à soberania nacional e ao pluralismo político, já que trabalha de forma efetiva e simultânea para grupos ideológicos diversos.

Desses elementos ontológicos, decorreriam os seguintes deveres, entre outros:

1) Profissionalismo e responsabilidade – o funcionário deve colocar seus conhecimentos à disposição da realização das atividades nos tempos necessários para sua consecução de forma eficaz e eficiente dos seus objetivos;

2) Defesa da Constituição – no assessoramento, procurar fazer com que as leis coincidam ou estejam de acordo com a Constituição, inclusive para evitar o retrabalho de uma defesa perante o controle de constitucionalidade posterior; e

3) Prioridade dos valores constitucionais supremos acima mencionados.

O maior aprofundamento teórico é considerado necessário para desenvolver os outros deveres que comporiam esse código de ética. Trata-se de uma medida igualmente capaz de melhorar a qualidade profissional (e, conseqüentemente, racional) dos trabalhos legislativos. Trata-se de mais um passo no caminho da estruturação das carreiras dentro do Poder Legislativo. E convém dedicar algumas linhas à importância disso.

Sobretudo por ser um órgão com grandes renovações periódicas pela existência de mandato temporários dos políticos eleitos, é esse corpo técnico o responsável pela continuidade do Parlamento, por conservar a memória dos usos e práticas. O investimento no corpo técnico se faz necessário, portanto, para conferir tanto uma maior estabilidade à administração

parlamentar (serviços de informação e documentação), quanto o aperfeiçoamento do próprio Poder Legislativo e da autonomia parlamentar (melhorando o serviços e as capacidades institucionais). Os funcionários comissionados devem ser a minoria.

Para tanto, é necessário a criação de um corpo técnico permanente, de servidores públicos aprovados após concurso público rigoroso, garantindo a igualdade, a capacidade e o mérito. Necessariamente devem ser exigidos conhecimento de história das ideias e de história jurídico-política, além dos já esperados saberes jurídicos abarcando todos os ramos do Direito, teoria da legislação, metódica e técnica legislativas, entre outros conhecimentos gerais, e exercício de caráter prático consistente em apresentar e solucionar uma questão jurídico-política, do tipo das que possam surgir no dia a dia do Parlamento.

Mesmo os assessores encarregados de auxiliar os congressistas poderiam, ao menos em parte, ser selecionados por concursos. A alocação nos gabinetes poderia seguir o critério de pertinência aos distritos ou estados de origem igual à do parlamentar, o que asseguraria a familiaridade desses funcionários com o povo e as condições das regiões representadas.

Na inevitabilidade dos assessores nomeados em cargos de confiança, demissíveis *ad nutum*, de livre escolha pelos parlamentares, uma simples medida de transparência poderia incrementar o nível técnico desse corpo de profissionais. Trata-se da sugestão inspirada na de Carles Ramió¹¹⁷ no sentido de que, minimamente, sejam publicados *ex ante* os currículos dos assessores de livre nomeação, de forma a demonstrar a compatibilidade dos conhecimentos e experiência pessoais com os cargos ocupados¹¹⁸. Assim, pode-se aumentar a capacidade técnico-institucional.

Justamente por ser, entre os ofícios de juristas, o que está mais próximo à política, deve-se impor neutralidade ideológica, objetividade e imparcialidade. O código mencionado estabeleceria os deveres éticos e os limites profissionais.

A assessoria deve ser prestada a todos os grupos parlamentares de forma objetiva, imparcial e igual a todos os membros, independentemente de a qual grupo, bloco ou partido político pertençam. Isso, não para que se deixem de cumprir as instruções dos órgãos que

¹¹⁷ RAMIÓ, Carles. **La renovación de la función pública**. Madrid: Catarata, 2016.

¹¹⁸ A proposta do autor, na verdade, está voltada para o combate da corrupção, mas também serve para evitar os desvios de finalidades e incrementar os níveis técnicos. Nas palavras do próprio autor: “(...) *la propuesta consistiría en crear, en cada Administración pública de gran tamaño (para los municipios pequeños esta función la podrían asumir las diputaciones provinciales), una comisión que se encarga de los tres estadios en la vida de los cargos políticos: a) vigilancia ex ante, estudio sobre si es conveniente la entrada o no de un político para un determinado cargo en relación con su trayectoria profesional anterior que no precondicione al alto cargo en el ejercicio de sus funciones); b) vigilancia durante, dirimir problemas éticos vinculados a conflictos de intereses y actividades complementarias mientras se ocupa el cargo político en la institución (...); c) vigilancia ex post, controlar, durante unos 5 años, la compatibilidad ética y los potenciales conflictos de intereses de una vez el alto cargo deje su puesto y desee reiniciar o reinventar su carrera profesional o empresarial.*” (Idem, ibidem, p. 124).

decidem pelo Parlamento, mas sim para impedir a submissão a diretrizes que favoreçam a uma maioria determinada¹¹⁹.

É que esses funcionários são dos Paramentos, não dos partidos políticos. Dentro destes últimos, também há uma burocracia própria, ou seja, uma ordem técnica e administrativa, inclusive existem estudos próprios dando conta dessa lógica de funcionamento dessas agremiações¹²⁰. A engrenagem partidária, no entanto, não deve ser misturada com o corpo dos Paramentos.

Fica confirmada, assim, a importância de um código deontológico como aqui se propõe para a racionalização da atividade legislativa.

6.11. Regulamentação da atuação de grupos de pressão, *lobby* ou *advocacy*

Na Parte II da tese, especificamente no capítulo 4, restou evidenciada a intervenção das organizações de mulheres (o movimento feminista, se se preferir), que participou ativamente das discussões preliminares (o momento pré-legislativo) da Lei Maria da Penha – como se viu, foi um consórcio dessas entidades que elaborou o anteprojeto objeto de discussão no âmbito do Poder Executivo –, bem como da fase legislativa, agindo junto à relatora na Câmara dos Deputados para a incorporação de emendas parlamentares importantes à causa. Como também foi comentado oportunamente, tal atuação entrou para a história como um dos *cases* mais bem sucedidos da chamada *advocacy* ou *lobby* “do bem”.

O ponto chama a atenção para a necessidade de que a intervenção desses grupos de pressão se dê de maneira menos informal e opaca, pois do mesmo modo que podem existir negociações positivas (como a estudada), não se pode fechar os olhos para as situações negativas (quando a atuação “captura o legislador”, defendendo interesses indevidos, escusos, parciais, enviesados, cujos beneficiados são uma parcela reduzida da população, em detrimento do interesse geral).

Os riscos desse contato mais direto entre o “órgão legislativo” (regulador) e os interessados ou afetados pela regulação não deve servir para simplesmente descartar a prática. Desta forma, não sendo desejável acabar com a participação – pois como se acaba de ver, pode ser legítima e perseguir interesses gerais –, o caminho mais viável parece ser a regulação do

¹¹⁹ JÁUREGUI, Nicolás Pérez-Serrano. El letrado de las Cortes (Un ofício técnico de jurista cercano a la política). In: Díez-Picazo, Luis María (Coord.). **El ofício de jurista**. Madrid: Siglo XXI, 2006, pp. 103-147, p. 132.

¹²⁰ O clássico de leitura indispensável no tema é MICHELS, Robert. **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: Editora UnB, 1982. Escrito originalmente em 1914, a obra dá conta da inclinação oligárquica, em razão da propensão à concentração de poderes nas mãos dos chamados “caciques”.

lobbying, estabelecendo-se os limites e as possibilidades da influência dos diversos setores interessados na futura legislação.

Em outras palavras, o que se deve “atacar” não é o *lobbying* em si, mas o corporativismo que este pode carregar eventualmente. A maneira de combater essa grave doença que assalta a legislação em diversos momentos é argumentativamente. Somente trazendo os grupos de interessados à luz, podem ser feitas as perguntas legislativas essenciais, entre outras: 1) qual é o problema social a resolver? 2) quais são os bens jurídicos afetados? 3) a quem beneficia a solução proposta? 4) quem são os prejudicados? 5) quais são as soluções alternativas?

Trata-se de retomar a tradição procedente já de Thomas Hobbes, também bastante enfatizada por Jeremy Bentham, no sentido de que o Estado pode funcionar como meio para racionalizar interesses egoístas.

Nesse sentido, a regulamentação da atuação dos grupos de pressão em geral entra medida como racionalizadora da argumentação legislativa, na medida em que traz à consideração mais pontos de vista (interesses), reconhece a existência de interesses eventualmente conflitantes, proporcionando, dessa maneira, uma melhor ponderação legislativa. Assim, as teorias da legislação e a tomada de decisões legislativa não podem desconsiderar o fenômeno do *lobbying*, deixando-o à margem do Direito.

Especialmente no momento pré-legislativo, prever uma fase e um procedimento para a participação de setores interessados implica economia de tempo, construção de consensos, menor litigiosidade, maior qualidade substancial (de conteúdo) da norma, entre outras vantagens.

Os grandes pontos a serem observados são a exigência de total transparência e as cautelas para neutralizar os conflitos de interesses, conforme já bem observado por Pablo Salvador Coderch¹²¹.

Nos Estados Unidos, como conta em detalhes Juli Ponce Solé¹²², previamente ao início do procedimento regulatório é publicado um aviso público. Isso se dá no âmbito das agências reguladoras, dadas as já vistas peculiaridades do sistema americano, no qual esses entes gozam de grande poder normativo com força equivalente a das leis. Tal aviso inclui uma descrição do projeto, seu alcance, conteúdo, uma lista dos interesses possivelmente afetados,

¹²¹ SALVADOR CODERCH, Pablo. Técnica legislativa y teorías de la legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 201-226, p. 220.

¹²² PONCE SOLÉ, Juli. **Negociación de normas y Lobbies: por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad**. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

uma lista de pessoas propostas para representar tais interesses, uma proposta de agenda e calendário para o comitê, uma solicitação de comentários públicos (a serem feitos em sessões públicas), juntamente com outros procedimentos para que os interessados possam se fazer representar, bem como apresentar comentários e requerimentos.

Esse pareceria ser um bom caminho, já existindo no Brasil algumas tentativas de incorporar esse tipo de procedimento, como foi o caso da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, mais conhecida como o Marco Civil da Internet. Desde o momento pré-legislativo, a referida lei foi sendo construída a partir da contribuição dos diversos interessados, como dão conta diversos trabalhos narrando o êxito da experiência¹²³.

No âmbito das agências reguladoras brasileiras, igualmente já estão em prática as audiências públicas. A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL submete algumas matérias à consultas públicas prévias, nos termos do art. 19, inciso III, da Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997¹²⁴. Na Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, igualmente há a previsão de audiências públicas, nos termos do art. 4º, § 3º, da Lei n. 9.427, de 26 de dezembro de 1996¹²⁵, cuja disciplina consta da Portaria ANEEL n. 4.595, de 23 de maio de 2017, art. 1º, inciso III¹²⁶. No caso da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, por exemplo, a previsão consta do art. 27 da Lei n. 11.182, de 27 de setembro de 2005¹²⁷. A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS conta com a Resolução Normativa – RN nº 242, de 7 de dezembro de

¹²³ Por todos, confira-se: ALMEIDA, Guilherme Alberto de Almeida. Marco Civil da Internet –Antecedentes, Formulação Colaborativa e Resultados Alcançados. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). **Marco Civil da Internet: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial**. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 19-64.

¹²⁴ “Art. 19. À Agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: (...) III - elaborar e propor ao Presidente da República, por intermédio do Ministro de Estado das Comunicações, a adoção das medidas a que se referem os incisos I a IV do artigo anterior, submetendo previamente a consulta pública as relativas aos incisos I a III; (...)”. O artigo anterior referido estabelece: “Art. 18. Cabe ao Poder Executivo, observadas as disposições desta Lei, por meio de decreto: I - instituir ou eliminar a prestação de modalidade de serviço no regime público, concomitantemente ou não com sua prestação no regime privado; II - aprovar o plano geral de outorgas de serviço prestado no regime público; III - aprovar o plano geral de metas para a progressiva universalização de serviço prestado no regime público;”.

¹²⁵ “Art. 4º (...) § 3º O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.”

¹²⁶ “Art. 1º - Delegar ao titular da Superintendência de Mediação Administrativa, Ouvidoria Setorial e Participação Pública (SMA) as seguintes competências: (...) II - proceder à realização de Consultas Públicas objetivando ouvir a sociedade e colher os subsídios e informações dos agentes econômicos do setor elétrico e consumidores para implementação de suas atribuições específicas;”

¹²⁷ “Art. 27. As iniciativas ou alterações de atos normativos que afetem direitos de agentes econômicos, inclusive de trabalhadores do setor ou de usuários de serviços aéreos, serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANAC.”

2010, cujos preveem tanto a consulta pública (arts. 4º a 8º)¹²⁸, quanto as audiências públicas (arts. 9º a 16)¹²⁹. A Agência Nacional de Petróleo – ANP também conta com a figura, conforme o art. 19 da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997¹³⁰.

Na regulação de tal participação dos interessados por ocasião do procedimento de elaboração legislativa, deve-se garantir a representatividade dos interesses envolvidos, preferencialmente todos, e da forma mais igualitária possível. Além disso, reitere-se a necessidade de garantir publicidade e transparência.

¹²⁸ “Art. 4º Por deliberação da Diretoria Colegiada da ANS, as propostas de atos normativos poderão ser submetidas à consulta pública. Art. 5º A consulta pública será formalizada por meio de publicação no Diário Oficial da União – D.O.U. e divulgada no sítio da ANS na internet. § 1º A publicação de que trata o caput deverá conter: I – o período de recebimento de sugestões e contribuições; II – a forma do encaminhamento das sugestões e contribuições; e III – a indicação do link no sítio da ANS na internet onde se encontra a minuta objeto da consulta pública e os demais documentos importantes para a sua apreciação. § 2º O período de consulta pública terá início 07 (sete) dias após a publicação de que trata o caput e terá duração de, no mínimo, de 30 (trinta) dias, podendo ser prorrogado a critério da Diretoria Colegiada da ANS. Art. 6º Durante a consulta pública, ficarão disponíveis no sítio da ANS na internet: I – a exposição de motivos do ato normativo que se pretende editar; II – a proposta do ato normativo; e III – o formulário de sugestões e contribuições. Art. 7º A participação da sociedade civil e dos agentes regulados nas consultas públicas far-se-á, preferencialmente, por meio eletrônico mediante o preenchimento do formulário de sugestões e contribuições. Parágrafo único. As sugestões e contribuições também poderão ser encaminhadas à ANS por via postal para o endereço indicado na publicação da consulta pública. Art. 8º Concluído o prazo para o encaminhamento das sugestões e contribuições, a área técnica responsável pela condução do processo de elaboração do ato normativo deverá divulgar no sítio da ANS na internet um Relatório da Consulta Pública - RCP, que deverá conter, no mínimo: I – o número de sugestões e contribuições recebidas no total; II – dados estatísticos sobre as sugestões e contribuições; III – a consolidação das principais sugestões e contribuições; IV – a manifestação motivada sobre o acatamento ou a rejeição das principais sugestões e contribuições; e V – a identificação das sugestões e contribuições incorporadas à proposta do ato normativo.”

¹²⁹ “Art. 9º Por deliberação da Diretoria Colegiada, o processo decisório da ANS em matérias relevantes para o setor poderá ser precedido de realização de audiência pública para ouvir e colher subsídios da sociedade civil e dos agentes regulados. Art. 10. A elaboração de anteprojeto de lei no âmbito da ANS também será precedida de audiência pública após a realização de prévia consulta à Casa Civil da Presidência da República. Art. 11. A convocação da audiência pública será formalizada por meio de publicação no D.O.U. e divulgada no sítio da ANS na internet. Art. 12. A publicação de que trata o artigo 11 deverá conter: I – a data e local da realização da audiência pública; II – a matéria objeto da audiência pública; III – o endereço eletrônico para requerimento dos interessados em participar da audiência pública; e IV – a indicação do link no sítio da ANS na internet onde será divulgada a audiência pública. Parágrafo único. No momento da inscrição, o interessado deverá apresentar os pontos a defender e indicar, quando for o caso, sua representatividade. Art. 13. Na hipótese de ocorrência de grande número de requerimentos de inscrição, e objetivando garantir a participação igualitária dos interessados, a ANS poderá ampliar os dias de realização da audiência pública. Art. 14. Quaisquer documentos referentes à audiência pública poderão ser encaminhados para o endereço eletrônico fornecido pela ANS. Art. 15. Quando a audiência pública for realizada em ambiente virtual, qualquer interessado poderá ter acesso à sua transmissão pela internet, sem limite de vagas e independente de prévia inscrição. Art. 16. Após a realização de todas as etapas da audiência pública, a área técnica responsável pela condução do processo deverá divulgar no sítio da ANS na internet um Relatório da Audiência Pública - RAP, que deverá conter, no mínimo: I – a ata da audiência pública e seus respectivos anexos; II – a consolidação das principais sugestões e contribuições dos participantes; III – dados estatísticos relativos à participação na audiência pública; IV – a manifestação motivada sobre o acatamento ou a rejeição das principais sugestões e contribuições; e V – a identificação das sugestões e contribuições incorporadas ao processo decisório da ANS.”

¹³⁰ “Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços das indústrias de petróleo, de gás natural ou de biocombustíveis serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP. (Redação dada pela Lei n. 12490, de 2011) Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.”

Diante desse cenário de “mediação” de diversos interesses, com pretensões de imparcialidade e neutralidade do mediador, Juli Ponce Solé, seguindo a literatura internacional, refere-se a essa atividade como “negociação de normas” (ou negociação legislativa), sugerindo princípios para o respectivo desenvolvimento¹³¹.

Além de disciplinar o recebimento de informações e *inputs*, essa seria a maneira de disciplinar o *lobbying* ou a atuação dos grupos de pressão. Como se vê, não é necessária uma regulação muito detalhada, tampouco deve ter prevista sua observância obrigatória em todos os casos, sobretudo para não provocar o engessamento dos procedimentos. Trata-se mais de uma formalização (não demasiada, mas na justa medida) de aspectos organizacionais para a colheita desses aspectos negociadores para a tomada da decisão legislativa.

6.12. Criação de um órgão de avaliação das leis

Na Parte I da tese, viu-se com recorrência a proposta de criação de uma agência governamental encarregada da avaliação das políticas legislativas. Por exemplo, tanto Virgilio Zapatero, na Espanha, quanto Felipe de Paula, no Brasil, enfatizaram a importância que tal ente pode ter para subsidiar a Administração Pública com informações. Assim, a presente tese também se alinha à proposta no sentido de que seja criado um órgão de avaliação das leis.

Dadas as condições de estrutura e a realidade brasileira, acredita-se que o Senado Federal seria onde melhor estaria tal estrutura. Inclusive, essa Casa Legislativa é justamente a que tem a obrigação avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios, nos termos do art. 52, inciso XV, da Constituição de 1988, inserido pela EC n. 42, de 19.12.2003.

¹³¹ Cita, por exemplo: a) o princípio da legalidade, pelo qual a negociação deveria respeitar, em todo caso, o ordenamento jurídico vigente (nenhum acordo poderia ser contrário ao ordenamento); b) princípio da cobertura financeira, como limite infranqueável (nenhum acordo pode contrariar as previsões orçamentárias); c) princípio da negociação facultativa e voluntária, ou seja, a Administração deve permanecer com discricionariedade para, tendo em vista as circunstâncias concretas, decidir submeter o regulamento ao procedimento de “negociação”; d) princípio da boa fé negocial, segundo o qual a Administração estaria obrigada a negociar diligentemente e com a melhor predisposição a escutar atentamente as propostas formuladas e considerá-las com o devido cuidado; e) princípios de publicidade, transparência e confidencialidade, impedindo a realização de acordos de forma secreta ou reservada; f) princípio de representatividade dos interesses presentes na negociação, garantindo a igualdade participativa com vistas a alcançar a objetividade da Administração e a boa governança; g) princípio da ilegalidade das negociações opacas e da invalidez das decisões adotadas com essas circunstâncias; h) princípio de imparcialidade e neutralidade do mediador. Para mais detalhes, confira-se PONDE SOLÉ, Juli. **Negociación de normas y Lobbies**: por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 124-132.

Essa criação, obviamente, se daria sem prejuízo da existência de órgãos semelhantes de forma autônoma ou dentro do Poder Executivo, suportados pela estrutura de algum ministério, por exemplo. Outra possibilidade é que tal atribuição seja incorporada pelo já comentado Projeto Pensando o Direito, de iniciativa da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça¹³². Como se expôs, o projeto foi criado em 2007 para promover a democratização do processo de elaboração legislativa no Brasil, notadamente através da contratação de equipes de pesquisas, que apresentam seus projetos aos editais de chamamento público. Em regra, são priorizadas os projetos de pesquisa aplicada, de caráter empírico¹³³.

Subjaz à presente proposta que a atividade legislativa não termina com a publicação da lei no diário oficial e, como já visto, a lógica de avaliar a eficácia, efetividade e eficiência das leis faz parte do que se vem alçando a um verdadeiro dever pós-legislativo dos legisladores. Trata-se, assim, de dar continuidade ao ciclo legislativo, para o que é necessário subsidiar o Poder Legislativo com as informações relevantes para que se procedam os devidos ajustes nas leis, o que é necessário para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico.

Entre outras atribuições, esse órgão estaria encarregado de fazer estudos sociológicos sobre a incidência empírica das leis; detectar o surgimento de novas circunstâncias que não foram consideradas pelos legisladores no momento da elaboração legislativa; acompanhar as decisões do Poder Judiciário, levantando quais são os problemas de aplicação e o respectivo raciocínio judicial que vem sendo empregado na solução das controvérsias judiciais; e elaborar relatórios periódicos, a serem distribuídos junto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, contendo tais informações estratégicas quanto a temas considerados prioritários na agenda do governo.

6.13. Resgate do papel do Senado como casa revisora

Em seu célebre livro *História*, Heródoto narra que os persas somente levavam adiante uma decisão se os planos sobrevivessem aos efeitos do álcool. Se durante a deliberação estavam bêbados, esperava-se o fim da ressaca para sacramentá-la. Ao contrário, se a decisão havia sido tomada enquanto estavam sóbrios, tratava-se de verificar “o parecer” mais uma vez em estado de embriaguez¹³⁴.

¹³² Mais detalhes podem ser encontrados em: <<http://pensando.mj.gov.br/o-que-e/>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

¹³³ A lista das pesquisas já realizadas pode ser encontrada em: <<http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

¹³⁴ O trecho está no parágrafo CXXXIII do Livro I (Clio) de *História*: “CXXXIII — Sentem-se os Persas no dever de festejar seu aniversário de nascimento, mais do que qualquer outra data, pondo nesse dia as melhores iguarias à

Esse duplo momento de deliberação inspirou diversos procedimentos em busca de “moderação”, sendo os maiores exemplos dessa natureza chamadas as “cláusulas de resfriamento”, como a exigência de turnos de votação (e interstícios) para as emendas à Constituição¹³⁵. Do que se trata é inserir uma “pausa” (para cujos efeitos também valeria o de “repartir” a decisão entre dois grupos de pessoas).

Dentro dessa lógica, a própria adoção de um sistema bicameral representa a opção por essa técnica de racionalização dentro do Poder Legislativo, colocando-se o Senado como uma “Casa Revisora”, com o propósito de analisar a viabilidade de uma decisão, com uma dupla vantagem: 1) sem os estados alterados de consciência, e 2) à luz de uma nova sabedoria.

Nos sistemas bicamerais – como são tanto a Espanha, quanto o Brasil – o Senado funciona como representante territorial (no caso espanhol) e da federação (no caso brasileiro). A ideia é que o Senado também introduza uma contrabalança regional na proporcionalidade, evitando que os interesses das unidades menos populosas sejam sub-representados – no caso do Brasil, favorecendo as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, com Estados menos densos demograficamente. Além disso, cumpre a função de garante das competências territoriais, impedindo eventual supressão por parte do poder central¹³⁶.

Essa dupla vertente territorial, inclusive, é uma das principais razões de ser do bicameralismo, justificando, portanto, a existência do Senado, que representa os eleitores a partir de uma perspectiva diferente¹³⁷. Ou seja, sua relevância não decorre apenas da função de “segunda leitura”. Com isso, afastam-se as argumentações que pregam a supressão do Senado^{138, 139, 140}.

mesa. (...) Têm o hábito de deliberar sobre os negócios mais sérios depois de beberem muito; mas no dia seguinte, o dono da casa onde estiveram reunidos traz novamente à baila a questão, antes de começarem a beber de novo. Se aprovam, ela passa; se não, abandonam o assunto. Às vezes, entretanto, dá-se o contrário: o que decidiram antes de beber passam a discutir novamente durante a embriaguez.” (HERÓDOTO. **História**. iBooks: Ed. eBooksBrasil, 2006, pp. 179-180). O livro também tem versão *online* disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/historia/herodoto.html#1>>. Acesso em: 12 de fev. 2018.

¹³⁵ “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.”.

¹³⁶ Esse caráter territorial pode se apresentar mais acentuado em alguns sistemas do que em outros, como é o caso do modelo alemão. O *Bundesrat*, o Senado alemão, tem seus membros escolhidos pelas próprias assembleias estaduais (dos *Länders*), a quem também prestam contas. No *Bundesrat*, tampouco há organização de grupos partidários, de modo que as votações são encaminhadas de acordo com os estados de origem, cuja delegação apresenta um voto único, mas com peso ponderado conforme o número da população. Esse modelo representa um grande diferencial, especialmente quanto à legislação de interesse dos *Länders*. Características parecidas são encontradas também na África do Sul.

¹³⁷ Para uma evolução histórica e em perspectiva comparada do tema, confira-se: BLANCO VALDÉS, Roberto L. El mito político de los senados territoriales. In: CARBONELL, Miguel; FIX FIERRO, Héctor; VALADÉS, Diego (Coords.). **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria**. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, t. IV, v. 1. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 297-325.

¹³⁸ Esse é um assunto intensamente debatido na literatura espanhola. Uma não desprezível corrente é defensora dessa proposta. Por todos, confirmam-se: GARRIDO LÓPEZ, Carlos; SÁENZ ROYO, Eva. En serio, suprimamos

el Senado. **El país**, 21/04/2014. Disponível em: <https://elpais.com/elpais/2014/04/14/opinion/1397488689_758485.html>. Acesso em: 15 nov. 2017.; _____. Razones para plantear la supresión del Senado. **Cuadernos Manuel Gimenez Abad**, n. 7, 2014, pp. 57-69; SÁENZ ROYO, Eva. Parlamento, partidos y Estado autonómico: sobre la conveniencia de suprimir el Senado. **Revista de Derecho Político**, n. 85, 2012, pp. 171-194. São três os principais argumentos usados, tendo em conta o modelo espanhol: 1) a falta de capacidade do Senado para introduzir emendas e vetos definitivos (dados os poderes do *Congreso de los Diputados* para derrubá-los); 2) o controle pelos partidos políticos, cujas instruções transmitidas através dos grupos parlamentares são obedecidas disciplinadamente, tal como ocorre no *Congreso de los Diputados*; e 3) a fraca representação territorial, pois seriam limitados os poderes conferidos ao Senado. Isso caracterizaria o sistema espanhol como monocameral de fato. No Brasil, entretanto, tais argumentos não seriam aplicáveis, dadas as demais competências do Senado brasileiro, especialmente não relacionadas com o procedimento de elaboração das leis propriamente dito, conforme o art. 52 da Constituição de 1988 (“*Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela EC nº 23, de 02/09/99) II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela EC nº 45, de 2004) III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição; b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República; c) Governador de Território; d) Presidente e diretores do banco central; e) Procurador-Geral da República; f) titulares de outros cargos que a lei determinar; IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente; V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal; VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno; IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato; XII - elaborar seu regimento interno; XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela EC nº 19, de 1998) XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII. XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela EC nº 42, de 19.12.2003) Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.”).*

¹³⁹ Ainda no que diz respeito à discussão espanhola sobre o Senado, a outra linha argumentativa também reconhece a existência de um desajuste orgânico e funcional no sistema espanhol, mas prega a reforma dessa Casa Legislativa para efetivamente convertê-la em instrumento de participação das entidades territoriais no seio da formação da vontade legislativa estatal, bem como para institucionalizá-la como foro de mediação e negociação permanente dos interesses territoriais. Seguindo essa linha, citem-se, entre outros: AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. Estado autonómico y reforma federal. Madrid: Alianza Editorial, 2014; _____. La reforma constitucional del Senado: hacia una cámara autonómica designada por los gobiernos. In: RUBIO LLORENTE, Francisco; ÁLVAREZ JUNCO, José (Eds.). **El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional**: texto del informe y debates académicos. Madrid: Árbol académico, 2006, pp. 709-731; _____. Principales líneas de la reforma constitucional del Senado. **Autonomies: revista catalana de dret públic**, n. 20, 1995, pp. 61-78; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. La reforma constitucional del Senado. *Corts*: Anuario de derecho parlamentario, n. 28, 2015, pp. 19-41; _____. Las funciones de un futuro Senado: cuestiones resueltas en el Informe del Consejo de Estado. **Revista española de derecho constitucional**, a. 29, n. 87, 2009, pp. 157-182; _____. A vueltas con la reforma constitucional del Senado: de las opciones a las decisiones. **Teoría y realidad constitucional**, n. 17, 2006, pp. 195-222.

¹⁴⁰ Montesquieu, por exemplo, defendia a necessidade do bicameralismo, mas já sob outra perspectiva, afirmando o seguinte: “*Sempre há, em um Estado, indivíduos que se distinguem pelo nascimento, pelas riquezas, ou pelas*

Tal como a lógica do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) traz implícita uma dinâmica de moderação, pode-se dizer que o Senado cumpre uma função moderadora dentro do próprio Poder Legislativo. Por essa razão, aqui se aposta no resgate do papel do Senado como casa revisora como uma das medidas tendentes à maior racionalização das atividades legislativas.

A grande questão reside em dotar o Senado de poderes constitucionais para que exerça tal função e, além disso, de garantir as condições para que efetivamente possa desempenhar tal função moderadora, sob pena de uma existência lânguida. O Senado não deve se prestar a simplesmente convalidar as decisões da Câmara dos Deputados (ou do *Congreso de los Diputados* espanhol), simplesmente fazendo um “retrabalho”. A rigor, deve atuar como uma esfera legislativa experiente, sábia, detentora de maior capital político e conhecimento legislativo (dada maior estabilidade dos mandatos, no caso brasileiro), barrando ou dificultando produções irresponsáveis ou precipitadas.

Uma das variáveis que explica a força dessa Casa Legislativa é o sistema de governo. Se nos sistemas parlamentaristas o Senado tem menos força, nos sistemas presidencialistas essa Casa detém amplos poderes, um papel muito mais forte. Tanto na Espanha, quanto no Brasil, a existência de iniciativa legislativa por parte das duas casas é um indicativo de prestígio. Nada obstante, cada ordenamento tem sua própria disciplina^{141, 142}. A forma do Estado, se unitário ou descentralizado, não parece ter relevância¹⁴³.

honras; mas, se eles se confundissem com o povo e só tivessem direito a um voto, como os outros, a liberdade comum seria sua própria escravidão, e eles não teriam nenhum interesse em defendê-la, já que a maioria das resoluções seriam contrárias a eles. Sua participação na legislação, portanto, deve ser proporcional às outras vantagens que possuem no Estado; e é o que ocorrerá se eles formarem um corpo que tenha o direito de impedir os empreendimentos do povo, tal como o povo tem o direito de impedir os deles. Dessa forma, o poder legislativo será confiado tanto ao corpo dos nobres quanto ao corpo que for escolhido para representar o povo, cada qual com as suas assembleias e deliberações à parte, e objetivos e interesses separados.” (Do espírito das leis. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 169)

¹⁴¹ Eis o conteúdo do art. 69 da Constituição da Espanha: “**Artículo 69.** 1. El Senado es la Cámara de representación territorial. 2. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica. 3. En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores –Gran Canaria, Mallorca y Tenerife– y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma. 4. Las poblaciones de Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores. 5. Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional. 6. El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.”

¹⁴² A Constituição brasileira estabelece o seguinte: “Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário. § 1º Cada Estado e o Distrito Federal elegerão três Senadores, com mandato de oito anos. § 2º A representação de cada Estado e do Distrito Federal

Tradicionalmente, costuma-se referir ao Senado como Segunda Câmara, Câmara Alta, Casa Legislativa Forte. Nada obstante, uma vasta literatura não faz jus ao seu peso institucional, inclusive do ponto de vista empírico, para analisar o tipo de argumentação produzida nessa instância para saber se difere muito ou não das aporções no âmbito da Câmara dos Deputados. Esse contexto conduz à necessidade de que mais estudos sejam feitos em prol de dotar o Senado de mais funcionalidade e capacidade de atuação.

O resgate do papel do Senado como casa revisora, no caso brasileiro, passaria por acabar com acordos políticos de ocasião pelos quais essa Câmara Alta abre mão de seus poderes legislativos por força de acordos firmados com o Presidente da República¹⁴⁴.

Sobre o ponto, registre-se que a dinâmica das medidas provisórias definitivamente não vem favorecendo ao exercício das capacidades argumentativas por parte do Senado Federal. Com frequência, o projeto de lei de conversão votado pela Câmara dos Deputados chega faltando poucos dias para a medida provisória caducar, o que limita e por vezes até mesmo impede o emendamento pelo Senado, dada a falta de tempo hábil para que a Câmara dos Deputados volte a apreciar as emendas senatoriais.

6.14. Instituição de Escola de formação política e retórica e de estudos em teoria da legislação

será renovada de quatro em quatro anos, alternadamente, por um e dois terços. § 3º Cada Senador será eleito com dois suplentes.”.

¹⁴³ No mesmo sentido opina PUNSET, Ramón. Razón e identidad del Senado. **Revista española de derecho constitucional**, a. 24, nº 70, 2004, pp. 27-42.

¹⁴⁴ Somente para ilustrar um recente episódio desse tipo de acordo, mencione-se o caso da última reforma trabalhista, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e as outras leis que menciona, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Quando o projeto de lei (PL n. 6.787, de 2016, proposto pelo Poder Executivo, e substancialmente alterado pela Câmara dos Deputados) chegou ao Senado Federal (recebendo o n. 38, de 2017), vários parlamentares haviam mostrado insatisfação para com os termos da matéria aprovada pela Câmara dos Deputados. O governo tinha pressa e não queria que o projeto de lei voltasse para a Câmara dos Deputados. Assim, para garantir a aprovação do texto tal como estava, o Presidente Michel Temer firmou com os senadores insatisfeitos, e especialmente com o relator da matéria, o compromisso de editar uma medida provisória “corrigindo” os pontos de desacordo. Tal providência que “ajustaria” a reforma trabalhista veio com a edição da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, a qual, entretanto, acabou caducando, pois em 23 de abril de 2018 a medida perdeu a vigência sem que tivesse sido convertida em lei. Tal desfecho só comprova os efeitos maléficis desse tipo de acordo pelo qual o Poder Legislativo abre mão de suas competências legislativas. O tema também foi amplamente noticiado pela imprensa: LIS, Laís. Temer sanciona texto da reforma trabalhista em cerimônia no Planalto. Modificações na CLT foram aprovadas pelo Senado na última terça (11) em uma sessão tumultuada. Governo prometeu alterar pontos da reforma por meio de medida provisória. **G1**, 13/07/2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/temer-sanciona-texto-da-reforma-trabalhista-em-solenidade-no-planalto.ghtml>>. Acesso em: 04 fev. 2018; REDAÇÃO RBA. Senado aprova o projeto de reforma trabalhista, sem alterações. **Rede Brasil Atual**, 11/07/2017. Disponível: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2017/07/senado-aprova-o-projeto-de-reforma-trabalhista-sem-altera-coes>>. Acesso em: 04 fev. 2018.

Parte dos problemas da argumentação legislativa e da pecha de que os parlamentares argumentam mal (por ocasião do processo de elaboração das leis) está relacionada ao fato de que houve uma mudança na classe dos políticos ou, se se preferir, vem diminuindo o número de políticos profissionais e aumentando a quantidade de parlamentares oriundos de outros segmentos, como o ramo empresarial, dos esportes, da mídia e até mesmo do circo. Como exemplos, basta lembrar nomes como Bebeto e Romário (ex-jogadores de futebol da seleção brasileira), Jean Wyllys (ex-participante do programa de televisão Big Brother Brasil) e o palhaço Tiririca¹⁴⁵, eleitos deputados federais (e Romário agora é senador).

De alguma maneira, essa mudança do perfil dos parlamentares faz com que igualmente se mude a natureza das intervenções nas comissões e no plenário. Não se trata de criticar o fenômeno – que parece não se dar apenas no Brasil, sendo comum também em outras democracias com partidos de massas –, até porque parece se cuidar de um contexto irreversível. Tampouco se pretende aqui defender a existência, formação ou perpetuação de oligarquias políticas.

O ponto aqui se centra, não nas trajetórias prévias dos parlamentares eleitos, mas na gravidade que representa a perda da tradição da oratória e retórica, que tradicionalmente fazia parte da educação liberal dos homens (cidadãos) desde a Antiguidade. Além disso, a questão reside no seguinte paradoxo: enquanto se exige dos juízes uma longa preparação para a aprovação em concursos (nos tribunais superiores é verdade que isso fica relativizado, mas não retira a validade das especiais condições de trabalho), no Parlamento, para se tornar legislador, basta haver ganhado as eleições.

Jeremy Waldron também já havia chamado a atenção para esse ponto:

A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma assembléia – os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes). Os juízes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número – talvez até centenas de vezes maior. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador nato. E há tantos deles que não conseguimos nos ouvir pensar. Como isso pode ser uma maneira dignificada de fazer ou modificar o Direito?¹⁴⁶

¹⁴⁵ ALMEIDA, Bernardo Barbosa de. Romário, Bebeto e ex-BBB são eleitos no Rio de Janeiro. **Estadão**, 03/10/2010. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,romario-bebeto-e-ex-bbb-sao-eleitos-no-rio-de-janeiro,619700>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

¹⁴⁶ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Nesse contexto, o que se pode tentar fazer é resgatar o papel da formação política dos parlamentares eleitos, seja por intermédio de uma Escola de formação política e retórica ou ao menos cursos para os parlamentares recém-eleitos poderem se familiarizar minimamente com as rotinas legislativas.

Tal proposta de capacitação institucional para o melhor exercício do mandato parte da premissa óbvia de que, por mais que existam contextos favoráveis, que haja a influência do desenho das instituições, dos procedimentos, etc., a verdadeira capacidade argumentativa depende mesmo é do material humano. São as qualidades pessoais dos argumentadores o mais determinante para incrementar a racionalidade da argumentação ou para que se instaure um bom debate. Isso, não só no âmbito do Poder Legislativo, mas em relação a todas as práticas argumentativas em geral.

A educação cidadã e parlamentar, portanto, com a formação de agentes políticos capazes de detectar as falácias e os maus argumentos, seria a proposta mais importante. Nada obstante, deve-se reconhecer que igualmente será a mais difícil de ser concretizada.

6.15. Programação e maior previsibilidade dos trabalhos, com a publicação das agendas diária, semanal, mensal e anual, com a maior antecedência possível

O planejamento das pautas de discussões, com o estabelecimento de calendários é uma das medidas que mais poderá contribuir para a racionalização da atividade legislativa. Tal programação, além de organizar, proporciona mais previsibilidade e transparência dos trabalhos; garante os tempos necessários para reflexão, na linha já comentada quanto à necessidade de cláusulas de resfriamento, o que também contribui para o caráter dialético dos procedimentos. Com mais tempo, amplia-se a capacidade informacional do parlamentar.

Naturalmente, isso se daria sem prejuízo das necessárias exceções a respeito de temas cuja urgência sobrevenha, pois, além de imprevisíveis, demandam soluções mais rápidas. Outra ponderação a ser feita tem a ver com a dinâmica da política, já que as “prioridades” nesse campo costumam se alterar a todo momento. Daí a metáfora das “janelas de oportunidade” explicada por John M. Kingdon¹⁴⁷. Esses dois pontos precisam ser considerados quando da adoção de um sistema de programação, que deve ter a suficiente flexibilidade.

A importância de uma agenda dessa ordem também foi reconhecida por Virgilio Zapatero, como estudado na Parte I, que teceu algumas considerações quanto ao tema no capítulo segundo (*La programación normativa: calendarios y agendas*) de sua memória de

¹⁴⁷ KINGDON, John W. *Agendas, alternatives, and public policies*. Harper Collins: Pearson, 1997.

cátedra¹⁴⁸. Nessa oportunidade, viu-se que o autor considerou que o melhor modelo era o alemão, com as programações de curto (ordem do dia), médio (a cada semestre) e longo prazo (início de cada legislatura). O modelo inglês, ainda mais formal, pareceria demasiado engessado, tamanha a antecedência com que o calendário é estabelecido.

O tema da programação, a despeito de sua importância, parece não receber o tratamento devido no dia a dia das atividades parlamentares, especialmente no caso brasileiro. Com frequência, temas são incluídos na ordem do próprio dia em que serão discutidos no plenário, independentemente de quaisquer previsões. Isso costuma acontecer nada obstante as disposições regimentais que supostamente exigiriam mais antecedência¹⁴⁹.

Problema separado quanto a essa questão diz respeito à competência para definir esse cronograma. No desenho atual do Parlamento brasileiro, cabe exclusivamente ao Presidente de cada Casa Legislativa decidir quais e quando as matérias serão objeto de discussão e votação. Ou seja, são os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal que elaboram a agenda.

A oitiva prévia do Colégio de Líderes – que em princípio consta como obrigatória no RICD, art. 17, inciso I, alínea o¹⁵⁰, no RISF, não há semelhante referência¹⁵¹, embora alguns

¹⁴⁸ ZAPATERO, Virgilio. *Teoría de la legislación*. Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Almería, 1996.

¹⁴⁹ O parágrafo único do art. 167 do RISF, por exemplo, exige dez dias de antecedência. Eis o dispositivo: “Art. 167. Ao ser designada a Ordem do Dia, qualquer Senador poderá sugerir ao Presidente a inclusão de matérias em condições de nela figurar (art. 171). Parágrafo único. Nenhuma matéria poderá ser incluída em Ordem do Dia sem que tenha sido efetivamente publicada no Diário do Senado Federal e em avulso eletrônico, no mínimo, com dez dias de antecedência.”

¹⁵⁰ RICD: “Art. 17. São atribuições do Presidente, além das que estão expressas neste Regimento, ou decorram da natureza de suas funções e prerrogativas: I - quanto às sessões da Câmara: (...) o) anunciar a Ordem do Dia e o número de Deputados presentes em Plenário; (...) q) submeter a discussão e votação a matéria a isso destinada, bem como estabelecer o ponto da questão que será objeto da votação; r) anunciar o resultado da votação e declarar a prejudicialidade; s) organizar, ouvido o Colégio de Líderes, a agenda com a previsão das proposições a serem apreciadas no mês subsequente, para distribuição aos Deputados; t) designar a Ordem do Dia das sessões, na conformidade da agenda mensal, ressalvadas as alterações permitidas por este Regimento; (...)”

¹⁵¹ RISF: “Art. 48. Ao Presidente compete: (...) VI - designar a Ordem do Dia das sessões deliberativas e retirar matéria da pauta para cumprimento de despacho, correção de erro ou omissão no avulso eletrônico e para sanar falhas da instrução; (...)”; “Art. 163. As matérias serão incluídas em Ordem do Dia, a juízo do Presidente, segundo sua antiguidade e importância, observada a seguinte sequência: I - medida provisória, a partir do 46º (quadragésimo sexto) dia de sua vigência (Const., art. 62, § 6º); II - matéria urgente de iniciativa do Presidente da República, com prazo de tramitação esgotado (Const., art. 64, § 2º); III - matéria em regime de urgência do art. 336, I; IV - matéria preferencial constante do art. 172, II, segundo os prazos ali previstos; V - matéria em regime de urgência do art. 336, II; VI - matéria em regime de urgência do art. 336, III; VII - matéria em tramitação normal. § 1º Nos grupos constantes dos incisos I a VII do caput, terão precedência: I - as matérias de votação em curso sobre as de votação não iniciada; II - as de votação sobre as de discussão em curso; III - as de discussão em curso sobre as de discussão não iniciada. § 2º Nos grupos das matérias em regime de urgência, obedecido o disposto no § 1º, a precedência será definida pela maior antiguidade da urgência. § 3º Nos grupos dos incisos IV e VII do caput, obedecido o disposto no § 1º, observar-se-á a seguinte sequência: I - as redações finais: a) de proposições da Câmara; b) de proposições do Senado; II - as proposições da Câmara: a) as em turno suplementar; b) as em turno único; c) as em segundo turno; d) as em primeiro turno; III - as proposições do Senado: a) as em turno suplementar; b) as em turno único; c) as em segundo turno; d) as em primeiro turno. § 4º Na sequência constante do § 3º, serão observadas as seguintes normas: I - nas proposições da Câmara, os

presidentes reproduzam o modelo da Câmara – é rotina que varia muito segundo quem seja o Presidente (uns adotam, outros, não).

Com isso, parece desnecessário comentar que existe uma grande concentração de poder nas mãos do Presidente e do Colégio de Líderes, quando este vem a ser usado. Ainda assim, parece convir manter o funcionamento desse último colegiado, de acordo com Juliana Baldoni Figueiredo¹⁵².

Nesse sentido, são precisas as palavras de Nelson Jobim:

Um problema grave é o da fixação da Ordem do Dia. Quem fixa a Ordem do Dia é quem tem o poder, ou seja, a Câmara e os órgãos legislativos se manifestam pela aprovação de temas, sejam projetos de lei, sejam leis complementares, resoluções, decretos legislativos, seja, inclusive, decisões sobre matérias específicas, mas a decisão final é da Presidência da Câmara. (...)

O deputado não tem ciência da matéria a ser votada porque fica sabendo só na última hora e no último momento que ela está em plenário. E a matéria só vai para a pauta depois de os líderes terem acordado. Porque os líderes não querem se expor, porque ao não acordarem (*sic*) uma matéria estarão sujeitos a ter que estar (*sic*) de comando na bancada, a mostrar que têm os votos que nominalmente dizem que têm, que é o número da bancada.

Uma das reformas regimentais fundamentais para fazer com que o processo decisório se abra seria estabelecer pautas de matérias, anunciar previamente uma organização mensal da pauta. E neste regimento eu tentei fazer isso, mas foi destruído na sua operacionalidade. Faz-se uma pauta de trinta dias, depois organiza-se um cronograma de votações e decisões das comissões e do plenário e divulga-se isso para que todo parlamentar possa ter a participação efetiva no processo decisório. Mas isso não interessa nem à liderança nem à presidência da Câmara.

O controle da Ordem do Dia, que é o controle do parlamento, está nas mãos do presidente com os líderes da maioria, não com todos os líderes. E eles decidam o que e quando vai ser votado. Diversas vezes as matérias eram postas em votação em função da viagem de um parlamentar que interessava estar naquele momento votando, porque ele tinha condições de fazer um discurso e virar o plenário. Decobria-se a data em que esse parlamentar estaria viajando para o exterior e colocava-se a matéria em votação.¹⁵³

A proposta de racionalização, portanto, passaria por definir, minimamente uma programação normativa, com a delimitação dos temas mais importantes, com o respectivo

projetos de lei precederão os de decreto legislativo; II - nas proposições do Senado, a ordem de classificação será: a) projetos de lei; b) projetos de decreto legislativo; c) projetos de resolução; d) pareceres; e) requerimentos. § 5º Obedecido o disposto nos §§ 1º, 3º e 4º, a precedência será definida pela maior antiguidade no Senado. § 6º Os projetos de código serão incluídos com exclusividade em Ordem do Dia.”; “Art. 170. A Ordem do Dia será anunciada ao término da sessão anterior, publicada no Diário do Senado Federal e em avulso eletrônico antes de iniciar-se a sessão respectiva. § 1º Não será designada Ordem do Dia para a primeira sessão de cada sessão legislativa. § 2º No avulso eletrônico da Ordem do Dia deverá constar: I - os projetos em fase de recebimento de emendas perante a Mesa ou comissão; II - os projetos em fase de apresentação do recurso a que se refere o art. 91, § 4º; III - as proposições que deverão figurar em Ordem do Dia nas três sessões deliberativas ordinárias seguintes. § 3º Nos dados referidos no § 2º, haverá indicação expressa dos prazos, número de dias transcorridos e, no caso do inciso I, da comissão que deverá receber as emendas.”.

¹⁵² FIGUEIREDO, Juliana Baldoni. **O colégio de líderes: surgimento e evolução**. Monografia (especialização) – Curso de Processo Legislativo, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2011.

¹⁵³ JOBIM, Nelson. O Colégio de Líderes e a Câmara dos Deputados. In: **O Desafio do Congresso Nacional: Mudanças Internas e Fortalecimento Institucional**. São Paulo, Cadernos de Pesquisa Cebrap, nº 3, 1994, pp. 37-59, pp. 45-47.

calendário. A obrigatoriedade da medida poderia ser prevista pelos regimentos internos e a publicidade respectiva viria da disponibilização dos cronogramas na *internet*.

6.16. Diretrizes esquematizadas

	Diretrizes	Providências, procedimentos e práticas para adoção
1.	Introdução das exposições de motivos e preâmbulos nas leis.	Alteração da LC n. 95/98 para instituir a obrigatoriedade dessas peças e modificação dos manuais de redação parlamentar, com orientações para sua confecção.
2.	Estabelecimento de prazos para a tramitação legislativa (no Senado).	Aprovação de emenda constitucional fixando o prazo.
3.	Tramitação por apenas uma comissão, redução da quantidade de comissões e aperfeiçoamento dos trabalhos e discussões nesse âmbito.	Modificação dos regimentos internos prevendo a nova sistemática.
4.	Pertinência temática dos debates e emendas parlamentares.	Modificação dos regimentos internos prevendo a nova sistemática para os debates e Alteração da LC n. 95/98 para restringir as emendas.
5.	Aproximação ao Modelo de Debate Parlamentar Britânico.	Modificação dos regimentos internos prevendo a nova sistemática.
6.	Restrição do voto de liderança e disciplina de voto.	Modificação dos regimentos internos prevendo a nova sistemática.
7.	Fim das leis banais (sobre efemérides, datas comemorativas, modificações de nomes de rodovias e/ou viadutos e aeroportos e em memória a pessoas, etc.).	Aprovação de emenda constitucional proibindo o tratamento da temática via lei e modificação dos regimentos internos para conferir poder de arquivamento para esse tipo de proposição.
8.	Instituição de um órgão encarregado da revisão final do texto aprovado.	Modificação dos regimentos internos prevendo a nova sistemática ou simples organização interna dos trabalhos.
9.	Melhoria nos serviços de documentação, publicidade e participação.	Integração das ferramentas de tecnologia da informação nas páginas dos projetos de lei na <i>internet</i> . Desenvolvimento de uma política de acessibilidade, informação e transparência.
10.	Aprovação de um Código de conduta dos funcionários e consultores que assessoram o processo legislativo.	Aprovação de resolução junto à respectiva Casa Legislativa.
11.	Regulamentação da atuação de grupos de pressão, <i>lobby</i> ou <i>advocacy</i> .	Aprovação de lei disciplinando a matéria e o procedimento.
12.	Criação de um órgão de avaliação das leis.	Aprovação de resolução (se a vinculado junto a uma das Casas Legislativas) ou de lei (se externo ao Poder Legislativo)
13.	Resgate do papel do Senado Federal como casa revisora.	Aprovação de emenda constitucional dotando à Casa maiores poderes, inclusive o de efetivamente poder arquivar proposições.
14.	Instituição de Escola de formação política e retórica e de estudos em teoria da legislação.	Aprovação de resolução junto à respectiva Casa Legislativa.
15.	Programação e maior previsibilidade dos trabalhos, com a publicação das agendas diária, semanal, mensal e anual, com a maior antecedência possível.	Modificação dos regimentos internos prevendo a nova sistemática e publicação na página eletrônica de cada Casa Legislativa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho abordou as teorias da legislação e da argumentação legislativa na Espanha e no Brasil, expondo o pensamento dos principais autores selecionados em cada país, alguns contextos e as respectivas críticas, de forma a apresentar o panorama teórico e a forma como se deu a evolução dos focos de preocupação e de discussão objeto das perspectivas teóricas trabalhadas.

De forma especial, nessa exposição, destacou-se primeiramente a relevância do momento legislativo e, paralelamente, a importância de incorporar a perspectiva argumentativa por ocasião da elaboração das leis, com vistas a incrementar a qualidade e racionalidade das leis. Chamou-se a atenção especialmente para esses dois pontos, tendo em vista que as principais perspectivas da teoria e da filosofia do direito ainda se mostram incipientes na valorização da elaboração legislativa e pouco desenvolvidas no que diz respeito à contribuição que o enfoque argumentativo pode dar para o aperfeiçoamento das práticas legislativas.

Com base na convicção de que existe um amplo campo de espaço e oportunidade para a melhoria dos trabalhos nesse âmbito, foram estudados dois casos concretos de construção de leis – um espanhol e um brasileiro –, com o objetivo principal de revelar os principais problemas e desafios com que podem se deparar os labores legislativos reais. A análise dos dois casos serviu sobretudo como pano de fundo para a reflexão sobre as deficiências das perspectivas teóricas examinadas, bem como para a formulação de sugestões concretas de aperfeiçoamento das rotinas dentro do Poder Legislativo.

Na pesquisa, mostrou-se que a prática de dar razões ainda precisa ecoar com mais força Parlamento adentro; que a construção de um Estado Constitucional pressupõe a motivação das decisões também no âmbito da elaboração legislativa; e que ainda não será o bastante promover o desejado giro argumentativo dentro do Poder Legislativo simplesmente, já que a argumentação é mero instrumento, sendo necessário garantir a incorporação dos valores e interesses corretos por ocasião da atividade legislativa.

Paralelamente, restou comprovada a importância do presente estudo, dada a transcendência das leis e seus efeitos no ordenamento jurídico e na vida cotidiana, bem como em razão da relativa escassez de obras que se debruçam mais profundamente sobre o tema. Especialmente em comparação às inúmeras referências dedicadas à atividade judicial, ainda são em menor número as que se dedicam aos temas legislativos. O presente trabalho, nesse sentido, propõe a retomada dessa agenda de estudos.

Para o exame do tema nos moldes acima explicados, o trabalho contou com três partes, cada uma delas com dois capítulos. Na Parte I, foram expostas as linhas teóricas sobre a teoria da legislação e a argumentação legislativa desenvolvidas até o momento na Espanha e no Brasil, conforme o corte metodológico explicado na introdução: esses foram os dois países onde se realizou a pesquisa.

O capítulo primeiro foi dedicado aos autores da Espanha e o segundo, aos do Brasil.

No capítulo primeiro, foram trabalhados os pensamentos dos seguintes autores espanhóis: 1) *GRETEL*, 2) Manuel Atienza, 3) Josep Aguiló Regla, 4) José Luis Díez Ripollés, 5) Virgilio Zapatero, 6) Francisco Laporta, 7) Daniel Oliver-Lalana, 8) Albert Calsamiglia, 9) Juan Antonio García Amado, 10) Gema Marcilla Córdoba e 11) Ángeles Galiana Saura.

Os autores foram apresentados na ordem cronológica de suas primeiras obras, com exceção de Josep Aguiló Regla e José Luis Díez Ripollés, cujas ideias, que dialogavam diretamente com as de Manuel Atienza, justificavam a exposição mais próxima a este último autor. Essa ordem de apresentação permitiu acompanhar a evolução das perspectivas teóricas, além de ter permitido ver de forma mais clara a densificação dos estudos e a influência de uns autores sobre os outros.

Com a imersão da teoria da legislação produzida na Espanha, foi possível ver que, muito embora o interesse pela elaboração legislativa tenha chegado com algum atraso em seu território, esse país conta com autores de peso que vêm se dedicando há mais de três décadas ao estudo da racionalidade legislativa, com indiscutíveis contribuições do ponto de vista analítico, teórico e também prático.

Neste último ponto, devem ser mencionados sobretudo os avanços incorporados junto à Administração espanhola, no início da década de 90 do século passado, com a aprovação de diretrizes de técnica e metódica legislativas. Mais recentemente, observa-se o esforço de alguns autores no sentido de incorporar as tendências da doutrina estrangeira, sobretudo a alemã e a inglesa, para a problematização de questões teóricas, como o dever dos legisladores no momento pós-legislativo (avaliação e revisão das leis).

No capítulo segundo, dedicado às referências brasileiras, foram apresentadas as contribuições de: 1) Victor Nunes Leal, 2) Luiz Pinto Ferreira, 3) Miguel Reale, 4) Mario Giuseppe Losano, 5) Kildare Gonçalves Carvalho, 6) Gilmar Ferreira Mendes, 7) Fabiana de Menezes Soares, 8) Marcelo Neves, 9) Eduardo Carone Costa Júnior, 10) Adalberto Narciso Hommerding, 11) Ana Paula de Barcellos, 12) João Aurino de Melo Filho, 13) Natasha Schmitt Caccia Salinas, 14) Rubens Naman Rizek Junior, 15) Luiz Gustavo Bambini de Assis, 16) Carolina Dzimidas Haber e 17) Felipe de Paula.

O critério de ordenação foi o mesmo empregado no capítulo primeiro, ou seja, ano das publicações, com as mais recentes por último. Ao final desse capítulo segundo, ainda se procedeu à comparação entre as perspectivas teóricas espanholas e as brasileiras, bem como um balanço geral das teorias estudadas.

Embora esse capítulo tenha contado com mais autores que o primeiro, foi possível perceber o parco estágio do desenvolvimento teórico dos estudos em teoria da legislação no Brasil. Uma possível explicação histórica para esse atraso, então, foi lançada, qual seja, a de que o longo período ditatorial durante o qual o Poder Legislativo esteve “calado” (1964-1985) repercutiu no baixo interesse acadêmico dos estudos voltados para o aperfeiçoamento das práticas legislativas. A situação comentada começou a mudar a partir da Constituição de 1988.

Corroborar essa hipótese o fato de que o Brasil tenha seguido o caminho inverso ao da Espanha nessa temática. Se nesse último país o interesse teórico pela legislação inicialmente surgiu no mundo acadêmico (como visto, com os trabalhos do *GRETEL*) para na sequência gerar reflexos dentro da Administração Pública, no Brasil, primeiro foram necessários diversos marcos institucionais (Constituição de 1988, aprovação da LC n. 95/98, edição de manuais de redação, etc.), e só mais recentemente vem aumentando o interesse por esse campo de estudo no seio das universidades. Ainda tratando nos trabalhos brasileiros, viu-se a grande influência das referências portuguesas nos trabalhos publicados no país, com ainda poucos avanços genuinamente nacionais.

De modo geral, em comparação à brasileira, a produção espanhola é mais vasta, apresenta maior profundidade e apelo filosófico. E mesmo um pouco atrasada em relação outros sistemas mais tradicionais – notadamente o inglês e o alemão –, a abordagem na Espanha vem incorporando os elementos das melhores doutrinas estrangeiras.

Por seu turno, como visto, a produção brasileira se encontra em estágio embrionário, com a maior parte das obras voltadas para a mera reprodução acrítica dos procedimentos legislativos, por um lado, ou para o diagnóstico dos problemas legislativos, por outro, em ambos os casos sem o desejável enfoque argumentativo – no Brasil as teorias da legislação e da argumentação ainda vinham separadas –, sem propostas de solução ou do que pode ser feito para melhorar a situação. Ainda predomina muita reflexão estéril, sem prejuízo de algumas exceções. Nesse sentido, mencionem-se as abordagens de Ana Paula de Barcellos, João Aurino de Melo Filho e Felipe de Paula.

Aos poucos, vêm sendo incorporadas as dimensões além da linguística e jurídico-formal, com análises sobre a avaliação de impacto e da qualidade legislativa. Mas, como visto, ainda são poucos os trabalhos mais voltados para as práticas reais por ocasião da elaboração

das leis, os contextos e constrangimentos institucionais, especialmente dentro do próprio Poder Legislativo, e como melhorá-las.

O principal objetivo da Parte I, portanto, foi explicar o surgimento e o progresso das teorias da legislação e da argumentação legislativa nos dois países estudados, ao mesmo tempo em que se apontava a importância dessas abordagens para a teoria e filosofia do direito. Isso, para conferir maior racionalidade ao ordenamento jurídico como um todo e para melhorar a própria vida dos indivíduos.

Quanto a essa parte da pesquisa, outra contribuição esteve na apresentação das inúmeras técnicas, métodos e ferramentas disponíveis para o aperfeiçoamento da qualidade da atividade legislativa (*Checklist*, de redação do texto legislativo, de avaliação, etc.), cujo potencial não pode seguir sendo desprezado pelas teorias do direito e, sobretudo, pelas práticas dentro do próprio Poder Legislativo.

Finalizada a parte teórica, seguiu-se para a mais prática. Como visto na Parte II, foram realizados dois estudos de casos, um da Espanha e um do Brasil, com o objetivo de mostrar os problemas que permeiam a atividade legislativa de um ponto de vista mais concreto e, de modo especial, para contrastar as práticas observadas em tais casos com as teorias estudadas, buscando mapear quais pontos estão mal teorizados.

A escolha do tema atendeu aos seguintes critérios: 1) ser comum aos dois países, com leis aprovadas em ambos, para permitir a comparação; 2) maior relevância e complexidade, para conseguir captar os aspectos mais controvertidos e polêmicos do debate; e 3) menor tempo de intervalo entre a publicação das leis, para atenuar os efeitos circunstanciais, já que um maior lapso temporal certamente afetaria ainda mais o tipo de discussão travada em cada espaço. Feita a lista dos temas possíveis, o que mais se aproximou foi a violência contra a mulher, tendo restado assim justificada a opção temática.

Na reconstrução dos acontecimentos envolvidos nos casos, deu-se especial atenção para apresentar o que de fato aconteceu, com os respectivos contextos, momentos, atores e tudo o que, por assim dizer, “moldou” as discussões legislativas em concreto. Igualmente, foram registradas as leituras e críticas que podiam ser depreendidas, problematizando as questões mais importantes que permearam a atividade legislativa de modo mais palpável e real.

O capítulo terceiro tratou da *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. A abordagem permitiu acompanhar a forma como o assunto entrou para a agenda legislativa espanhola quase três décadas antes, ainda em 1986, e como o tema foi sendo objeto de um esforço contínuo em prol de aperfeiçoar a resolução do problema social, até culminar na lei analisada. Foi possível apreender a maneira

como os debates já chegaram muito condicionados ao Poder Legislativo (como sempre costuma se dar) pelos eventos da fase pré-legislativa. As eventuais “irracionalidades”, portanto, não poderiam ficar apenas na “conta” do Parlamento, pois sua raiz se localiza em momentos anteriores à própria chegada do projeto de lei.

Além disso, viu-se que a unanimidade parlamentar alcançada apenas “mascarou” as profundas divergências existentes envolvendo a discussão, notadamente quanto às causas dessa forma de violência: a concordância dos legisladores era apenas quanto à “existência da violência contra a mulher” (um dado fático) e a “necessidade de fazer algo”, não abrangendo as razões da violência. Inclusive, essa superficialidade dos debates legislativos analisados foi considerada um exemplo de falácia do desespero, como explicado oportunamente. Além de um caso de acordo carente de uma teoria completa, para usar a expressão já consagrada de Cass R. Sunstein. Essa argumentação legislativa mal-construída, no entanto, não retirou a importância da lei em comento.

Ainda na análise da lei espanhola, detectou-se a presença de componentes simbólicos importantes (em um sentido positivo), ou, se se preferir, de funções latentes, que se manifestaram de forma favorável no longo prazo. Isso, de acordo com o que mostraram os números a respeito da eficácia e da efetividade da lei, com uma relativa diminuição dos delitos mais graves, muito embora tenha havido um certo aumento das ocorrências de menor gravidade, este último dado atribuído à própria lei, alterando o comportamento das mulheres, que passaram a denunciar mais as agressões.

A despeito de tudo, o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres no caso, por exemplo, pareceu ter entrado como um ponto inegociável.

Com isso, viu-se de forma cristalina que a eficácia e a própria qualidade da lei não necessariamente vão relacionados à argumentação legislativa respectivamente envolvida e que nem sempre o Parlamento é o culpado por “destruir” um projeto de lei. Existem fatores que condicionam os debates e as emendas parlamentares, o que inclusive pode garantir maior legitimidade à própria lei. Além disso, nem sempre é possível garantir o rumo que as discussões toma no momento pós-legislativo, de modo que a “irracionalidade” pode eventualmente residir no próprio momento da aplicação e interpretação, descolado das circunstâncias que o antecedem.

No caso espanhol analisado, por exemplo, essas características foram bastante evidentes: houve uma espécie de descolamento entre a argumentação legislativa e o seu produto final, a lei aprovada. Por vezes, essa característica “salva” muitas leis, cujos textos são muito superiores ao debate parlamentar que as antecederam. É que por trás do que se vê nos

plenários, existe todo um trabalho técnico, levado a cabo por redatores, assessores e técnicos que compõem os corpos legislativos. Ocorre que, com frequência, isso é simplesmente esquecido.

Além disso, após a aprovação da lei, houve intensa contestação no âmbito judicial. Trata-se do lado “negativo” do fenômeno já explicado de descolamento entre a argumentação legislativa e o seu produto final. Ilustra bem o caso a expressão cunhada por Roscoe Pound: a distância entre o direito dos livros (*law in books*) e o direito em ação (*law in action*). Com frequência, uma vez publicada a lei, seus aplicadores consideram inútil a vontade de seus criadores e a interpretação confere ao texto legal uma vida própria. Tudo isso foi oportunamente explicado.

O segundo estudo de caso foi realizado na sequência, no capítulo quarto, que analisou a Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Seguindo os mesmos moldes do capítulo anterior, foram reconstruídos os eventos mais importantes, apresentados os demais pontos-chaves para entender o surgimento da discussão sobre a lei, juntamente com os aspectos que foram moldando o desenvolvimento dos debates e, depois, os acontecimentos após a aprovação da lei e a continuação dos movimentos legislativos.

Entre os elementos que mais chamaram a atenção no caso analisado, citem-se:

1) a inaplicabilidade da lei aprovada ao caso que lhe deu nome (que era de “tentativa de homicídio”, não lesão corporal), o que poderia entrar como um defeito técnico, característica simbólica ou “irracionalidade”, conforme o ponto de vista, somente corrigido nove anos depois, com a aprovação da Lei n. 13.104/2015, que alterou o art. 121 do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio (e sua forma tentada);

2) o caráter simbólico também esteve fortemente presente, revelado sobretudo na insistência de que a violência contra a mulher não se tratava de um crime “de menor potencial ofensivo”, o que também justificou uma emenda parlamentar na lei para proibir, de forma “atécnica”, como explicado, as “penas de cestas básicas” no art. 17 (para acabar com a ideia de que “bastava pagar o preço” para agredir a mulher);

3) a praticamente total falta de debate parlamentar – o que, como visto, acontece com alguma frequência no Brasil com o objetivo de “agilizar” a aprovação da lei –, como se as discussões fossem “uma perda de tempo”, em lugar de representar o principal fator de legitimidade. Sem prejuízo disso, houve intensas discussões por ocasião da construção da lei foram do Parlamento, na medida em que foram realizados seminários e debates por todo o Brasil.

Além desses principais, outros aspectos foram então historiados.

Ao final desse capítulo quarto, procedeu-se à comparação entre os dois casos estudados, o da lei espanhola e o da lei brasileira, o que permitiu verificar os pontos de coincidência e as diferenças observadas em uma discussão e outra, sem prejuízo da consciência de que os fatores de tempo e espaço afetam a qualidade da legislação.

Nessa parte, consignou-se que ambas as leis foram de iniciativa do Poder Executivo, foram aprovadas com prazos relativamente rápidos, alcançaram a unanimidade dos votos parlamentares, contaram com elementos de pressão internacional e optaram por uma delimitação mais restritiva do conceito de violência contra a mulher.

Além disso, as duas leis encontraram grande resistência, por parte dos operadores jurídicos no momento da aplicação. Os dois casos tiveram a constitucionalidade impugnada e chegaram às cortes constitucionais, as quais confirmaram as respectivas escolhas legislativas. Essas coincidências, pode dizer, fazem parte de uma espécie de tendência do processo legislativo em geral: predominância do Poder Executivo, pressão internacional, controle de constitucionalidade como “última etapa do processo legislativo”, etc.

Por seu turno, repita-se por importante, comentou-se que o consenso parlamentar nos dois casos na verdade encobriu os profundos desacordos, entrando para o que Cass R. Sunstein chama de “acordos carentes de teoria completa”. Como explicado na ocasião, havia concordância quanto à “existência” da violência contra a mulher (e, portanto, que era necessário tomar “alguma” providência), mas essa unanimidade não alcançava a questão mais profunda, qual seja, as “causas” dessa violência, não se tendo chegado a debater propriamente sobre as raízes histórico-culturais do tratamento diferenciado entre homens e mulheres, tampouco tendo havido consonância no que diz respeito à explicação de que esse tipo de violência é a forma de perpetuar a dominação masculina.

Por outro lado, o estudo do caso espanhol permitiu observar, ainda, que houve um lento processo de aprendizagem institucional até a aprovação da lei de 2004 analisada, a qual foi a oitava intervenção legislativa para combater o problema social, ao passo que no Brasil a Lei Maria da Penha foi a primeira a tratar do assunto. Embora se tenha mostrando grande inspiração na homóloga espanhola, as diferenças são grandes.

Para a aprovação da lei espanhola, foi determinante a política partidária, especialmente a troca de partido no comando do governo. Já no Brasil, a aprovação de uma lei dessa natureza jamais figurou como promessa de campanha.

Na Espanha, houve mais debate geral (na fase governamental e também dentro do Parlamento, nas audiências públicas, comissões e plenário). As discussões versaram

notadamente sobre a constitucionalidade das medidas e para a ampliação do conceito de violência contra a mulher para abarcar também as “pessoas especialmente vulneráveis”. No Brasil, diferentemente, acabou-se optando por suprimir as discussões e aprovar a lei mais rapidamente e o ponto mais polêmico do debate legislativo sequer foi a constitucionalidade, mas sim uma questão mais procedimental, relacionada ao rito da persecução penal a ser adotado para os casos de violência contra a mulher.

Foi possível ver que as discussões à luz da “perspectiva de gênero” são muito mais intensas na Espanha, o que naturalmente influencia o peso da argumentação e da lei após aprovada. O Brasil ainda não chegou a tal patamar, o que pode ser visto a partir da própria denominação escolhida na lei, qual seja, “violência doméstica”, uma etiqueta eufemista e que confere tratamento inadequado a um problema que não é apenas “de casa” ou privado. Por outro lado, ao menos a Lei Maria da Penha possui uma definição mais abrangente da violência em comento e nesse ponto a lei espanhola ficou aquém da equivalente brasileira.

Embora as discussões pós-legislativas tenham sido intensas nos dois países, o exemplo espanhol avançou muito mais em prol da maior igualdade entre homens e mulheres. Como se mostrou, diversas outras intervenções legislativas foram aprovadas nesse sentido, em contraste com os passos brasileiros, que foram mais tímidos, tendo-se limitado essencialmente à tipificação do feminicídio e da criação de casas de abrigo.

A comparação entre os dois casos estudados também permitiu detectar diversos problemas na tramitação legislativa, especialmente no caso brasileiro, o que também pode ter contribuído para a relativa melhor qualidade do debate espanhol, muito embora este último também tenha contado com intervenções parlamentares repletas de falácias e, mesmo com um maior número de participações em discursos, não se chegou a debater propriamente o cerne da questão, leia-se, a raiz do problema social que ensejava a intervenção legislativa, as causas da violência contra a mulher, como já explicado.

Assim, o objetivo da Parte II foi o de oportunizar uma dimensão mais concreta da complexidade de fazer leis e das dificuldades reais inerentes à atividade legislativa, dos constrangimentos institucionais e relacionados aos contextos, momento e atores envolvidos na discussão. Isso, para verificar se as teorias da legislação e da argumentação legislativa vem captando adequadamente esses elementos em suas reflexões, ou seja, de que maneira tais abordagens efetivamente correspondem ao que acontece de verdade, se são práticas, se de fato ajudam a resolver os problemas, não-tendenciosas e, eventualmente, em quais pontos deixam de se conectar com a realidade.

Nesse sentido, o estudo dos dois casos deu ensejo a captar os déficits teóricos, em quais partes as teorias falham e os limites das concepções sobre o processo e a argumentação legislativa. Como se viu, a prática é avassaladora. Sem dúvidas, em maior grau que outras áreas jurídicas, a elaboração legislativa e as atividades dentro do Parlamento são essencialmente coletivas, com toda a complicação que isso implica. E, como não poderia deixar de ser, a imersão nas práticas espanholas também permitiu captar outros aspectos de potencial aperfeiçoamento das rotinas brasileiras, servindo para a construção da Parte III.

Com efeito, o contraste entre as perspectivas da Parte I e os cenários reconstruídos na Parte II deu origem à última parte, na qual se procedeu à “síntese” entre ambas. Nessa Parte III, os objetivos foram: apresentar as insuficiências das teorias da legislação e da argumentação legislativa; apontar algumas diretrizes que as perspectivas teóricas deveriam seguir no futuro – segundo se acredita aqui – para preencher os vazios detectados; reconhecer os limites dessa linha de pesquisa; e oferecer sugestões práticas, concretas e factíveis para o aperfeiçoamento das capacidades legislativas, deliberativas e argumentativas, de modo a melhorar algumas rotinas dentro do Parlamento, com ênfase no cenário brasileiro. Os objetivos estritamente teóricos foram concentrados no capítulo quinto e os mais pragmáticos, no sexto.

No capítulo quinto, de natureza essencialmente teórica, voltado para “completar” as teorias da legislação e da argumentação legislativa, proporcionou-se uma lista não exaustiva de temas que, conforme indicado e fundamentado, precisam ser melhor estudados. A compilação, longe de esgotar os pontos, buscou mais elaborar uma série de “desafios” e algumas “provocações”, já que alguns temas foram inspirados nas tradicionais críticas formuladas pelos céticos em relação ao estudo dos temas legislativos. Em lugar de pensar que as objeções lançadas são razões para desistir dessa agenda, aqui se preferiu apostar que são justamente essas críticas que fundamentam a necessidade de aprofundamento das reflexões. O estudo precisa de continuidade para que as teorias superem diversos problemas e oposições frequentemente levantados ao aperfeiçoamento do labor legislativo.

Nesse sentido, viu-se que as teorias da legislação e da argumentação legislativa precisam conferir mais atenção à racionalidade política, praticamente ignorada ou menosprezada pela maioria dos autores trabalhados na Parte I. Por racionalidade política, conceitou-se simplesmente como o móvel de angariar mais poder, prestígio, individualmente ou para o grupo político beneficiado em concreto. Como se comentou oportunamente, tal “lógica de ação” (racionalidade) instrumental da política – o agir político – está presente no dia a dia da elaboração legislativa e convém não fechar os olhos para os perigos dessa dinâmica de funcionamento.

É que, arrastada ao extremo ou levada a cabo de modo ilimitado na prática, essa dinâmica tem capacidade também para portar “motivações hipócritas”, tendenciosas ou de “legalmente” redundar na aprovação de leis de orientação “corporativa”, voltadas para atender pequenos grupos de beneficiários, de forma injusta e contrária ao interesse geral. O risco, portanto, não é a racionalidade política em si mesma, mas no seu uso desvirtuado de fins e valores éticos, como se explicou.

Ainda quanto a esse ponto, a maior contribuição do enfoque argumentativo no âmbito da elaboração legislativa está precisamente na incorporação de perguntas críticas voltadas para “desmascarar” os objetivos políticos eventualmente encobertos e, dessa maneira, avaliar sua legitimidade e justiça da decisão legislativa no caso concreto. Assim, entendeu-se que é preciso incorporar a racionalidade política expressamente no debate, na análise e na avaliação legislativas.

Para isso, aqui sugeriu-se o percurso “inverso” ao da própria decisão política em questão, cuidando de revelar seus elementos centrais: 1) quem são os beneficiários diretos da medida? 2) quem mais se beneficia indiretamente? 3) essa opção está justificada? 4) as razões apresentadas são justas? 5) quem arcará com os custos? 6) isso é justo também? 7) há prejudicados? 8) a medida está alinhada ao bem comum? 9) quais são as alternativas? 10) por que a alternativa escolhida, a partir desse ponto de vista, é melhor que as demais possíveis? E assim por diante.

Incorporar essas perguntas, se não no momento da decisão legislativa – quando são formuladas as demais perguntas *Checklist*, pois essa é uma fase mais “técnica” –, ao menos por ocasião do debater parlamentar, esse sim essencialmente político, seria a maneira de “racionalizar” a política argumentativamente e, por consequência, incrementar racionalidade à legislação. Assim, entendeu-se que é preciso incorporar a mencionada racionalidade política como categoria importante nos estudos de teoria da legislação, de preferência estabelecendo também os critérios de correção.

Igualmente, sugeriu-se o aprofundamento sobre o papel da mentira na atividade legislativa. Retomando a contenda entre Thomas Bustamante e Manuel Atienza apresentado na Parte I, viu-se que a discussão teórica sobre o suposto “dever de sinceridade” na argumentação legislativa ainda figura em um plano demasiado abstrato, sem conexão com a realidade das práticas, tampouco apresentando exemplos concretos que permitissem visualizar “essa ferramenta persuasiva estratégica”, “instrumental”, qual seja, a mentira, bem como o seu papel na elaboração legislativa.

Após a problematização do ponto a partir de um ponto de vista diferente, dando-se outro rumo a esse debate, fez-se uma lista dos itens que ainda devem ser melhor elaborados teoricamente: 1) como limitar as mentiras; 2) quais são as mentiras “aceitáveis” (se é que existe essa categoria); 3) quando os legisladores podem mentir; 4) como detectar as mentiras; 5) como diferenciar as mentiras em relação a outros tipos de “embuste”; 6) quais foram os maiores casos de mentiras legislativas da história, quais partidos políticos ou parlamentares mentiram mais; etc.

A preocupação com a racionalidade política e a mentira não adveio de uma pretensão ingênua de mudar a natureza do debate parlamentar por ocasião da elaboração normativa, convertendo-o em caracterizado pela sinceridade e cooperação desinteressada entre pares. Tratou-se apenas de não incorrer na falácia naturalista, tomando o “ser” como “dever ser”. Especialmente do ponto de vista teórico, deve existir uma pretensão de correção (vínculo com a moral) como elemento necessário na elaboração legislativa.

Como restou demonstrado, os temas em questão são importantes, pois podem acobertar a corrupção, cuja presença vem sendo cada vez mais relatada no momento da elaboração legislativa brasileira. Longe de tais pontos figurarem como razões para o ceticismo que tende a abandonar os estudos legislativos, essa agenda deve despertar o maior empenho e preocupação teóricas. É preciso maturar mais ideias para o combate das más práticas.

A corrupção, inclusive, foi outro dos temas que se considerou merecerem maior aprofundamento, dado que no momento da elaboração legislativa existe uma grande discricionariedade por parte dos legisladores, e esse vício pode acabar “legalmente” inserindo uma “lei corrupta” e, pior, com efeitos transcendentais, contaminando o ordenamento jurídico. No atual estágio de desenvolvimento teórico, não existe solução para invalidar as leis eivadas desse tipo de vício de formação que acomete a própria vontade parlamentar. Recorde-se do brocardo citado na introdução, *auctoritas non veritas facit legem*. Nada obstante, a discussão está posta sobre a mesa.

Na mesma linha de raciocínio, defendeu-se o desenvolvimento de estudos sobre o populismo na legislação. Explicou-se que essa forma de fazer política (e legislação) corresponde à negação dos valores do Estado de direito. Viu-se que existem duas maneiras pelas quais o populismo pode se manifestar em relação ao Poder Legislativo. Na primeira, o Parlamento é usado como instrumento de um governo populista, usado para a aprovação de legislação com o mesmo caráter. Aqui, considerou-se que são populistas as leis aprovadas com o único objetivo de angariar a aprovação popular, leia-se, a simpatia dos seus beneficiários ou

de segmentos da sociedade, em detrimento de valores caros ao ordenamento jurídico ou mesmo manifestamente inconstitucionais, em verdadeiro “abuso da função instrumental da legislação”.

A segunda manifestação do populismo no Poder Legislativo se aproxima à noção de “irresponsabilidade legislativa”, no sentido de adoção de um comportamento corporativo que implica deturpação das suas funções legiferantes, caos institucional e insustentabilidade no longo prazo. Como exemplo concreto desse segundo tipo de populismo legislativo, citou-se a conduta da Câmara dos Deputados no Brasil, entre os anos de 2015-2016, com as chamadas “pautas bomba”, com consequências drásticas, tendo colaborado – juntamente com outros fatores conjunturais –, inclusive, para a derrubada de um governo.

A hipertrofia do Poder Executivo e a influência deste na dinâmica legislativa foram outra questão que se considerou merecer maior foco por parte das teorias da argumentação e da argumentação legislativa, especialmente à luz do desenho institucional. A ideia é investigar qual arranjo de instituições – sobretudo o eixo Presidente, Parlamento e partidos políticos – favorece à atividade legislativa, dado que, a atual configuração, especialmente no caso brasileiro, tem favorecido uma clara predominância do Poder Executivo, não só na agenda, mas nos tempos de aprovação, conteúdo das leis e sentido das votações. Esse é outro ponto que definitivamente merecerá maiores investigações futuras para responder as perguntas que aqui ficaram em aberto.

Com efeito, mostrou-se também a conexão existente entre a teoria do Estado e da legislação, mais especificamente a necessidade de que haja uma clareza sobre as escolhas fundamentais dos termos de que tipo de Estado se deseja e que sociedade se quer construir, pois esses elementos têm clara influência sobre a segunda, como se explicou em seu momento.

Como se disse, nem todos os valores e respostas poderão ser encontrados na Constituição. Existem decisões fundamentais “externas” ao texto fundamental, por assim dizer, como por exemplo: as relacionadas sobretudo ao tamanho do Estado; ao grau de intervenção que se deseja deste através das políticas públicas; aos espaços que se queira dar aos indivíduos para a condução de seus próprios planos de vida; em resumo, ao nível de paternalismo que se acredita poder colaborar para o desenvolvimento da sociedade.

Muitas dessas escolhas mais relacionadas à teoria do Estado serão a base para a definição de muitos aspectos da legislação. Embora seja óbvio, não custa reiterar que são completamente diferentes as teorias da legislação em um Estado liberal e em um Estado de bem-estar social. O aprofundamento que se reputou necessário vai no sentido de mapear melhor a influência dessas escolhas nos modos de legislar, os instrumentos mais usados em cada caso e ver o que dá mais certo.

Avançando no tratamento dos déficits teóricos das teorias da legislação, dedicou-se um item para desenvolver a influência os vieses cognitivos que podem acometer os técnicos, assessores e políticos que lidam com a tomada de decisões em matéria legislativa. Embora a discussão sobre esses “atalhos do cérebro humano” não seja propriamente nova, vislumbrou-se que as teorias da legislação e da argumentação legislativa precisam avançar na incorporação desse conhecimento para prevenir a ocorrência dessas “falácias psicológicas”, que alteram a percepção dos tomadores de decisões sem que esses se deem conta. Em primeiro lugar conhecer; em segundo lugar, permanecer atento; e, em terceiro, promover algumas adaptações nas rotinas de discussão e deliberação são as principais maneiras de evitar esse tipo de “irracionalidade”.

Ainda no capítulo quinto, explicou-se a necessidade de uma teoria da interpretação e uma teoria sobre o papel da jurisdição constitucional, na medida em que ambas completarão a teoria da legislação e da argumentação. A primeira, a teoria da interpretação, promoverá a ponte necessária para esclarecer o uso do argumento interpretativo da vontade do legislador – que, como dito, não poderá jamais ser “ignorada”, “considerada inútil”, tampouco “presumida”, “deduzida”, “adivinhada” ou simplesmente “inventada” pelo intérprete arbitrariamente –, bem como as situações em que estaria permitida alguma atividade criativa, partindo dos materiais autoritativos, com o objetivo de melhorar as práticas. O critério mais recomendado parece continuar sendo: quanto mais racionalidade legislativa, menos atividade interpretativa construtiva (ou criadora) judicial.

Aqui, entendeu-se que a concepção do Direito como uma prática, um processo, uma empresa, renova o interesse nas teorias da legislação e no reforço da argumentação legislativa. É que, de acordo com essa concepção do Direito, as regras (as leis) somente têm sentido no contexto de instituições, procedimentos, valores e formas de pensamento adequados. Dessa maneira, conceber o Direito como prática reforça o interesse pelos temas legislativos e o projeto de resgate da dignidade da legislação.

Por seu turno, reputou-se necessária também uma teoria do controle de constitucionalidade com o propósito de definir o papel da Constituição, dos juízes e dos legisladores, de modo a esclarecer como deve ser feita a revisão judicial; em que situações estaria autorizado um grau moderado de ativismo judicial; quais são os espaços de deferência às escolhas legislativas, ou seja, de adoção das “virtudes passivas” por parte dos juízes constitucionais, porque há discricionariedade legislativa (ou, se se preferir, liberdade de configuração do legislador). As principais discussões quanto a tais pontos foram problematizadas oportunamente.

No capítulo sexto, e último da pesquisa, foram formuladas sugestões diretas, objetivas e concretas de medidas que podem ser adotadas pelo Poder Legislativo para o aperfeiçoamento de suas rotinas e com vistas a garantir maior racionalização das atividades legislativas e das argumentações nelas envolvidas. O critério de limitar as propostas oferecidas aqui ao âmbito do Parlamento se explica em razão da escassez de referências com esse escopo. A maioria das sugestões encontradas na literatura disponível se volta para a melhoria das rotinas na fase pré-legislativa governamental (metódica legislativa), indo, no máximo, até a redação do projeto de lei (técnica legislativa), nada mais sendo dito para os momentos após em que este é enviado ao Poder Legislativo.

As propostas foram ordenadas de acordo com o que se acreditou ser de implementação mais importante e viável, e o catálogo apresentado não pretendeu ser exaustivo, até mesmo pela consciência de que também são necessários aprimoramentos em outras instâncias (além dos Parlamentos) para efetivamente aperfeiçoar a atividade legislativa, como o sistema político, eleitoral, etc.

Cada uma das recomendações foi explicada, tendo-se desenvolvido as respectivas razões que as justificam e de que maneira cada sugestão pode contribuir para a racionalização da elaboração legislativa. Resumidamente, indicou-se a necessidade de:

1) introduzir as exposições de motivos, justificação e preâmbulos das leis como obrigatórias, resgatando as diferenças entre essas peças, dotando-as de conteúdo útil e cuidando para que reflitam fielmente o texto legal aprovado;

2) estabelecer prazos para a tramitação legislativa ordinária, especialmente no Senado, tendo-se sugerido dois meses como o suficiente;

3) limitar a tramitação dos projetos de lei a uma única comissão, reduzir a quantidade de comissões – no Senado, o número ideal giraria ao redor de seis – e aperfeiçoar os trabalhos e discussões nesse âmbito, incrementando o caráter dialético das discussões;

4) controlar a pertinência temática dos debates e das emendas parlamentares para garantir a respectiva observância;

5) adotar formas de aproximação ao Modelo de Debate Parlamentar Britânico ou outras modalidades que representem tipos ideais, aperfeiçoando a disciplina sobre o uso da palavra (*turnos de voz*), sempre alternando uma intervenção a favor e uma contra nos debates;

6) restringir o voto de liderança e a disciplina de voto;

7) eliminar as leis banais (sobre efemérides, datas comemorativas, modificações de nomes de rodovias e/ou viadutos e aeroportos e em memória a pessoas, etc.);

8) instituir um órgão encarregado da revisão final do texto aprovado, adequando-o do ponto de vista da técnica legislativa, corrigindo erros formais, sem prejuízo do sentido e da vontade parlamentar refletidos no texto aprovado em plenário;

9) melhorar os serviços de documentação, publicidade e participação popular, garantindo maior acessibilidade aos elementos de atas taquigráficas, áudios e vídeos dos debates parlamentares nas comissões e no plenário, de modo que essas informações fiquem vinculadas também nas próprias páginas dos projetos de lei;

10) aprovar um código de conduta dos funcionários e consultores que assessoram o processo legislativo, com os esclarecimentos sobre os respectivos deveres e limites éticos;

11) regular a atuação dos grupos de pressão, *lobby* ou *advocacy*;

12) criar um órgão de avaliação das leis, para municiar o Poder Legislativo de informações para a eventual revisão das leis aprovadas, atividade essa que vem sendo apontada como um “dever” pós-legislativo do Parlamento;

13) resgatar o papel do Senado como casa revisora, dotando-o com poderes de exercer suas funções moderadoras inerentes à adoção do bicameralismo, cuja raiz são as “cláusulas de resfriamento”, desenhadas para fomentar as formas de “pensar devagar”;

14) fundar uma Escola de formação política e retórica e de estudos em teoria da legislação; e

15) programar e conferir maior previsibilidade dos trabalhos, com a publicação das agendas diária, semanal, mensal e anual, com a maior antecedência possível.

Feito esse percurso, é chegado o momento de encerrar a pesquisa.

Em lugar de propor uma teoria da legislação e da argumentação legislativa alternativa às já existentes, aqui se procedeu à elaboração de uma metateoria. A partir do estudo crítico das abordagens da Espanha e do Brasil apresentadas, foram semeadas algumas diretrizes para o aperfeiçoamento das perspectivas teóricas dedicadas a aprofundar-se no fenômeno legislativo. Procedeu-se ao levantamento dos pontos que as teorias devem observar no sentido de retratar melhor o objeto estudado e serem menos metafísicas e mais úteis para melhorar as práticas.

Como afirmado na introdução, e aqui não custa reiterar, o retrato sobre a realidade a respeito da elaboração das leis é antigo e conhecido: aponta para o acentuado déficit de racionalidade nas justificações produzidas pelos legisladores; o farto emprego de falácias no debate parlamentar – especialmente as no sentido benthamiano –, juntamente com a má-compreensão sobre o uso (e não abuso) dos poderes (e não arbitrariedades) inerentes à autoridade legislativa. Não é à toa a recorrência com que se taxa essa dinâmica como uma das mais afastadas do que seria um “modelo de diálogo racional”.

A constatação desses problemas é, por assim dizer, a “parte fácil” da teoria. Não é necessária uma tese de doutorado para repetir que muitas leis têm qualidade discutível; que os legisladores costumam argumentar mal; que ainda existem grandes “zonas de autarquia” dentro do Poder Legislativo – em que as decisões pareceriam não estar fundadas em qualquer padrão de racionalidade –; e que é notável a dificuldade, quanto a várias leis, de se estabelecer claramente a vinculação entre a decisão legislativa tomada e suas razões subjacentes.

Ocorre que, da mesma forma como ocorre com a atividade jurisdicional, a atividade legislativa às vezes será racional, às vezes não. Em ambos os casos, isso vai depender muito de quais razões são dadas como justificção e como essa foi apresentada e, depois, interpretadas pela comunidade jurídica ao redor. Inclusive, desde um ponto de vista realista, não se pode deixar de reconhecer que, mesmo textos legais que apresentam racionalidade própria – como os casos estudados na Parte II – são suscetíveis de serem interpretados como lacunosos, inconsistentes, incoerentes ou deficiários por outros personagens que não os legisladores.

Enfim, aqui, acreditando que é possível fazer mais que simplesmente criticar (a realidade, por viciada, e as teorias, por demasiado abstratas ou incompletas), a preocupação que permeou a pesquisa se voltou para dar um passo adiante nesse diagnóstico e pensar formas de melhorar, tanto as teorias (colocando a discussão em um caminho mais adequado), quanto as práticas legislativas (com sugestões concretas e de viabilidade real).

Esse “projeto” – que não é propriamente novo, mas foi abandonado diversas vezes ao longo da história – precisa ser retomado urgentemente. Em primeiro lugar, pela importância e pelo proveito que o campo de estudos em questão pode render. Como se viu ao longo de todo o trabalho, embora tenham sido negligenciadas por longos períodos, as teorias da legislação e da argumentação legislativa trazem os ingredientes tanto para o aperfeiçoamento das leis, quanto para a avaliação de sua qualidade, ambos requisitos indispensáveis a seres usados no momento da aplicação e interpretação das leis, sobretudo no âmbito administrativo e judicial.

Isso porque, como visto, em um Estado de direito, as leis precisam ser o ponto de partida das decisões judiciais e muitas vezes esse ponto de partida deverá ser próximo ao ponto de chegada. Essa “distância” (maior ou menor) vai depender de se a lei é boa ou ruim, do seu grau de racionalidade, da densidade normativa, vagueza, etc., sendo certo que todas essas são questões cujos critérios para a respectiva medição são fornecidos pelas teorias aqui estudadas sobre como fazer boas leis. Como se pode verificar que há leis melhores que outras, trata-se de examinar o que condiciona isso.

Além disso, os espaços de indeterminação ou discricionariedade que o texto legislativo eventualmente pode apresentar podem ser intencionais ou não intencionais e a

verificação sobre um caso concreto – para saber se se encaixa em um ou outro – passa por demonstrá-lo à luz da argumentação legislativa, das razões dadas ao longo da elaboração da lei. Assim como na fundamentação da derrotabilidade das normas, os aplicadores não estão “livres” para atuar segundo “lhes pareça”, de modo que a aplicação em algum momento reconduz ao momento da criação da legislação.

Em segundo lugar, o resgate dos estudos legislativos aqui conclamado pode cumprir um papel de utilidade pública. Não há dúvidas que a “agenda legislativa” oportuniza uma vasta gama de decisões que, potencial e verdadeiramente, impactam a vida dos cidadãos de forma mais ampla. A pauta temática dos Parlamentos é infinitamente superior às pautas judiciais das supremas cortes, em se considerando suas decisões *erga omnes*, com transcendência além do caso concreto. Nos Estados Unidos, por exemplo, os temas dessa ordem não costumam passar de 20 ao ano (essa é a média dos temas selecionados para julgamento nesse país). No Brasil, mesmo com as tendências de uniformização e julgamento multidutinários – que conduzem a uma grande quantidade de processos julgados anualmente –, a quantidade de “assuntos solucionados” não é muito superior à norte-americana.

No ano de 2017, por exemplo, o STF proferiu 126.530 decisões, mas o que realmente contaria como transcendente é o seguinte número: a Corte resolveu 44 teses de repercussão geral. Nesse ritmo, o STF demorará mais de dez anos para “zerar” o estoque das matérias com repercussão geral reconhecida que ainda aguardam resolução. Isso, se mais nenhum assunto fosse declarado para seguir essa sistemática, o que obviamente não será o caso. Só no ano de 2017, foram 974 novas questões afetadas ao regime de repercussão geral, ou seja, mais temas entraram na fila de espera por decisão.

Sobretudo em razão desse ritmo, vê-se que o Poder Judiciário não será o lugar mais adequado para a discussão de determinados assuntos, especialmente os problemas sociais que demandam resolução com maior urgência. Especialmente quanto a esses temas, o Parlamento apresenta maior capacidade institucional e tais condições não se dão somente em termos de *timing*. Não é o momento de reabrir as discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, mas tampouco se pode deixar de lembrar que é o Parlamento o *locus* de representação popular por excelência.

Com efeito, essa maior amplitude e importância da pauta dos Parlamentos para a vida dos cidadãos se torna ainda mais evidente com a inclusão nessa conta dos poderes normativos das agências reguladoras e demais instâncias produtoras de normas. Como a preocupação com o melhoramento da elaboração normativa é comum a esse âmbito, corrobora-se que voltar os

olhos para a criação legislativa é uma tarefa extremamente importante. Além da amplitude, da vecolidade, até a dinâmica dos temas legislativos tende a ser diferente.

Seguindo por essa linha de raciocínio, o fomento à cultura de legisladores argumentadores certamente contribuiria para melhorar o Estado de direito e o ordenamento jurídico como um todo. Entenda-se: legisladores capazes de justificar suas decisões com base nas melhores razões existentes, afastando-se dos interesses escusos ou de qualquer risco de arbitrariedade, possivelmente conseguirão diminuir as dúvidas que eventualmente podem surgir na aplicação e por parte dos intérpretes. Ademais, o certo é que o controle (judicial) da racionalidade dos legisladores deve ser feito justamente a partir das razões que esses dão. Não existe outro caminho à luz do enfoque argumentativo.

Como já dito, não se trata de defender um “legicentrismo”, um formalismo ou negar a possibilidade de construção judicial do Direito. O principal móvel aqui foi o de, após entender como argumentam os legisladores – verificando se realmente se cumpre o senso comum de que o fazem pouco e mal –, verificar onde está a raiz desse déficit argumentativo e pensar formas de melhorar as práticas legislativas em geral. E, se é verdade que “*não há nada mais prático do que uma boa teoria*”, as reflexões precisavam começar no próprio plano teórico.

Foi assim que se explicaram as premissas adotadas, especialmente a necessidade de dar razões também no âmbito da elaboração normativa, como parte da consolidação do Estado Constitucional.

Por trás do propósito mencionado residiu a crença no sentido de que os legisladores, sim, podem estar capacitados para captar os valores sociais e constitucionais para a legislação. Ignorar esse potencial dos membros Poder Legislativo – como vem acontecendo atualmente, e se pode comprovar até mesmo pela falta de atenção dada ao tema, pois ainda são poucos os estudos mais específicos – equivaleria a defender que somente os juízes detêm o monopólio das virtudes jurídicas. Essa lógica, levada ao extremo, converteria o Poder Judiciário no único fiel depositário da racionalidade jurídica, o que além de um privilégio político não expressado na Constituição e sequer desejado, parece ser um absurdo.

A esperança aqui guardada no sentido de que é possível avançar na racionalidade legislativa, no entanto, não é ingênuo. É sabido que são grandes os obstáculos e que investir no aperfeiçoamento das leis e das práticas legislativas não vai resolver todos os problemas jurídicos. Inevitavelmente existirão problemas de lacunas normativas, situações cuja solução não foi (claramente) prevista nas leis aprovadas. O ponto da virada, aqui, é apostar que esse – o reforço das capacidades argumentativas legislativas – pode ser um bom começo, até mesmo porque o Poder Legislativo não pode ser um adorno inútil.

Como já afirmado, por mais que o constitucionalismo, as teorias jurídicas e as técnicas de raciocínio judicial tenham evoluído, nada disso é razão para deixar de investir no aperfeiçoamento das leis, sobretudo enquanto estas continuem sendo o grande pilar do Estado de Direito. Com isso, igualmente dá-se por óbvio que deve ser rejeitado o postulado neoconstitucional de que não haveria diferenças entre regras e princípios.

Acredita-se que a pesquisa pode ter contribuído, em alguma medida, para esclarecer as questões envolvendo a racionalidade das questões legislativas e a sua importância, nem que tenha sido para mostrar que, quando se fala em racionalidade no âmbito legislativo, existe muito mais do que a simples técnica legislativa, que costuma ser a ideia mais associada à elaboração das leis. Essa é a parte mais lembrada, conhecida (e ao mesmo tempo mais limitada), como se pôde observar.

Na verdade, a eventual melhor contribuição que este trabalho pode ter dado é a constatação de que ainda há muito por fazer. A produção teórica precisa avançar. É necessário o fomento a reflexões mais genuínas sobre a legislação, pondo um fim à insistência de alguns estudiosos em tentar transpor para esse campo autores que, embora consagrados na teoria e na filosofia do direito, não se dedicaram a refletir sobre as questões legislativas como devido. É inadequada e infrutífera a tentativa de usar como referências, por exemplo, Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre outros que prestaram grandes serviços à compreensão da jurisdição. Os problemas e desafios no Poder Legislativo são outros. Desse modo, se mais estudiosos aceitarem o convite de se enveredar por essa empreitada, o trabalho já vai ter servido para algo.

Portanto, a linha de pesquisa não se esgota aqui. Tendo sido necessário concluir esta investigação, inevitavelmente perguntas ficaram em aberto e temas relevantes ficaram de fora, sobretudo da Parte III, pois exigiriam mais tempo que o então disponível para a devida reflexão. Tratam-se dos pontos mais analíticos sobre os quais é necessário seguir aprofundando e que, entende-se aqui, devem ser incluídos nas abordagens mais sérias sobre a elaboração legislativa.

Inicie-se, por exemplo, com os próprios conceitos de “racionalidade” e “racionalidade legislativa”. Falar em racionalidade sem mais é como nada dizer. Fora de um contexto, e um contexto nunca será igual ao outro, essa palavra tem significados tão amplos, que se torna esvaziada e a racionalidade se converte em um compromisso conceitual abstrato. Por seu turno, definitivamente, os estudos sobre as “peculiaridades da racionalidade legislativa” merecem maior continuidade.

Sobretudo a partir da revisão bibliográfica realizada na Parte I, notou-se que a maioria dos autores apresentados – à exceção de Virgílio Zapatero e Manuel Atienza – se evadem de

fornecer um conceito de racionalidade. Como visto, o primeiro autor define “racionalidade” como uma espécie de coerência entre as decisões com o conjunto de máximas, princípios e regras, etc., que compartilha uma comunidade determinada e cujos membros consideram que deve ser a base para tomar determinadas decisões.

Já o segundo autor ensaia diferenciar “racionalidade” e “razoabilidade”, explicando que ambas tem “conteúdo variável”, e envereda por outro caminho, notadamente influenciado pelo raciocínio judicial, não pelo legislativo. E de fato deve-se reforçar que tais digressões sobre esses conceitos não constam de seus escritos sobre a teoria da legislação e da racionalidade legislativa.

Manuel Atienza entende que uma decisão jurídica é “racional” se (e somente se): 1) respeita as regras da lógica dedutiva; 2) respeita os princípios da racionalidade prática; 3) é adotada sem eludir a utilização de alguma fonte do direito de caráter vinculante; e 4) não é tomada sobre a base de critérios éticos, políticos, etc., não previstos especificamente (embora possam estar genericamente) no ordenamento jurídico.

Por seu turno, entende que uma decisão jurídica é “razoável” (e somente se): 1) é tomada em situações em que não seria aceitável (ou não se podia) adotar uma decisão estritamente racional; 2) alcança um equilíbrio entre exigências contrapostas, mas que necessariamente tinham que ser consideradas na decisão; e 3) é aceitável pela comunidade.

Como se vê, seria preciso fazer uma releitura desses conceitos no âmbito legislativo. A racionalidade na atividade legislativa não é a da filosofia tradicional, de uma racionalidade lógico-matemática, formal, dedutiva. No espectro legislativo, a racionalidade provém sobretudo da “lógica prática”, pragmática, estratégica, argumentativa, o que muitas vezes faz com que se confundam as noções de racionalidade e razoabilidade. Nessa esfera, pode ser difícil traçar uma fronteira entre o razoável e o racional, embora tenha que ficar para outro momento a explicação sobre tais palavras.

Nada obstante, a maioria dos demais autores simplesmente ignora o ponto e alguns preferem adotar uma atitude de cinismo ou, como dito, usam tom metafísico. Seja como for, o fato é que se trata de noção que, além de gradual, é extremamente equívoca, ainda mais no raciocínio legislativo.

Não se trata de uma grandeza fixa, tampouco é um conceito jurídico indeterminado, mas de conteúdo variável, dependente das circunstâncias e do equilíbrio entre as diversas exigências contrapostas. Assim, uma das tarefas pendentes para estudos futuros de teoria da legislação é a de conferir à noção de racionalidade legislativa maior densidade de conteúdo.

Isso porque a racionalidade legislativa é extremamente diferente da judicial e, como reconhecia Norberto Bobbio, é em alguma medida superior a essa última: a liberdade do legislador é mais ampla que a do juiz. Para esse último autor, a potência criadora, fundadora do direito ocuparia um lugar “mais alto”, ao passo que a razão julgadora tem a tarefa de “desenvolver o que já está posto”, sendo, portanto, secundária, subordinada à primeira.

Com efeito, uma das características mais destacadas do raciocínio legislativo é o seu caráter marcadamente consequencialista, o que já foi repetido várias vezes. As leis têm objetivos a alcançar, é preciso refletir sobre os meios necessários para tanto e lidar com os demais efeitos colaterais que a medida pode envolver, desejados ou não (as “externalidades das leis”). Como se comentou, esses são dois raciocínios consequencialistas imbricados, o de primeira e o de segunda ordem. Embora o raciocínio judicial também tenha que se preocupar minimamente com as consequências, parece claro que tal reflexão, por parte dos juízes, joga um papel muito mais acessório.

Em se adotando o compromisso de transformação social, função que se deseja que cumpram as práticas jurídicas, a coerência desempenha um papel fraco (para não dizer nulo) à racionalidade legislativa. Isso, contudo, não quer dizer que os legisladores podem simplesmente desconsiderar o restante do ordenamento jurídico. A ideia é outra. Trata-se do poder-dever de introduzir inovações voltadas para solucionar os problemas sociais e promover uma evolução das práticas sociais, na maior medida possível. Para romper com padrões arcaicos e conservadores, às vezes é preciso deixar a coerência de lado.

Essa característica, por certo, já faz entrar em outra peculiaridade da racionalidade por ocasião da elaboração de leis: com frequência, o que seria “ideal” dá lugar ao chamado “segundo melhor”, ou seja, ao que é possível nas condições de tempo e lugar. É que a legislação (como atividade) é o momento por excelência da imbricação entre o direito, a moral e a política e é esta última quem acaba dando as coordenadas. Explique-se melhor.

A elaboração legislativa é uma atividade essencialmente cooperativa e, como se sabe, existe uma racionalidade específica nos empreendimentos coletivos. Nesse contexto, como as ações independentes dificilmente levam ao resultado que se deseja alcançar (a aprovação de uma única lei), são necessários acomodamentos e adaptações de cada um dos participantes para a aproximação à obra global. Essa dinâmica se traduz nas emendas parlamentares e nos acordos políticos. Tomando-se emprestada a metáfora de Carlos Santiago Nino, o comportamento dos legisladores é como o dos músicos em uma orquestra, cada qual devendo ajustar suas contribuições às dos demais (se o que interessa é a obra coletiva, a aprovação da lei).

Avançando nessa linha de raciocínio, justamente por ser produto da vontades das maiorias, a racionalidade legislativa tem que estar intimamente ligada ao bem comum. Como consequência disso, o raciocínio legislativo, a legislação (atividade), também entram como uma “*técno-práxis*”, como diz Manuel Atienza, em que a deliberação a respeito dos fins e dos valores tem um papel fundamental, a forma e o conteúdo das leis devem estar a serviço desses fins e valores. Daí a necessidade de aproximação da ética com a política. O momento legislativo, então, seria mais um exemplo dessa peculiar combinação entre “técnica social” e “filosofia prática” (ou um “híbrido”, como prefere Manuel Atienza). O determinante na atividade legislativa é a razão prática, do conteúdo para a resolução dos problemas humanos práticos, políticos e jurídicos.

Esse componente moral, inclusive, é o que torna compatível a preocupação com as teorias da legislação com uma concepção pós-positivista do Direito. Esse é o caminho viável que o Estado Constitucional abre para as teorias da legislação.

Além da definição de “racionalidade” e da reflexão mais aprofundada sobre as peculiaridades e vicissitudes da “racionalidade legislativa”, outros conceitos cujos estudos devem ser incrementados são a noção de “razoabilidade”, de “proporcionalidade” e de “ponderação legislativa”. Quanto a esta última, dê-se uma breve amostra de sua importância.

Dado que o raciocínio legislativo é essencialmente de adequação meios-fins e de juízo sobre as consequências antecipáveis, seria necessário seguir refletindo sobre os critérios de ordenação dessas consequências geradas por uma decisão legislativa, como apontado por Fernando Leal. Aproveitando o gancho deixado por esse autor, trata-se de responder à seguinte pergunta: quais valores deveriam determinar a ordenação (*ranking*) das consequências legislativas antecipáveis?

A primeira resposta possível (e naturalmente a mais óbvia), seria separar as desejáveis e as indesejáveis (outros critérios poderiam ser: imediatas, mediadas, diretas, indiretas, etc.). No entanto, isso já conduz a outra indagação: como solucionar possíveis colisões em uma mesma situação? Ou, em outras palavras: seria possível “ignorar” determinadas consequências indesejáveis e seguir um determinado curso de ação legislativa?

Esses aprofundamentos, naturalmente, seriam à luz da visão argumentativa do Direito. A ideia seria investigar de que maneira esses conceitos se projetam na teoria da legislação. Isso, não somente de modo abstrato. Explique-se.

Especialmente a partir dessa revisão bibliográfica realizada na Parte I, restaram evidenciadas algumas características importantes das teorias apresentadas, como a preocupação genuína com a melhoria das leis e da atividade legislativa em geral, muito embora a maioria

das perspectivas teóricas apresente um grau de abstração tão elevado, que acaba conduzindo a um baixo grau de concreção das ideias. Isso costuma acontecer, acredita-se, nas situações em que a teorização é feita de maneira distante, sem olhar para as práticas reais.

O apelo filosófico e a profundidade de tratamento precisam conduzir, na medida do possível, a propostas mais palpáveis para a melhoria das rotinas. Os estudiosos precisam se abster de investigar falsos problemas ou problemas irrelevantes.

Esse ponto é importante: as teorias da legislação e da argumentação, para serem úteis, precisam ter mais pontos de conexão entre o direito (e os ideais abstratos) e a realidade, até mesmo porque os legisladores (em maior medida que os juízes) precisam incorporar melhor esse papel de protagonismo para diminuir a distância entre o direito dos livros (*law in the books*) e o direito em ação (*law in action*). Não se pode falar em Estado de direito se as leis não são cumpridas, sem que haja uma boa legislação.

É que definitivamente as leis são o instrumento mais legitimado de controle, direção e, o mais importante, a transformação social.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n. 1, 1988, pp. 5-34.
- AGUILÓ REGLA, Josep. **El arte de la mediación**: argumentación, negociación y mediación. Madrid: Trotta, 2015.
- _____. Cuatro modos de debatir. **Doxa**, n. 36, 2013, pp. 211-227.
- _____. Interpretación constitucional: algunas alternativas teóricas y una propuesta. **Doxa**, n. 35, 2012, pp. 235-260.
- _____. Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. **Jurídicas**, v. 5, n. 1, 2008, 13-28.
- _____. "Tener una constitución", "darse una constitución" y "vivir en Constitución". **Isonomía**, n. 28, 2008, pp. 67-86.
- _____. Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **Doxa**, n. 30, 2007, pp. 665-675.
- _____. **La Constitución del Estado Constitucional**. Lima: Palestra, 2004.
- _____. Sobre la constitución del Estado constitucional. **Doxa**, n. 24, 2001, pp. 429-457.
- AGUILÓ REGLA, Josep; CASTRO, Pedro P. Grández (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017.
- AHUMADA RUIZ, Marian, Responsabilidad patrimonial del Estado por las leyes inconstitucionales (o el derecho a no ser perjudicado por una ley inconstitucional). **Revista Española de Derecho Constitucional**, n. 62, 2001, pp. 301-352.
- AJA FERNÁNDEZ, Eliseo. **Estado autonómico y reforma federal**. Madrid: Alianza Editorial, 2014.
- _____. La reforma constitucional del Senado: hacia una cámara autonómica designada por los gobiernos. In: RUBIO LLORENTE, Francisco; ÁLVAREZ JUNCO, José (Eds.). **El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional**: texto del informe y debates académicos. Madrid: Árbol académico, 2006, pp. 709-731.
- _____. Principales líneas de la reforma constitucional del Senado. **Autonomies: revista catalana de dret públic**, n. 20, 1995, pp. 61-78.
- ÁLAVA REYES, María Jesús. **La verdad de la mentira**. Madrid: La Esfera Editorial, 2016.
- ALEMANY, Macario. **El paternalismo jurídico**. Madrid: Iustel, 2006.
- _____. El concepto y la justificación del paternalismo. **Doxa**, n. 28, 2005, pp. 265-303.

- ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review, and representation. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005, pp. 572-581.
- ALLEN, Steve. **Cómo detectar mentiras y engaños a través del lenguaje corporal**: Createspace Independent Pub, 2016.
- ALMEIDA, Guilherme Alberto de Almeida. Marco Civil da Internet –Antecedentes, Formulação Colaborativa e Resultados Alcançados. In: ARTESE, Gustavo (Coord.). **Marco Civil da Internet**: análise jurídica sob uma perspectiva empresarial. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 19-64.
- ALONSO GALLO, Jaime. Las decisiones en condiciones de incertidumbre y el derecho penal. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 4, 2011.
- _____. Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal. In: Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García. Madrid: Bosch, 2006, pp. 31-48.
- ALONSO GARCÍA, María Consuelo, **La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador**. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- ALVAREZ BARBEITO, Pilar. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador: especial referencia a la vulneración del derecho comunitario. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 8, 2004, pp. 61-76.
- AMARAL, Cláudio do Prado. A Lei nº 9.099/95, a política criminal e a violência doméstica contra a mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 111-133.
- AMAYA, Amalia. Virtudes, argumentación jurídica y ética judicial. **Diánoia**, v. LVI, n. 67, nov. 2011, pp. 135–142.
- AMAYA, Amalia et ali. Emociones y virtudes en la argumentación jurídica. Ciudad del México: Instituto de la Judicatura Federal, Tirant lo blanch, 2017.
- ANDERSON, Christopher J.. The Psychology of Doing Nothing: Forms of Decision Avoidance Result from Reason and Emotion. **Psychological Bulletin**, v. 129, n. 1, 2003, pp. 139-167.
- ANDRADA, Bonifácio. A experiência da consolidação no Congresso Nacional. In: MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **A Consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa, 2003, pp. 141-151.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista brasileira de ciências criminais**, São Paulo, n. 48, jul./set. 2004, pp. 260-290.

- ANSELMO, Alessandra Marquez. **A TV Câmara sob a ótica da comunicação pública: desafios políticos e institucionais**. Monografia (especialização). Curso em Legislativo e Políticas Públicas, Câmara dos Deputados, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), 2011.
- ANTÓN GARCÍA, Lorena. Teorías criminológicas sobre la violencia contra la mujer en la pareja. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 49-79.
- ARANAU, María Luisa Cuerda. Consideraciones político-criminales sobre las últimas reformas de la Ley Penal del Menor. **Revista Penal**, n. 22, jul. 2008. Disponível em: <[http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view File/359/350](http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/File/359/350)>. Acesso em: 30 nov. 2016.
- ARBEX, Daniela. **Todo Dia a Mesma Noite**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.
- ARENDT, Hannah. La mentira en la política. Reflexiones sobre los documentos del Pentágono. In: **Crisis de la República**. Madrid: Trotta, 2015.
- _____. Verdad y política. In: **Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política**. Barcelona: Península, 1996, pp. 239-277.
- ARIELY, Dan. **Por qué mentimos... en especial a nosotros mismos**. La ciencia del engaño puesta al descubierto. Barcelona: Ariel, 2012.
- ARIELY, Dan, LOEWENSTEIN, George, PRELEC, Drazen. Coherent arbitrariness, stable demand curves without stable preferences. **The Quarterly Journal of Economics**, n. 118, 2003, pp. 73-105.
- ASSIS, Luiz Gustavo Bambini de. **Processo legislativo e orçamento público: a função de controle do Parlamento**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.
- ATIENZA, Manuel. **A model for the analysis of legislative reasoning**. Conferência apresentada no International Workshop on Legisprudence Conceptions and misconceptions of legislation. Universidade de Zaragoza, 23 e 24 de fevereiro de 2018. (Manuscrito fornecido no evento).
- _____. **Filosofía del derecho y transformación social**. Madrid: Trotta, 2017a.
- _____. Algunas tesis sobre el razonamiento judicial. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017b, pp. 11-42.

- _____. Epílogo (abierto). In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017c, pp. 419-460.
- _____. Entrevista a Francisco Laporta. **Doxa**, n. 38, 2015, pp. 557-577.
- _____. **Curso de argumentación jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.
- _____. **Introducción al derecho**. México, DF: Fontamara, 2011.
- _____. **Tras la justicia**. Barcelona: Ariel, 2012.
- _____. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.
- _____. Entrevista a Mario Losano. **Doxa**, n. 28, 2005, pp. 369-403.
- _____. Argumentación y legislación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 89-112.
- _____. ATIENZA, Manuel. Ética judicial. **Jueces para la democracia**, n. 40, 2001, pp. 17-18.
- _____. Virtudes judiciales: selección y formación de los jueces en el estado de derecho. **Claves de Razón Práctica**, n. 86, 1998, pp. 32-42.
- _____. **Contribución a una teoría de la legislación**. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. Para una teoría de la argumentación jurídica. **Doxa**, n. 08, 1990, pp. 39-40.
- _____. Contribución para una teoría de la legislación. **DOXA**, n. 06, 1989a, pp. 385-403.
- _____. Sociología jurídica y ciencia de la legislación. In: BERGALLI, Roberto (Coord.). **El Derecho y sus realidades: investigación y enseñanza de la sociología jurídica**. Barcelona: Jornadas sobre la investigación y la enseñanza de la sociología jurídica, 1989b, pp. 41-70.
- ATIYAH, P. S.; SUMMERS, R. S. **Form and substance in anglo-american law**. A comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero**. Experiências e representações sociais. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2014.
- AYALA GARCÍA, Juan Mateo; BASALDUA, Juan Ignacio Echano; et all. **Algunas cuestiones relativas a las reformas de derecho penal y procesal penal**. Cuadernos penales José María Lidón n. 10. Bilbao: Universidad de Deusto, 2014.
- AZEVEDO, Maria Amélia. **Mulheres espancadas: A violência denunciada**. São Paulo: Cortez, 1985.

- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. Comentario al Proyecto de Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género. **Artículo 14, una perspectiva de género**: Boletín de información y análisis jurídico, n. 16, 2004, pp. 22-23.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral dos atos parlamentares. **Revista de Informação Legislativa**, v. 21, n. 81, jan./mar. 1984, pp. 259-322.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo legislativo e democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BARNES, Jeb. **Overruled?** Legislative Overrides, Pluralism, and Contemporary Court-Congress Relations. Stanford: Stanford University Press, 2004.
- BARRÈRE UNZUETA, María Ángeles. La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas públicas. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 87-88, 2010, pp. 225-252.
- _____. De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español. **Jueces para la democracia**, n. 51, 2004, pp. 26-33.
- BARROS, Sebastián. Populismo, pueblo y liderazgo en América Latina. **Colombia Internacional**, n. 82, 2014, pp. 297-302.
- _____. La presencia obnubilante del populismo. **Utopía y praxis latinoamericana: revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social**, n. 58, 2012, pp. 39-52.
- BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>>. Acesso em: 29 maio 2018.
- BARSTED, Leila Linhares. Lei Maria da Penha. Uma experiência bem sucedida de *Advocacy*. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha comentada na perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 13-37.
- BASTIAT, Frédéric. **A lei**. Barueri, SP: Faro editorial, 2016.
- BELAZA, Mónica Ceberio. Entrevista a José Luis Díez Ripollés: “En las cárceles españolas ya hay más presos por violencia de género que por tráfico de drogas”. **El País**, 08/01/2018. Disponível em: <https://politica.elpais.com/politica/2018/01/01/actualidad/1514801354_510396.html>. Acesso em: 12 jan. 2018).
- BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José. Estudio de una regulación anunciada: El delito de maltrato habitual. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 52, Fasc/Mes 1-3, 1999, pp. 403-450.
- BENTHAM, Jeremy. **Tácticas parlamentarias**. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991.

- _____. **Falacias políticas**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- BERGALLI, Roberto; BODELÓN, Encarna. La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 9, 1992, pp. 43-74.
- BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics**. Indianapolis: Bobbs-Merril, 1962.
- BIROLI, Flávia. Autonomia, preferências e assimetria de recursos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 31, n. 90, pp. 39-57.
- BLANCO, María. **Afrodita desenmascarada: una defensa del feminismo liberal**. Barcelona: Deusto, 2017.
- BLANCO VALDÉS, Roberto L. El mito político de los senados territoriales. In: CARBONELL, Miguel; FIX FIERRO, Héctor; VALADÉS, Diego (Coords.). **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria**. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, t. IV, v. 1. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 297-325.
- BODELÓN GONZÁLEZ, Encarna. Violencia institucional y violencia de género. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 131-155.
- _____. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Didot, 2012a.
- _____. Las políticas públicas contra la violencia patriarcal en España y en Brasil. In: MELLO, Adriana Ramos de. **Revista da EMERJ**, v. 15, n. 57 (Edição Especial – I Encontro Internacional sobre violência de gênero Brasil-Espanha), 2012b, pp. 43-58.
- _____. Violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo. In: LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa; RUBIO, Ana (Coords.). **Género, violencia y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 275-300.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Angel; RUEDA MARTÍN, María Angeles. La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal: reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. **Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres**, n. 15, 2004, pp. 65-73.
- BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. **Manual de redação**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004.
- BRASIL. Presidência da República. **Manual de redação da Presidência da República**. 2. ed. rev. e atual. Brasília : Presidência da República, 2002.

- BRASIL. Senado Federal. Consultoria Legislativa. **Manual de Redação Parlamentar e Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 2006.
- BRASIL. Senado Federal. Consultoria Legislativa. **Técnica legislativa**: orientação para a padronização de trabalhos. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002.
- BRASIL. Senado Federal. Consultoria Legislativa. **Manual de elaboração de textos**. Brasília: Senado Federal, Consultoria Legislativa, 1999.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. (Org.). **Políticas públicas. Possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- _____. **Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo M.. Los riesgos y los sesgos del razonamiento judicial en los procesos pro violencia de género. In: GALLARDO RODRÍGUEZ, Almudena; POZO PÉREZ, Marta del (Dir.) **¿Podemos erradicar la violencia de género?: análisis, debate y propuestas**. Granada: Editorial Comares, 2015, pp. 17-30.
- BUSTAMANTE, Thomas. Racionalidad judicial y racionalidad legislativa: un sucinto análisis de la crítica de Manuel Atienza a la tesis del caso especial y su contribución para la teoría de la argumentación en el ámbito legislativo. In: AGUILÓ REGLA, Josep; GRÁNDEZ CASTRO, Pedro Paulino (Eds.). **Sobre el razonamiento judicial. Un diálogo con Manuel Atienza**. Lima: Palestra Editores, 2017, pp. 43-57.
- CALA CARRILLO, María Jesús. Las experiencias de mujeres que sufren violencia en la pareja y su tránsito por el sistema judicial: ¿Qué esperan y qué encuentran? **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 81-105.
- CALAZANS, Myllena; CORTES, Iáris. O processo de criação, aprovação e implementação da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 39-63.
- CALEB, Nelson. Judicial Review of Legislative Purpose. **New York University Law Review**, v. 83, 2008, pp. 1784-1882.
- CAMBA, Julio. **Crónicas parlamentarias y otros artículos políticos (1907-1909)**. Sevilla: Espuela de Plata, 2017.
- CAMERON, Charles. **Veto Bargaining**. Presidents and the Politics of Negative Power. New York: Cambridge University Press, 2000.

- COLOMER, Josep M.. **El arte de la manipulación política: votaciones y teoría de los juegos en la política española**. Barcelona: Anagrama, 1990.
- CALSAMIGLIA, Albert. *¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?* **Doxa**, n. 13, 1993, pp. 161-178.
- _____. Justicia, eficiencia y optimización de la legislación. **Documentación administrativa** (Ejemplar dedicado a: Administración y Constitución: El principio de eficacia), n. 218-219, 1989, pp. 113-152.
- CALVO GARCÍA, Manuel. La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica. **Doxa**, n. 3, 1986, pp. 113-127.
- _____. Metodología jurídica e interpretación: El postulado de la racionalidad del legislador. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 3, 1986, pp. 101-132.
- CAMPOS, José de Queiroz. **A arte de elaborar a lei**. Rio de Janeiro: Verbete, 1972.
- CASTELLANOS LÓPEZ, José Antonio. **Quién fue quién en la transición en Castilla-La Mancha (1977-1982)**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha; Toledo: Cortes de Castilla-La Mancha, 2014.
- CARBAJAL IRANZO, Ignacio. El extraño caso de la ausencia de los grupos Parlamentarios en Westminster. Los “Grupos Parlamentarios” en la Cámara de los Comunes, explicados al lector español. **Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid**, número extraordinario dedicado a Los Grupos Parlamentarios, 2007, pp. 91-116.
- CARMENA CASTRILLO, Manuela. Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley integral de Violencia de Género. **Jueces para la Democracia**, n. 53, 2005, pp. 29-38.
- CARRILLO, Fran. **El porqué de los populismos: Un análisis del auge populista de derecha e izquierda a ambos lados del Atlántico**. Barcelona: Deusto, 2017.
- CARVALHO, Heraldo Pereira de. **A subtração do tempo de interstício entre turnos de votação de proposta de emenda à Constituição de 1988: uma contextualização de interesses segmentados em detrimento do direito da cidadania**. 2010. 170 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2010.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Técnica Legislativa: Legística formal**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. **A sanção no procedimento legislativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.
- CASALS, Miguel Martín. La técnica de las Checklisten. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **Curso de Técnica Legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1.

- Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 253-290.
- CASSEB, Paulo Adib. **Processo legislativo: atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- CAVALCANTI FILHO, João Trindade. **Processo legislativo constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CELMER, Elisa Girotti; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Violência de gênero, produção legislativa e discurso punitivo – uma análise da Lei nº 11.340/2006. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 14, n. 170, jan. 2007, pp. 15-17.
- CERQUEIRA, Daniel et alli. Avaliando a efetividade da Lei Maria da Penha. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Texto para discussão n. 2048**. Brasília, mar. 2015.
- CISNE, Mirla. **Feminismo e consciência de classe no Brasil**. São Paulo: Cortez Editora, 2015.
- COBO, Rosa. **Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau**. Valencia: Ediciones Cátedra, 1995.
- COHEN, Marshall. Escepticismo moral en las relaciones internacionales. **Doxa**, n. 03, 1986, pp. 243-256.
- CONOZCA realmente qué es la Ley de Violencia de Género**. Una farsa social. Yo soy un perjudicado por la Ley de Género. Madrid: Sekotia, 2015.
- COSTA, Jorge José da. **Técnica Legislativa: procedimentos e normas**. Rio de Janeiro: Destaque, 1994.
- COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. A legislação simbólica como fator de envenenamento do ordenamento jurídico brasileiro: direito e política. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (Eds.). **Política pública como campo disciplinar**. São Paulo, Rio de Janeiro: Unesp, Fiocruz, 2013, pp. 181-200.
- CRUZ, José Ángel Fernández. Recensiones. **Revista de Derecho Valdivia**, vol. XVIII, n. 2, dic. 2005, pp. 254-256.
- CUADRADO SALINAS, Carmen; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes. Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. **Feminismo/s** (Ejemplar dedicado Mujeres y Derecho), n. 8, 2006, pp. 143-158.
- CUNHA, Mayra Mesquita Araújo da. **Eleições na TV Senado: Uma análise da cobertura do primeiro turno em 2010 e 2014**. Monografia (especialização). Curso em Comunicação Legislativa, Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), 2015.

- D'AURIA, Aníbal et al. **Las razones de nuestros representantes**. Buenos Aires: Eudeba, 1997.
- DASCAL, Marcelo. Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos. In: MARAFIOTI, Roberto (Ed.). **Parlamentos: teoría de la argumentación y debate parlamentario**. Buenos Aires: Biblos, 2007 pp. 69-90.
- DICKERSON, Reed. Legislative Drafting in London and in Washington. **The Cambridge Law Journal**, v. 17, n. 1, jan-abr. 1959, pp. 49-57.
- DEI VECCHI, Diego. Reglas derrotables en *El império de la ley*. **Analisi e diritto**, 2011, pp. 171-180.
- DÍEZ PICAZO, Luis María. Los Preámbulos de las leyes. In: GÓMEZ ÁLVAREZ, Ubaldo (Coord.). **Estudios de Derecho Público en homenaje a Ignacio de Otto**. Oviedo: Servicio de publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1993, pp. 167-208.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales: teoría e práctica**. Madrid: Trotta, 2003a.
- _____. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La nueva política criminal española. **Eguzkilore**, n. 17, San Sebastián, dez. 2003b, pp. 65-87.
- _____. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, n. 06-03, 2004, pp. 03-1-03-34. Disponible em: <<http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>>. Acceso em: 30 nov. 2016.
- _____. El Grupo de estudios de política criminal: Una iniciativa singular. **Jueces para la democracia**. Información y debate, n. 52, mar. 2005. Disponible em: <<http://www.gepc.es/docs/Once.pdf>>. Acceso em: 30 nov. 2016.
- _____. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires, Montevideo: B de F, 2007.
- _____. **Política criminal y derecho penal**. Estudios. Valencia: Tirant lo blanch, 2013.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; CADENAS, Manuel Cachón; et al. **Las recientes reformas penales: algunas cuestiones**. Cuadernos penales José María Lidón n. 1. Bilbao: Universidad de Deusto, 2004.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel; BENÍTEZ JIMÉNEZ, María José. **La política criminal contra la violencia sobre la mujer pareja (2004-2014): su efectividad, eficacia y eficiencia**. Valencia: Tirant lo blanch, 2017.
- DIGES, Margarita. **Testigos, sospechosos y recuerdos falsos: estudios de psicología forense**. Madrid: Trotta, 2016.
- _____. La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de la prueba de testigos. **Jueces para la democracia**, n. 68, 2010, pp. 51-68.

- DIGES, Margarita; SOLVES, José Joaquín Mira. Psicología del testimonio: concepto, áreas de investigación y aplicabilidad de sus resultados. **Papeles del psicólogo**, n. 48, 1991. Disponível em: <<http://www.papelesdelpsicologo.es/resumen?pii=484>>. Acesso em: 16 jan. 2018.
- _____. Teorías intuitivas sobre la memoria de testigos: un examen de metamemoria. *Revista de Psicología Social*, v. 6, n. 1, 1991, pp. 47-60.
- _____. Aplicación de la psicología al estudio de los procedimientos policiales de recuerdo de personas. **Estudios de Psicología**, n. 29-30, 1987, pp. 211-219.
- DIXIT, Avinash, SKEATH, Susan; REILEY Jr., David. **Games of Strategy**. New York: W.W. Norton & Company, 2009.
- DOBELLI, Rolf. **A arte de pensar claramente**: como evitar as armadilhas do pensamento e tomar decisões de forma mais eficaz. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.
- DURÁN FEBRER, María. Análisis jurídico-feminista de la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género. **Artículo 14, una perspectiva de género**: Boletín de información y análisis jurídico, n. 17, 2004, pp. 4-13.
- DUVERGER, Maurice. **Instituciones políticas y derecho constitucional**. Barcelona: Ariel, 1970.
- DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here?** New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- _____. Equality, Democracy, and Constitution. **Alberta Law Review**, n. XXVIII, 1989-1990, pp. 324-346.
- EASTON, David. **A Framework for Political Analysis**. New Jersey: Prentice Hall, 1965.
- _____. **Uma teoria de análise política**. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- _____. **Modalidades de análise teórica**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- _____. The policial system besieged by the State. **Political Theory**, v. 9, aug. 1981, pp. 303-325.
- ELY, John Hart. **Democracia e Desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- EKINS, Richard. **The nature of legislative intent**. New York: Oxford University Press, 2012.
- EKMAN, Paul. **Como Detectar Mentiras. Una guía para utilizar en el trabajo, la política y la pareja**. Barcelona: Paidós, 2009.
- ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual - Editora Jurídica Brasileira**, 1999.

- ENGLICH, Birte. Blind or Biased? Justitia's Susceptibility to Anchoring Effects in the Courtroom Based on Given Numerical Representations. **Law & Policy**, v. 28, n. 4, 2006, pp. 497-514.
- ESQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional. **Isonomía**, n. 1, 1994, pp. 70-99.
- EUGENIO, Gabriel Soares. **Pelo direito de existir além das barreiras patologizantes: a experiência das pessoas trans em uma perspectiva argumentativa**. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2018.
- EVAN, William. Law as an instrument of social change. In: GOULDNER, Alvin W.; MILLER, S. M. (Eds.). **Applied sociology: opportunities and problems**. New York: Free Press, 1965, pp. 285-293.
- FAIRCLOUGH, Isabela; FAIRCLOUGH, Norman. Argument, Deliberation, Dialectic and the Nature of the Political: A CDA Perspective. **Political Studies Review**, v. 11, 2013, pp. 336–344.
- FALCÃO, Joaquim; WENECK, Diego; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte, MG: Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.
- FARIA, José Eduardo. Processo legislativo como balcão de negócios. **Instituto Milenium**, 08/11/2017. Disponível em: <<https://www.institutomillennium.org.br/general-politica/processo-legislativo-como-balcao-de-negocios/>>. Acesso em: 19 abr. 2018.
- FARIÑA RIVERA, Francisca; NOVO PÉREZ, Mercedes; ARCE FERNÁNDEZ, Ramón. Heurístico de anclaje en las decisiones judiciales. **Psicothema**, v. 14, n. 1, 2002, pp. 39-46.
- FERNANDES, Maria da Penha Maia. **Sobrevivi... posso contar**. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación. Mainstreaming de género y cambio social. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 49, 2015, pp. 333-365.
- FERRARI, Vincenzo. **Funciones del derecho**. Madrid: Editorial Debate, 1989.
- FERREIRA, Jair Francelino. **A Lei Complementar nº 95, de 1998, e a técnica de alteração das leis: incoerências e controvérsias textuais na legislação federal decorrentes do procedimento de alteração das leis**. Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Instituições e Processos Políticos do Legislativo, 2009.
- FERREIRA, Luiz Pinto. Técnica legislativa como a arte de redigir leis. **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, v. 1, n. 1, jan./jun. 1985, pp. 222-253.

- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRERES COMELLA, Victor. **Justicia constitucional y democracia**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2012.
- _____. **Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- FERRERO, Jesús M.^a Corona; VALL, Francesc Pau; ARANDA, José Tudela (Coord.). **La técnica normativa a debate**. Madrid: Tecnos, Asociación Española de Letrados de Parlamentos, 1994.
- FIGUEROA, Alfonso García. Legislación y neoconstitucionalismo: sobre la necesidad de superar los presupuestos positivistas de la ciencia de la legislación en el Estado constitucional. In: GARCÍA, Estanislao Arana (Dir.). **Algunos problemas actuales de técnica legislativa**. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 19-64.
- FLUMIAN, Renan; GARCIA, Wander. **Dr. Corrupção. Como ser eleito, manter-se no poder e ganhar muito dinheiro na política**. Indaiatuba, SP: Editora Artem Vivendi, 2015.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FRANKFURT, Harry G.. **Bullshit – A conversa, o embuste e a mentira**. Lisboa: Bookout serviços, 2018.
- FULLER, Lon L. **La moral del derecho**. México, DF: Editorial F. Trillas, S.A., 1967.
- GALIANA SAURA, Ángeles. **La ley: entre la razón y la experimentación**. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.
- _____. **La legislación en el Estado de Derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.
- GALVÃO, Rodrigo (Org.). **Elementos de técnica legislativa: teoria e prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- GAMA LEYVA, Leopoldo. **La justificación del control judicial de constitucionalidad en la teoría del derecho contemporánea**. 2009. 523 f. Tesis Doctoral (Doctorado en Derecho)-Universidad de Alicante, Alicante, 2009.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 9, 1992, pp. 13-42.
- _____. Razón práctica y teoría de la legislación. **Derechos y libertades**: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año 5, n. 9, 2000, pp. 299-318.
- _____. Sociología sistémica y política legislativa. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 5, 1988, pp. 243-272.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La responsabilidad patrimonial del Estado-legislador en el derecho español**, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.
- _____. **Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas**. Cizur Menor: Arazandi, 1999.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad. La reforma constitucional del Senado. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, n. 28, 2015, pp. 19-41.
- _____. Las funciones de un futuro Senado: cuestiones resueltas en el Informe del Consejo de Estado. **Revista española de derecho constitucional**, a. 29, n. 87, 2009, pp. 157-182.
- _____. A vueltas con la reforma constitucional del Senado: de las opciones a las decisiones. **Teoría y realidad constitucional**, n. 17, 2006, pp. 195-222.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. Legislación y neoconstitucionalismo: sobre la necesidad de superar los presupuestos positivistas de la ciencia de la legislación en el Estado constitucional. In: ARANA GARCÍA, Estanislao (Dir.). **Algunos problemas actuales de técnica legislativa**. Cizur Menor: Aranzadi, 2015, pp. 19-64.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. **Idea de la política y otros escritos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1983.
- _____. **Derecho constitucional comparado**. 8^a. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1969.
- GARRIDO LÓPEZ, Carlos; SÁENZ ROYO, Eva. En serio, suprimamos el Senado. **El país**, 21/04/2014. Disponible em: <https://elpais.com/elpais/2014/04/14/opinion/1397488689_758485.html>. Acceso em: 15 nov. 2017.
- _____. Razones para plantear la supresión del Senado. **Cuadernos Manuel Gimenez Abad**, n. 7, 2014, pp. 57-69.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan solo una propuesta. **Isonomía**, n. 21, 2004, pp. 09-21.
- _____. Acerca del concepto de corrupción. In: CARBONELL, Miguel; VÁZQUEZ, Rodolfo (Coords.). **Poder, derecho y corrupción**. Madrid: Siglo XXI, 2003, pp. 19-44.
- _____. Acerca de los conceptos de publicidad, opinión pública, opinión de la mayoría y sus relaciones recíprocas. **Doxa**, n. 14, 1993, pp. 77-95.
- GIANTURCO, Adriano. **A ciência da política: uma introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- GIMENO, Íñigo Ortiz de Urbina. Técnica legislativa en Alemania. In: MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004, pp. 423-454.

- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Legítima defesa da honra. In: REALE JÚNIOR, Miguel; PASCHOAL, Janaína. **Mulher e Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 267-287.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. Hechos y argumentos. (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) (II). **Jueces para la democracia**, n. 47, 2003, pp. 35-50.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José. La constitucionalidad de LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en relación con la reforma de los delitos de lesiones, amenazas y coacciones. In: CARBONELL MATEU, Juan Carlos (Coord.). **Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal**. Madrid: Dykinson, 2005, pp. 483-502.
- GREGORI, Maria Filomena. **Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.
- GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986.
- _____. **Curso de Técnica Legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1. Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- GRIFFITH, John Aneurin Grey. **Parliament: functions, practice and procedures**. London: SWEET & MAXWELL, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei nº 9.099/95, de 26.09.1995**. São Paulo: RT, 1996.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. **Decidir por mayoría**. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- HABER, Carolina Dzimidas. A relação entre o direito e a política no processo legislativo penal. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.
- HAYEK, Friedrich A.. **Principios de un orden social liberal**. 2. ed. Madrid: Unión Editorial, 2010.
- _____. **Derecho, legislación y libertad**. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política. Madrid: Unión Editorial, 2006.
- HEIM, Daniela. Acceso a la justicia. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 48, 2014, pp. 107-129.
- HEIM, Daniela; VILA, Glòria Casas; BODELÓN, Encarna. Las valoraciones de los/las profesionales que intervienen en casos de violencia de género en la pareja. In: BODELÓN,

- Encarna. **Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales**. Buenos Aires: Didot, 2012, pp. 105-170.
- HERMANN, Leda. **Violência doméstica e os juizados especiais criminais**. Campinas: Servanda Editora, 2002.
- HERÓDOTO. **História**. iBooks: Ed. eBooksBrasil, 2006, pp. 179-180). O livro também tem versão *online* disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/historiaherodoto.html#1>>. Acesso em: 12 de fev. 2018.
- HIERRO, Liborio. ¿Se puede pleitear? Platón, Garzón y la deontología de los abogados. **Doxa**, n. 30, 2007, pp. 123-127.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Teoría de la legislación y derecho como integridade**. Curitiba: Juruá, 2012.
- IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. El postulado del legislador racional (entre metodología y mitología). **Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria**, n. 28, 1990, pp. 113-126.
- ILBERT, Sir Courtenay P. **El Parlamento: su historia, constitución y práctica**. 2. ed. Barcelona: Biblioteca de iniciación cultural, 1930.
- INAUDI, Rodolfo. El concepto de autonomía personal en Francisco J. Laporta. **Analisi e diritto**, 2011, pp. 181-187.
- IZUMINO, Wânia Pasinato. Justiça Criminal e violência contra a mulher: o papel da Justiça na solução de conflitos de gêneros. **Revista brasileira de ciências criminais**, n. 18, abr./jun. 1997, pp. 147-170.
- _____. Delegacias de Defesa da Mulher e Juizados Especiais Criminais: mulheres, violência e acesso à justiça. **XXVIII Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação em Ciências Sociais – ANPOCS**, Caxambu, Minas Gerais, 26 a 28 de outubro de 2004. CD-ROM.
- JACOB, Joe. El procedimiento legislativo en el Parlamento Británico. **Revista española de derecho constitucional**, ano 6, n. 16, 1986, pp. 179-202.
- JOBIM, Nelson. O Colégio de Líderes e a Câmara dos Deputados. In: **O Desafio do Congresso Nacional: Mudanças Internas e Fortalecimento Institucional**. São Paulo, Cadernos de Pesquisa Cebrap, nº 3, 1994, pp. 37-59.
- JOHNSON, Ralph H.. **Manifest rationality: a pragmatic theory of argument**. Mahwah, New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, 2000.
- KARAM, Maria Lúcia. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- KAISER BARENTS-VON HOHENHAGEN, Axel; ÁLVAREZ CROSS, Gloria. **El engaño populista: Por qué se arruinan nuestros países y cómo rescatarlos**. Barcelona: Deusto, 2016.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2011.
- _____. Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual. Discurso pronunciado en el acto de entrega del premio Nobel de Economía 2002. **RAE: Revista Asturiana de Economía**, n. 28, 2003, pp. 181-225.
- KAUFMANN, Roberta Fragozo Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?** Uma análise histórico-jurídico-comparativo do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KINGDON, John W. **Agendas, alternatives, and public policies**. Harper Collins: Pearson, 1997.
- KRISTAN, Andrej. El laportiano imperio de la ley. **Analisi e diritto**, 2011, pp. 189-197.
- LAAN, Cesar Rodrigues van der. **Um panorama recente da apresentação de Emendas sem pertinência temática a Medidas Provisórias pós-ADI 5.127**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, fev. 2018 (Texto para discussão n. 244).
- LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- LAMOUNIER, Bolivar. **Partidos e utopias**. O Brasil no limiar dos anos 90. São Paulo: Loyola, 1989.
- LAPORTA, Francisco. El império de la ley: un diálogo en Génova. **Analisi e diritto**, 2012, pp. 87-121.
- _____. **El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007.
- _____. El lenguaje y la ley. **Revista Española de la Función Consultiva**, n. 6, jul./dez. 2006, pp. 97-110.
- _____. El deterioro de las leyes. **Claves de razón práctica**, n. 142, 2004, págs. 24-31.
- _____. La reinención de la ley. **Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid**, n. 8, 2003, pp. 247-263.
- _____. Teoría y realidad de la legislación: una introducción general. In: MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho**. Madrid: Civitas, 2003, pp. 29-88.
- _____. Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley. **Doxa**, n. 22, 1999, pp. 321-330.

- _____. Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz. **Doxa**, n. 15-16, 1994, pp. 133-145.
- LAPORTA, Francisco J.; ÁLVAREZ, Silvina (Eds.). **La corrupción política**. Madrid: Alianza Editorial, 1997.
- LARIGUET, Guillermo. **Virtudes, ética profesional y derecho**: una introducción filosófica. Buenos Aires: Editorial B de F, 2012.
- LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** São Paulo: Pílares, 2015.
- LASSALLE, José María. **Contra el populismo: Cartografía de un totalitarismo postmoderno**. Madrid: Debate, 2017.
- LAURENZO, Patricia. El derecho penal frente a la violencia de género. In: MELLO, Adriana Ramos de. **Revista da EMERJ**, v. 15, n. 57 (Edição Especial – I Encontro Internacional sobre violência de gênero Brasil-Espanha), 2012, pp. 142-154.
- _____. La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo penal. In: LAURENZO, Patricia; MAQUEDA, María Luisa; RUBIO, Ana (Coords.). **Género, violencia y derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 329-362.
- LAVAREDA, Antonio. Neuropolítica: o papel das emoções e do inconsciente. **Revista Usp**, São Paulo, n. 90, junho/agosto 2011, pp. 120-146.
- LAVAREDA, Antonio; CASTRO, João Paulo. **Neuropropaganda de A a Z**. São Paulo: Record, 2016.
- LAVIGNE, Rosane M. Reis. Caso Fonaje: o ativismo de juízes integrantes do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE no processo de elaboração da Lei Maria da Penha. In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Lei Maria da Penha**: comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 65-92.
- LAZZARINI, Sérgio G.. **Capitalismo de laços**. Os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LAZZARINI, Sérgio G.; MUSACCHIO, Aldo. **Reinventando o capitalismo de Estado**. O Leviatã nos negócios: Brasil e outros países. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.
- LEAL, Fernando. Regulando a incerteza: a construção de modelos decisórios e os riscos do paradoxo da determinação. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, 2016, pp. 215-226.
- _____. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Orgs.). **Transformações do Direito Administrativo: Consequencialismo e estratégias**

regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, pp. 25-30.

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

LEIVA RAMÍREZ, Eric; ALONSO GARCÍA, María Consuelo. La responsabilidad patrimonial del legislador. **Administración & Desarrollo**, v. 40, n. 55, 2012, pp. 33-48.

LIEBERMAN, David J.. **Never be lied to again**. New York: St Martin's Press, 2000.

LIFANTE VIDAL, Isabel. **Argumentación e interpretación jurídica**: escepticismo, intencionalismo y constructivismo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

_____. Responsabilidad versus corrupción: A propósito de algunas tesis de Rodolfo Vázquez. In: LARRAÑAGA MONJARAZ, Pablo; CERDIO HERRÁN, Jorge (Coords.). **Entre la libertad y la igualdad**: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez. Tomo II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, pp. 103-126.

_____. Amor, dominación y Derecho: una reflexión a propósito de *Te doy mis ojos*. **InterseXiones**, n. 3, 2012, pp. 1-20.

LIMA JR., Olavo Brasil de. **Democracia e Instituições Políticas no Brasil dos Anos 80**. São Paulo: Loyola, 1983.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. **Lua Nova**, n. 44, 1998, pp. 81-106.

LINDBLOM, Charles Edward. **The policy-making process**, 2nd edition. New Jersey: Prentice-Hall, 1984.

_____. The Science of "Muddling Through", **Public Administration Review**, v. 19, n. 2, Spring, 1959, pp. 79-88.

_____. Still Muddling, Not Yet Through, **Public Administration Review**, v. 39, n. 6, nov.-dec., 1979, pp. 517-526.

LORENTE ACOSTA, Miguel. **Mi marido me pega lo normal**. Barcelona: Planeta, 2012.

LOSANO, Mario G. Recordando Miguel Reale: da informática jurídica à escola de Recife. **Revista brasileira de filosofia**, v. 235, jul.-dez. 2010, pp. 113-132.

_____. **Un giurista tropicale**. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale. Bari: Laterza, 2000.

_____. A informática jurídica vinte anos depois. **Revista dos Tribunais**, LXXXIV, maio de 1995, vol. 715, pp. 350-367.

_____. La politica dell'informatica in Brasile. **Data Manager**, XVI, ottobre 1991, n. 120, pp. 24 ss.

- _____. **Lezioni pauliste di informatica giuridica**. Torino: Tirrenia, 1974.
- LUJAMBIO, Alonso. **Tácticas parlamentarias hispanomexicanas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- LUSTICK, Ian. Taking evolution seriously: Historical Institutionalism and evolutionary theory. **Polity** 43, n. 2, 2011, pp. 179-209.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis et alli. Disputando a aplicação das leis: a constitucionalidade da Lei Maria da Penha nos tribunais brasileiros. **Sur**, v. 9, n. 16, jun. 2012, pp. 65-89.
- MACCORMICK, Neil. **Retórica y Estado de Derecho**. Una teoría del razonamiento jurídico. Lima: Palestra, 2016, pp. 183-213.
- MAINWARING, Scott. Democracia Presidencialista multipartidária: o caso do Brasil. **Lua Nova**, São Paulo, n. 28-29, p. 21-74, 1993. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 6 jun. 2018.
- MAINWARING, Scott; SHUGART, Matthew Soberg. **Presidentialism and Democracy in Latin America**. Cambridge: Cambridge University, 1997.
- MALEM SEÑA, Jorge F. La corrupción: Algunas consideraciones conceptuales y contextuales. **Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria**, n. 104 (extra), 2, 2016, pp. 25-41.
- _____. **La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos**. Barcelona: Gedisa, 2014.
- _____. Derechos humanos y corrupción. **Crítica**, n. 989, 2014, pp. 48-51.
- _____. La corrupción en el deporte. **FairPlay: Revista de filosofía, ética y derecho del deporte**, v. 2, n. 2, 2014, pp. 105-121.
- _____. La corrupción. Algunas consideraciones conceptuales. **Illes i imperis: Estudios de historia de las sociedades en el mundo colonial y post-colonial**, n. 16, 2014, pp. 169-180.
- _____. Códigos éticos corporativos y lucha contra la corrupción. In: ARROYO ZAPATERO, Luis Alberto; NIETO MARTÍN, Adán. **Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude**. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 411-422.
- _____. Corrupción, racionalidad y educación moral. In: **Ética, Filosofía y Derecho: hacia la construcción ética de lo público**, 2004, pp. 51-63.
- _____. Corrupción, Normas Morales y Educación. **Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho**, n. 5, 2003.

- _____. La corrupción política. **Jueces para la democracia**, n. 37, 2000, pp. 26-34.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. 1989-2009: Veinte años de “desencuentros” entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja. In: LAURENZO, Patricia (Coord.). **La violencia de género en la ley**. Reflexiones sobre veinte años de experiencias en España. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 113-130.
- MAQUIAVELO, Nicolau. **El príncipe**. Madrid: Alianza, 2015.
- MARAÑÓN, Iria. **Educación en el feminismo**. Barcelona: Plataforma editorial, 2018.
- MARCILLA CÓRDOBA, Gema. Razón práctica, creación de normas y principio democrático: una reflexión sobre los ámbitos de la argumentación legislativa. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 47, 2013, pp. 43-83.
- _____. Imperio de la ley. **Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad**, n. 5, 2013, pp. 177-185.
- _____. Balancing as a Guide to Legislative Reasoning. **Legisprudence**, v. 4, n. 1, mai. 2010, pp. 93-104.
- _____. Legislar mejor en el paradigma constitucional. In: **Legislar mejor**. Ministerio de Justicia. Madrid, 2009, pp. 15-43.
- _____. **Racionalidad legislativa: crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2005a.
- _____. Desregulación, Estado social y proceso de globalización. **Doxa**, n. 28, 2005b, pp. 239-263.
- _____. Argumentación jurídica y racionalidad legislativa en el Estado Constitucional. **Anuario de filosofía del derecho**, n. 21, 2004, pp. 337-352.
- _____. Técnica legislativa. In: **Diccionario de Derecho Constitucional**. México: Porrúa, 2002, pp. 569-572.
- _____. Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación. In: CARBONELL, Miguel; LLAVE, Susana Thalía Pedroza de la (Coords.). **Elementos de técnica legislativa**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 93-115.
- MÁRQUEZ, Nicolás; LAJE, Agustín. **El libro negro de la nueva izquierda: ideología de género o subversión cultural**. Buenos Aires: Grupo Unión, 2016.
- MARTÍN, Adán Nieto; MORALES ROMERO, Marta Muñoz de; MUÑOZ, J. Becerra (Dirs.). **Hacia una evaluación racional de las leyes penales**. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- MARTINS, Ana Paula Antunes. **O tratamento legal à violência doméstica contra as mulheres em perspectiva comparada: análise das Exposições de Motivos das legislações**

- brasileira e espanhola. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=38350940d98a0cfd>>. Acesso em: 18 ago. 2017.
- MARTINS, Ana Paula Antunes; CERQUEIRA, Daniel; MATOS, Mariana Vieira Martins. A institucionalização das políticas públicas de enfrentamento à violência contra as mulheres no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. **Nota Técnica n. 13**. Brasília, mar. 2015.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Ordenamento jurídico brasileiro. **Revista jurídica da Presidência da República**, v.1, n. 3, jul. 1999. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1054/1038>>. Acesso em: 20 ago. 2016.
- MCCUBBINS, Mathew; THIES, Michael. **Rationality and the Foundations of Positive Political Theory**. Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Washington, DC, 1996.
- MEDINA, Juan José. **Violencia contra la mujer en la pareja**: investigación comparada y situación en España. Valencia: Tirant lo blanch, 2008.
- MELLO, Adriana Ramos de. **Feminicídio**: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.
- MENDES, Conrado Hubner. Na prática, ministros do STF agridem a democracia, escreve Professor da USP. **Folha de São Paulo**, 28/01/2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-dizprofessor.shtml>>. Acesso em: 29 maio 2018.
- 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 em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2015.
- _____. MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 3, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- _____. Controle de Constitucionalidade Repercussões na Atividade Econômica. In: **8º Encontro de Juristas Bancários de Expressão Oficial Portuguesa**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2000. p. 16-37.
- _____. Teoria da legislação e controle de constitucionalidade: algumas notas. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 1, n. 1, 1999, pp. 8-16. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/33/26>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho**. Madrid: Civitas, 2004.
- MICHELS, Robert. MICHELS, Robert. **Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia concreta**. Madrid: Amorroutu, 2017.
- _____. **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: Editora UnB, 1982.
- MIRANDA, Jorge. O preâmbulo da constituição. In: MIRANDA, Jorge. **Estudos sobre a Constituição**, vol. 1. Lisboa: Livraria Petrony, 1977.
- MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- MORROW, James D. **Game Theory for Political Scientists**. Princeton: Princeton University Press, 1994.
- MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- MORAIS, Antão de. A má redação de nossas leis. **Revista Forense**, v. 110, 1947, pp. 529-53.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor**. Lisboa: Verbo, 2007.
- MORENO, Fernando Sainz. Lenguaje jurídico. In: **III Jornadas de Derecho Parlamentario**. La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar. Madrid: Congreso de los Diputados, 1988.
- MORENO, Fernando Sainz; OCHOA, Juan Carlos da Silva. **La calidad de las leyes**. Parlamento Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1989.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Violencia de género versus violencia domestica. Uma reflexão a propósito de la Ley Integral. In: DÍAZ, María José Jiménez. **La Ley Integral: un estudio multidisciplinar**. Madrid: Dykinson, 2008, pp. 19-36.
- _____. Respuestas del Código penal ante la violencia doméstica. Propuestas de reforma. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Coord.). **Estudios penales sobre violencia doméstica**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2002, pp. 659-688.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo et al. **Sobre el maltrato a la mujer: una serie de 338 casos**. Madrid: Dykinson, 2006.
- MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2, 2011.
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: os impostos e a justiça**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

- NAVARRO, María G. Dudas razonables, sesgos cognitivos y emociones en la argumentación jurídica. El caso de Doce hombres sin piedad. **Bajo palabra. Revista de filosofía**, n. 5, 2010, pp. 203-214.
- NALINI, José Renato. **O juiz criminal e a Lei nº 9.099/95**. São Paulo: RT, 1997.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NOBAJAS, Soledad Gil; ZÁRATE, Urko Giménez Ortiz de; et all. **Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público**. Cuadernos penales José María Lidón n. 11. Bilbao: Universidad de Deusto, 2015.
- NORTON, Philip. **Does Parliament matter?** Hemel Hempstead: Harvester Wheatsheaf, 1993.
- NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, amateurs, and real estate: An anchoring-and-adjustment perspective on property pricing decisions. **Organizational Behaviour and Human Decision Processes**, v. 39, n. 1, 1987, pp. 84-97.
- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro. La teoría de la interpretación en *El imperio de la ley*. **Analisi e diritto**, 2011, pp. 237-246.
- OLAIZOLA, Reyes Goenaga; GOROSTIZA, Jon Mirena Landa; et all. **La reforma del Código penal a debate**. Cuadernos penales José María Lidón n. 12. Bilbao: Universidad de Deusto, 2016.
- OLIVER-LALANA, A. Daniel. Mejores y peores argumentaciones legislativas: un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes. un enfoque para evaluar la justificación parlamentaria de las leyes. Conferência apresentada no *Convegno La motivazione delle leggi* (Università degli Studi di Milano, Dipartimento Cesare Beccaria, aprile 2017).
- _____. **¿Le importa a alguien que los legisladores razonen?** Ponência apresentada no XXII Seminário Luso-Hispano-Franco-Italiano de Teoria do Direito, (Universidade de Lisboa, 24 e 25 de junho de 2016).
- _____. On the (judicial) method to review the (legislative) method. **The theory and practice of legislation**, v. 4, n. 2, 2016, pp. 135–153.
- _____. Due Post-legislative Process? On the Lawmakers' Constitutional Duties of Monitoring and Revision. In: MEBERSCHMIDT, Klaus; OLIVER-LALANA, A. Daniel. **Rational Lawmaking under Review**. *Legisprudence According to the German Federal Constitutional Court*. Dordrecht: Springer, 2016, pp. 257-294.
- _____. Control judicial del proceso de justificación legislativa y teoría de los principios formales. In: PORTOCARRERO, Jorge (Ed.). **Ponderación y discrecionalidad**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 311-376.

- _____. Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa. In: MORALES, Félix; GRÁNDEZ, Pedro (Eds.). **La argumentación jurídica en el Estado Constitucional**. Lima: Palestra Editores, 2013a, pp. 491-525.
- _____. Rational Lawmaking and legislative reasoning in Parliamentary debates. In: WINTGENS, Luc J.; OLIVER-LALANA, A. Daniel (Eds.). **The rationality and justification of legislation. Essays in Legisprudence**. Dordrecht: Springer, 2013b, pp. 135-184.
- _____. Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario. **Doxa**, n. 31, 2008, pp. 533-566.
- _____. Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes. In: CARDINAUX, Nancy; CLÉRICO, Laura; D'AURIA, Aníbal (Coords.). **Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces**. Buenos Aires: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2006, pp. 139-166.
- _____. Ponderación y racionalidad legislativa: la argumentación parlamentaria como argumentación jurídica. **Anuario**. Area socio-jurídica: Facultad de Derecho – Universidad de la República (Uruguay), n. 2, 2005, pp. 105-120.
- OLSON, Mancur. **The logic of collective action. Public goods and the theory of groups**. Boston: Harvard University Press, 1971.
- OSBORNE, Raquel. De la «violencia» (de género) a las «cifras de la violencia»: una cuestión política. **Empiria**. Revista de Metodología de Ciencias Sociales, n. 15, enero-junio, 2008, pp. 99-124.
- OSTROM, Elinor. **Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action**. New York: Cambridge University Press, 1990.
- _____. A Behavioral Approach to the Rational Choice Theory of Collective Action: Presidential Address, American Political Science Association, 1997. **The American Political Science Review**, v. 92, n. 1, 1998, pp. 1-22.
- PAGANO, Rodolfo. **Introduzione alla legistica: l'arte di preparare le leggi**. Milano: Giuffrè, 2004.
- PALFREY, Thomas; ROSENTHAL, Howard. Voter Participation and Strategic Uncertainty. **American Political Science Review**, v. 79, n. 1, 1985, pp. 62-78.
- PASINATO, Wânia. Acesso à justiça e violência doméstica e familiar contra as mulheres: as percepções dos operadores jurídicos e os limites para a aplicação da Lei Maria da Penha. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, n. 2, jul-dez 2015, pp. 407-428.

- PASTORE, Baldassare; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. **Le ragioni del diritto**. Bologna: il Mulino, 2017.
- PAULA, Felipe de. Does Brazil have a Legislative Policy? **The theory and practice of legislation**, v. 4, n. 3, 2016, pp. 329–353.
- _____. **Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades**. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.
- PENDÁS, Benigno. Estudio Preliminar. In: BENTHAM, Jeremy. **Falacias Políticas**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 1990, pp. XI-XXVIII.
- PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PÉREZ, Laura Fátima Asensi. La prueba pericial psicológica en asuntos de violencia de género. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n. 21, enero-junio 2008, pp. 15-29. Disponível em: <https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num21/21proper.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2017.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan Antonio. **El movimiento *Critical Legal Studies***. Madrid: Tecnos, 1996.
- PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI, Nicolás. El letrado de las Cortes (Un oficio técnico de jurista cercano a la política). In: DÍEZ-PICAZO, Luis María (Coord.). **El oficio de jurista**. Madrid: Siglo XXI, 2006, pp. 103-147.
- PICKERILL, J. Mitchell. **Constitutional Deliberation in Congress: The Impact of Judicial Review in a Separated System (Constitutional Conflicts)**. Durham, NC: Duke University Press Books, 2004.
- PINHEIRO, Hésio Fernandes. **Técnica legislativa e as Constituições e leis institucionais do Brasil**. Rio de Janeiro: A noite, 1945.
- PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.
- PINTO, Júlio Roberto de Souza. Entre um sistema eleitoral dispersivo e um regramento parlamentar concentrador: o comportamento dos deputados federais. **Revista Direito GV**, vol. 11, n. 2, 2015, pp. 589-622.
- PLATÓN. **La República**. Madrid: Alianza Editorial, 2013.
- PLUTARCO. **Vidas paralelas: Demóstenes, Cicerón, Péricles, Fabio Máximo**. Madrid: Editorial Libra, S.A, 1971.

PONCE SOLÉ, Juli. **Negociación de normas y Lobbies**: por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

_____. *Nudging*, simplificación procedimental y buen gobierno regulatorio: el Derecho Administrativo del siglo XXI y sus relaciones con las ciencias sociales. In: MÍGUEZ MACHO, Luis; ALMEIDA CERREDA, Marcos; SANTIAGO IGLESIAS, Diana (Coords.). **La simplificación de los procedimientos administrativos**. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, Escola Galega de Administración Pública, 2014, pp. 191-216.

POUND, Roscoe. Law in books and law in action. **American Law Review**, n. 44, 1910, pp. 12-36.

PRIETO DEL PINO, Ana María. La incidència de la Ley Integral en el Derecho penal sustantivo español. In: NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. de la Fuente; LIÑÁN GARCÍA, A. (Coords.). **Género y Derecho**. Luces y sombras en el ordenamiento jurídico español. Málaga: Diputación Provincial de Málaga, 2008, pp. 209-240.

PRZEWORSKI, Adam. Democracy as an Equilibrium. **Public Choice**, v. 123, n. 3/4, 2005, pp. 253-273.

PUNSET, Ramón. Razón e identidad del Senado. **Revista española de derecho constitucional**, a. 24, nº 70, 2004, pp. 27-42.

RAMIÓ, Carles. **La renovación de la función pública**. Madrid: Catarata, 2016.

REALE, Miguel. **Filosofía do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O Direito como Experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Ley Orgánica Integral de Violencia sobre la Mujer y el Informe del consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto. **Revista jurídica de Castilla y León**, n. 4, 2004, pp. 13-42.

REY MARTÍNEZ, Fernando et ali. Protección penal "desigual" y violencia de género. In: HUERTA TOCILDO, Susana; PÉREZ MANZANO, Mercedes. **Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral**. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 631-642.

_____. Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género. **Teoría y realidad constitucional**, n. 14, 2004, pp. 505-526.

- RIVERO, Ángel; ZARZALEJOS, Javier. **Geografía del populismo**: Un viaje por el universo del populismo desde sus orígenes hasta Trump. Barcelona: Tecnos, 2017.
- RIZEK JUNIOR, Rubens Naman. O processo de consolidação e organização legislativa. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.
- RIZZI, Andrea. No es la economía, estúpido: es la política. Las caídas de Renzi, Rajoy y los demócratas en EEUU desmienten el mantra de la campaña de Clinton de 1992. **El País**, 01/06/2018. Disponible em: <https://elpais.com/internacional/2018/06/01/actualidad/1527869721_446102.html>. Acceso em: 02 jun. 2018.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón. La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de las normas internas que infringen el Derecho comunitario: ¿punto final? **Diario La Ley**, n. 8424, 2014.
- _____. La rectificación por el Tribunal Supremo de su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las Leyes internas que infringen el Derecho comunitario. **Actualidad administrativa**, n. 2, 2011.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, «Igualar por abajo». La doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del Estado derivada de la ley contraria al derecho comunitario y de la ley inconstitucional. **Revista Española de Derecho Europeo**, n. 38, 2011, pp. 141-171.
- RODRÍGUEZ LUNA, Ricardo; BODELÓN, Encarna. Mujeres maltratadas en los juzgados: la etnografía como método para entender el derecho “en acción”. **Revista de antropología social**, n. 24, 2015, pp. 105-126.
- ROGERS, Robert; WALTERS, Rhodri. **How Parliament Works**. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2016.
- ROSA RODRÍGUEZ, Paola Iliana de la; SANDOVAL NAVARRO, Víctor David. Los sesgos cognitivos y su influjo en la decisión judicial. Aportes de la Psicología Jurídica a los procesos penales de corte acusatoria. **Derecho Penal y Criminología**, v. 37, n. 102, 2016, pp. 141-164.
- ROVIRA FLOREZ DE QUIÑONES, María Carolina. **Valor y función de las “exposiciones de motivos” en las normas jurídicas**. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1972.
- RUBIO, Ana. La Ley Integral: entre el desconcierto del género y la eficacia impuesta. In: LAURENZO, Patricia (Coord.). **La violencia de género en la ley**. Reflexiones sobre veinte años de experiencias en España. Madrid: Dykinson, 2010, pp. 131-174.

- RUEDA MARTÍN, María Angeles; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel. La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 5, 2004, pp. 1574-1580.
- RUIZ SOROA, José María. ¿Populismo judicial? Un sistema poco predecible es la peor tarjeta de presentación para un Estado. **El País**, 04/03/2016. Disponible em: <https://elpais.com/elpais/2016/03/02/opinion/1456945637_792420.html>. Acceso em: 19 abr. 2018.
- SÁENZ ROYO, Eva. Parlamento, partidos y Estado autonómico: sobre la conveniencia de suprimir el Senado. **Revista de Derecho Político**, n. 85, 2012, pp. 171-194.
- SALAS, Minor E.. ¿Es el Derecho una profesión inmoral? Un entremés para los cultores de la ética y de la deontología jurídica. **Doxa**, n. 30, 2007, pp. 581-600.
- SALDAÑA SERRANO, Javier. Virtudes judiciales: principio básico de la deontología jurídica. **Reforma Judicial**: Revista Mexicana de Justicia, n. 8, 2006, pp. 81-94.
- SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Legislação e políticas públicas**: a lei enquanto instrumento de ação governamental. Tese (Doutorado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012.
- _____. **Avaliação legislativa no Brasil**: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito / Área de concentração: Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.
- SALVADOR CODERCH, Pablo. Técnica Legislativa y teorías de la regulación. In: MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio (Dir.). **La proliferación legislativa**: un desafío para el Estado de Derecho. Madrid: Civitas, 2004, pp. 201-226.
- _____. Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionatorias (punitive damages), jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras. **Indret: Revista para el Análisis del Derecho**, n. 2, 2003.
- _____. Teoría y técnica de la legislación. Metabibliografía y bibliografía básicas. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **Curso de Técnica Legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1. Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 291-303.
- _____. Elementos para la definición de un programa de técnica legislativa. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **Curso de Técnica Legislativa**. Serie Técnica Legislativa 1. Cuadernos y Debates n. 14. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 11-46.

- _____. Introducción. In: GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa). **La forma de las leyes**. 10 estudios de técnica legislativa. Barcelona: Bosch, 1986, p. 11-12.
- _____. Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica. In: SALVADOR CODERCH, Pablo. **La compilación y su historia**. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes. Barcelona: Bosch, 1985, pp. 447-479.
- SÁNCHEZ, Jesús-María. DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS: La racionalidad de las leyes penales, Madrid (Trotta) 2003, 205 pp. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª Época, n. 16, 2005, pp. 379-390.
- SANCHEZ AGESTA, Luis. **Curso de Derecho constitucional comparado**. Madrid: Editora Nacional, 1971, pp. 87-139.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. La teoría de la responsabilidad del Estado legislador. **Revista de administración pública**, n. 68, 1972, pp. 57-136.
- SANTAOLALLA LOPEZ, Fernando. Exposiciones de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación. **Revista española de derecho constitucional**, a. 11, n. 33, 1991, pp. 47-64.
- SANTIAGO NINO, Carlos. **Introducción al análisis del Derecho**. Barcelona: Ariel, 1997.
- _____. Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad. In: **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires. Cuadernos y debates n. 29. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SANTOS, Fabiano. O Legislativo em busca de informação: um estudo da estrutura de assessoria da Câmara dos Deputados. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA**. Texto para discussão n. 1958, 2014.
- SANZ, Itziar Casanueva; RODERO, Jesús Agustín Pueyo; et all. **El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos**. Cuadernos penales José María Lidón n. 6. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.
- SARDO, Alessio. Autonomia e interpretazione, l'ideale di Francisco Laporta. **Analisi e diritto**, 2011, pp. 247-259.
- SARTORI, Giovanni. **Teoria da democracia revisitada**. Vol. I – O debate contemporâneo. São Paulo: Ática, 1994.
- _____. Nem presidencialismo, nem parlamentarismo. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 35, 1993, pp. 3-14.
- SCALA, Jorge. **La ideología de género o el género como herramienta de poder**. Madrid: Sekotia, 2010.

- SCHAUER, Frederick. **Profiles, Probabilities and Stereotypes**. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003.
- SELIGMAN, Milton; MELLO, Fernando (Orgs). **Lobby desvendado. Democracia, políticas públicas e corrupção no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Record, 2018.
- SENNHOLZ, Hans F.. Uma teoria simples sobre a corrupção. A arte da política está em conseguir aplausos dos favorecidos e apoio dos espoliados. **Mises Brasil**, 14/04/2017. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1822>>. Acesso em: 13 fev. 2018.
- SHAYO, Moses; ZUSSMAN, Asaf. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 126, n. 3, 2011, pp. 1447–1484.
- SILVA, Carlos Medeiros. Seis meses de aplicação do ato institucional. **Revista de Direito Administrativo**, n. 78, out./dez. 1964a, pp. 449-452 .
- _____. O ato institucional e a elaboração legislativa. **Revista dos Tribunais**, v. 53, n. 347, set. 1964a, pp. 7-17.
- SILVA, José Afonso da. **Processo constitucional de formação das leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SIMON, Herbert. Human Nature in Politics: The Dialogue of Psychology with Political Science. **American Political Review**, v. 79, n. 2, 1985, pp. 293-304.
- _____. **Administrative Behavior: A Study of Decision-making Processes in Administrative Organization**. New York: Macmillan, 1947.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Mantins; BRASIL, Patricia Cristina (Orgs). **O Direito na Fronteira das Políticas Públicas**. São Paulo: Páginas & Letras Editora e Gráfica, 2015.
- SOARES, Bárbara M. **Enfrentando a Violência contra a Mulher**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2005.
- SOARES, Fabiana de Menezes. Notas introdutórias sobre elaboração legislativa: raízes e boas práticas entre Brasil e Canadá. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Número especial Jornadas Jurídicas Brasil-Canadá. Belo Horizonte, 2013, pp. 153-168.
- _____. Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 50, jan./jul. 2007, pp. 124-142.

- _____. O papel da Legística nos processos de integração: o caso Canadá/Brasil em Sede de Planejamento Legislativo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n.46, 2005, pp. 111-133.
- _____. **Teoria da legislação**: forma e conhecimento da lei na idade tecnológica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.
- SOARES, Fabiana de Menezes; BARROS, Louse Menegaz; FARAJ, Natália de Assis. Legimática: a tecnologia da informação aplicada à qualidade da produção legislativa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 53, jul./dez. 2008, pp. 45-78.
- SOTO NAVARRO, Susana. La delincuencia en la agenda mediática. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, n. 112, 2005, pp. 75-130.
- SOTO NIETO, Francisco. Jueces y abogados. Miscelanea sobre sus condiciones y deberes. **La Ley**. Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Legislación, n. 3, 1995, pp. 897-914.
- SOUTO, João Carlos. **Suprema Corte dos Estados Unidos**: principais decisões. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. **Revista Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006, pp. 20-45.
- STEPAN, Alfred. Para uma nova análise comparativa do federalismo e da democracia: federações que restringem ou ampliam o poder do *Demos*. **Dados**, 1999, vol. 42, n. 2, pp. 00. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581999000200001 &lng=en&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em 06 jun. 2018.
- STERN, Stephanie. Cognitive consistency: Theory maintenance and administrative rulemaking. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 63, 2002, pp. 589-644.
- STRECK, Lênio Luiz. Criminologia e feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999, pp. 81-104.
- SUNSTEIN, Cass R.. **Paternalismo libertário**. Barcelona: Herder, 2017.
- _____. **Rumorología**. Cómo se difunden las falsedades, por qué nos las creemos y qué se puede hacer contra ellas. Barcelona: Debate, 2015.
- _____. **(Más) Simple: el futuro del Gobierno**. Madrid: Marcial Pons, 2014.
- _____. The Office of Information and Regulatory Affairs: myths and realities, **Harvard Law Review**, v. 126, n. 7, 2013a, pp. 1838-1879.

- _____. White House Review of regulation: myths and realities. **Regulation lecture at the University of Pennsylvania Law School**, 2013. Disponível em: <<https://www.regblog.org/wp-content/uploads/2013/11/PPR-Regulation-Lecture-2013.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.
- _____. Análisis conductual del derecho. **THEMIS: Revista de Derecho**, n. 62, 2012, pp. 53-64
- _____. Acuerdos carentes de uma teoria completa en derecho constitucional. **Precedente**. Revista Jurídica. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad ICESI, 2006, pp. 31-49. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18046/prec.v0.14.23>>. Acesso em 27 out. 2017.
- _____. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1999.
- SUROWIECKI, James. **A sabedoria das multidões**. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- SWIFT, Jonathan. **El arte de la mentira política**. Palma de Mallorca: José J. de Olañeta Editor, 2013.
- TAJADURA TEJADA, Javier. Sobre los preámbulos de las leyes. **Revista jurídica de Navarra**, n. 29, 2000, pp. 173-182.
- _____. **El preámbulo constitucional**. Granada: Editorial Comares, 1997.
- TAMER, Sergio Victor. **Fundamentos do Estado democrático e a hipertrofia do Executivo no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- TARELLO, Giovanni. **La interpretación de la ley**. Lima: Palestra, 2016.
- TÉCNICA normativa de las Comunidades Autónomas**. Madrid: Comunidad, Dirección General de Cooperación con el Estado y Asuntos Europeos, D. L. 1991.
- TEJERA HERNÁNDEZ, Evangelina Verónica de la; HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, v. 47, n. 141, 2014, pp. 1137-1164.
- TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1993.
- TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO, Mônica. **O que é violência contra a mulher**. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- TETLOCK, Philip E. **El juicio político de los expertos**. Madrid: Capitán Swing Libros, 2016.
- TETLOCK, Philip E.; GARDNER, Dan. **Superprevisões: a arte e a ciência de antecipar o futuro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. **Nudge: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- TREVES, Renato. **Introducción a la Sociología del Derecho**. Madrid: Taurus, 1978.

- TSEBELIS, George. **Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.
- TUBERT, Silvia. **Del sexo al género: los equívocos de un concepto**. Madrid: Ediciones Cátedra, 2003.
- TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.
- TVERSKY, Avos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. **Science**, n. 185, 1974, pp. 1124-1131.
- _____. Rational Choice and the Framing of Decisions. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, 1986, pp. 251-278.
- VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: Um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Universidad de Alicante, Brasília, 2015.
- VALLESPÍN, Fernando; MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, Máriam. **Populismos**. Madrid: Alianza Editorial, 2017.
- VARELA, Nuria. **Feminismo para principiantes**. Barcelona: B De Bolsillo, 2013.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. Estado de derecho y corrupción (compromisos para un universitario). **Revista de Investigaciones Jurídicas**, n. 20, 1996, pp. 833-842.
- _____. Corrupción política y responsabilidad de los servidores públicos. **Doxa**, n. 30, 2007, pp. 205-216.
- VEGA REÑÓN, Luis. **Artes de la razón. Una historia de la demostración en la Edad Media**. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1999.
- VELANDO CASANOVA, Mónica. La RAE y la violencia de género: reflexiones en torno al debate lingüístico sobre el título de una ley. **Cultura, Lenguaje y Representación**, Revista de Estudios Culturales de la Universitat Jaume I, vol. II, 2005, pp. 107-124.
- VÉLEZ RODRÍGUEZ, Luis Andrés; GAVIRIA RAMÍREZ, Ricardo; MÁRQUEZ BUITRAGO, Mauricio. Entrevista a José Luís Díez Ripollés. **Jurídicas**, v. 4, n. 1, 2007, pp. 149-160.
- VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, London: Harvard University Press, 2006.
- _____. Three strategies of interpretation. **San Diego Law Review**, n. 42, 2005, pp. 607-628.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VILLACAÑAS, José Luis. **Populismo**. Madrid: La Huerta Grande, 2015.

- VON HUMBOLDT, Wilhelm. **Los límites de la acción del Estado**. Madrid: Tecnos, 2009.
- WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, 2006, n. 115, p. 1346-1360.
- _____. **Derecho y desacuerdos**. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- _____. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- WALKER, Harvey. **O Congresso americano e o Parlamento britânico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1954, pp. 81-129.
- WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia**. Aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- WILSON, David, OSTROM, Elinor, COX, Michael. Generalizing the core design principle of the efficacy of groups. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 90, 2013, pp. 21-32.
- WITTEVEEN, Willem J. Turning to communication in the study of legislation. In: ZEEGERS, Nicole et al. (Eds.). **Social and symbolic effects of legislation under the Rule of Law**. New York: Mellen, 2005, pp. 17-44.
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio. **El arte de legislar**. Cizur Menor: Aranzadi, 2009.
- _____. El arte ilustrado de legislar. In: BENTHAM, Jeremy. **Nomografía o el arte de redactar leyes**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.
- _____. El club de los nomófilos. **Cuadernos de Derecho Público**, n. 3, 1998, pp. 61-94.
- _____. **Teoría de la legislación**. Cátedra de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Universidad de Almería. Almería, 1996a. 321 p. (mimeografiado).
- _____. Producción de normas. In: DÍAZ, Elías; MIGUEL, Alfonso Ruiz (Eds.). **Filosofía política II. Teoría del Estado**. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, vol. 10. Madrid: Trotta, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1996, pp. 161-186.
- _____. De la jurisprudencia a la legislación. **Doxa**. n. 15-16, 1994, pp. 769-789.
- ZAPATERO GÓMEZ, Virgilio; GARRIDO GÓMEZ, María Isabel; ARCOS RAMÍREZ, Federico. **El Derecho como proceso normativo**. Lecciones de Teoría del Derecho. Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2007.
- ZINTL, Reinhard. **Comportamiento político y elección racional**. Barcelona: Gedisa, 1998.
- ZORZETTO, Silvia; FERRARO, Francesco. **Legislation and nudging**. Conferência apresentada no International Workshop on Legislation Conceptions and misconceptions of legislation. Universidade de Zaragoza, 23 e 24 de fevereiro de 2018. (Manuscrito fornecido no evento).

RESUMEN (según la UA, Reglamento de régimen interno de la Escuela de Doctorado, artículo 15, apartado 4)

El presente trabajo abordó las teorías de la legislación y de la argumentación legislativa en España y Brasil, exponiendo el pensamiento de los principales autores seleccionados en cada país, algunos contextos y las respectivas críticas, para presentar el panorama teórico y la forma como se dio evolución de los focos de preocupación y de discusión objeto de las perspectivas teóricas trabajadas.

De forma especial, en esta exposición, se destacó primero la relevancia del momento legislativo y, paralelamente, la importancia de incorporar la perspectiva argumentativa con ocasión de la elaboración de las leyes, con miras a incrementar la calidad y racionalidad de las leyes. Se ha puesto especial atención en estos dos puntos, teniendo en cuenta que las principales perspectivas de la teoría y de la filosofía del derecho aún no han dado el debido valor a la elaboración legislativa y en general hay poco desarrollo en lo que se refiere a la contribución que el enfoque argumentativo puede dar para el perfeccionamiento de las prácticas legislativas.

Con la convicción de que existe un amplio espacio y oportunidad para la mejora de los trabajos en ese ámbito, se estudiaron dos casos concretos de construcción de leyes - un español y un brasileño -, con el objetivo principal de revelar los principales problemas y desafíos con que pueden encontrarse las labores legislativas reales. El análisis de los dos casos sirvió sobre todo como telón de fondo para la reflexión sobre las deficiencias de las perspectivas teóricas examinadas, así como para la formulación de sugerencias concretas de perfeccionamiento de las rutinas dentro del Poder Legislativo.

En la investigación, se mostró que la práctica de dar razones todavía necesita resonar con más fuerza Parlamento adentro; que la construcción de un Estado constitucional presupone la motivación de las decisiones también en el marco de la elaboración legislativa; y que aún no será suficiente promover el deseado giro argumentativo dentro del Poder Legislativo simplemente, ya que la argumentación es mero instrumento, de modo que es necesario garantizar la incorporación de los valores e intereses correctos con ocasión de la actividad legislativa.

Paralelamente, queda comprobada la importancia del presente estudio, dada la trascendencia de las leyes y sus efectos en el ordenamiento jurídico y en la vida cotidiana, así como en razón de la relativa escasez de obras que se inclinan más profundamente sobre el tema. Especialmente en comparación a las innumerables referencias dedicadas a la actividad

judicial, todavía son en menor número las que se dedican a los temas legislativos. El presente trabajo, en ese sentido, propone la reanudación de esa agenda de estudios.

Para el examen del tema de la manera arriba explicada, el trabajo contó con tres partes, cada una de ellas con dos capítulos. En la parte I se expusieron las líneas teóricas sobre la teoría de la legislación y la argumentación legislativa desarrolladas hasta el momento en España y Brasil, según el corte metodológico explicado en la introducción: esos fueron los dos países donde se realizó la investigación.

El capítulo primero fue dedicado a los autores de España y el segundo, a los de Brasil.

En el capítulo primero, fueron trabajados los pensamientos de los siguientes autores españoles: 1) GRETEL, 2) Manuel Atienza, 3) Josep Aguiló Regla, 4) José Luis Díez Ripollés, 5) Virgilio Zapatero, 6) Francisco Laporta, 7) Daniel Oliver-Lalana, 8) Albert Calsamiglia, 9) Juan Antonio García Amado, 10) Gema Marcilla Córdoba y 11) Ángeles Galiana Saura.

Los autores fueron presentados en el orden cronológico de sus primeras obras, con la excepción de Josep Aguiló Regla y José Luis Díez Ripollés, cuyas ideas, que dialogaban directamente con las de Manuel Atienza, justificaban la exposición más cercana a este último autor. Este orden de presentación permitió acompañar la evolución de las perspectivas teóricas, además de haber permitido ver de forma más clara la densificación de los estudios y la influencia de unos autores sobre los demás.

Con la inmersión de la teoría de la legislación producida en España, fue posible ver que, aunque el interés por la elaboración legislativa ha llegado con algún retraso, ese país cuenta con autores de peso que se viene dedicando desde hace más de tres décadas al estudio de la racionalidad legislativa, con indiscutibles contribuciones desde el punto de vista analítico, teórico y también práctico.

En este último punto, deben mencionarse sobre todo los avances incorporados ante la Administración española, a principios de la década de los 90 del siglo pasado, con la aprobación de directrices de técnica y metódica legislativas. Más recientemente, se observa el esfuerzo de algunos autores para incorporar las tendencias de la doctrina extranjera, sobre todo la alemana y la inglesa, para la problematización de cuestiones teóricas, como el deber de los legisladores en el momento post-legislativo (evaluación y revisión de las cuestiones leyes).

En el capítulo segundo, dedicado a las referencias brasileñas, se presentaron las contribuciones de: 1) Victor Nunes Leal, 2) Luiz Pinto Ferreira, 3) Miguel Reale, 4) Mario Giuseppe Losano, 5) Kildare Gonçalves Carvalho, 6) Gilmar Ferreira Mendes, 7) Fabiana de Menezes Soares, 8) Marcelo Neves, 9) Eduardo Carone Costa Junior, 10) Adalberto Narciso Hommerding, 11) Ana Paula de Barcellos, 12) John Aurino de Melo Filho, 13) Natasha

Schmitt Caccia Salinas, 14) Rubens Naman Rizek junior, 15), Luiz Gustavo Bambini de Asís, 16) Carolina Dzimidas Haber y 17) Felipe de Paula.

El criterio de ordenación fue el mismo empleado en el capítulo primero, es decir, año de las publicaciones, con las más recientes por último. Al final de este capítulo segundo, aún se procedió a la comparación entre las perspectivas teóricas españolas y las brasileñas, así como un balance general de las teorías estudiadas.

Aunque este capítulo contó con más autores que el primero, fue posible percibir que el parco desarrollo teórico de los estudios en teoría de la legislación en Brasil. Una posible explicación histórica para ese retraso, entonces, fue lanzada: la de que el largo período dictatorial durante el cual el Poder Legislativo estuvo “callado” (1964-1985) repercutió en el bajo interés académico de los estudios orientados al perfeccionamiento de las prácticas legislativas. La situación empezó a cambiar a partir de la Constitución de 1988.

Corrobora esta hipótesis el hecho de que Brasil haya seguido el camino inverso al de España en esa temática. Si en ese último país el interés teórico por la legislación inicialmente surgió en el mundo académico (como se ve, con los trabajos del GRETEL) para generar los reflejos dentro de la Administración Pública, en Brasil, primero fueron necesarios diversos marcos institucionales (la promulgación de la Constitución de 1988, la aprobación de la LC n° 95/98, edición de manuales de redacción, etc.), y sólo más recientemente viene aumentando el interés por ese campo de estudio en el seno de las universidades. Aún sobre los estudios brasileños, se nota la gran influencia de las referencias portuguesas en los artículos publicados en el país, con todavía poco progreso auténticamente nacional.

En general, en comparación a la brasileña, la producción española es más amplia, presenta mayor profundidad y atractivo filosófico. Sin embargo un poco retrasada en relación a otros sistemas más tradicionales – especialmente el inglés y el alemán –, el enfoque en España viene incorporando los elementos de las mejores doctrinas extranjeras.

Por su parte, como se ve, la producción brasileña se encuentra en etapa embrionaria, con la mayor parte de las obras orientadas hacia la mera reproducción acrítica de los procedimientos legislativos, por un lado, o para el diagnóstico de los problemas legislativos, por el otro, en ambos en los casos sin el deseable enfoque argumentativo – en Brasil las teorías de la legislación y de la argumentación todavía venían separadas –, sin propuestas de solución o de lo que puede hacerse para mejorar la situación. Todavía predomina mucha reflexión estéril, sin embargo algunas excepciones. En este sentido, se mencionan los enfoques de Ana Paula de Barcellos, João Aurino de Melo Filho y Felipe de Paula.

Poco a poco, se incorporan las dimensiones más allá de la lingüística y jurídico – formal, con análisis sobre la evaluación de impacto y la calidad legislativa. Pero, como se ve, todavía son pocos los trabajos más orientados hacia las prácticas reales con ocasión de la elaboración de las leyes, los contextos y limitaciones institucionales, especialmente dentro del propio Poder Legislativo, y cómo mejorar todo eso.

El principal objetivo de la Parte I, por lo tanto, fue explicar el surgimiento y el progreso de las teorías de la legislación y de la argumentación legislativa en los dos países estudiados, al mismo tiempo que se apuntaba la importancia de estos enfoques para la teoría y la filosofía del derecho. Esto, para conferir mayor racionalidad al ordenamiento jurídico como un todo y para mejorar la propia vida de los individuos.

En cuanto a esa parte de la investigación, otra contribución estuvo en la presentación de las innumerables técnicas, métodos y herramientas disponibles para el perfeccionamiento de la calidad de la actividad legislativa (*Checklist*, de redacción del texto legislativo, de evaluación, etc.), cuyo potencial no puede seguir siendo despreciado por las teorías del derecho y, sobre todo, por las prácticas dentro del propio Poder Legislativo.

Finalizada la parte teórica, se siguió a la más práctica del trabajo. Como se ha dicho, en la Parte II se realizaron dos estudios de casos, uno de España y uno de Brasil, con el objetivo de mostrar los problemas que permean la actividad legislativa desde un punto de vista más concreto y, de modo especial, para contrastar las prácticas observadas en tales casos con las teorías estudiadas, buscando mapear qué puntos están mal teorizados.

La elección del tema atendió a los siguientes criterios: 1) ser común a los dos países, con leyes aprobadas en ambos, para permitir la comparación; 2) mayor relevancia y complejidad, para lograr captar los aspectos más controvertidos y polémicos del debate; y 3) menor tiempo entre la publicación de las leyes analizadas, para atenuar los efectos circunstanciales, ya que un lapso temporal más grande ciertamente afectaría aún más el tipo de discusión entablada en cada territorio. Hecha la lista de los temas posibles, el que más se acercó a los criterios fue la violencia contra la mujer. Así quedó justificada la opción temática.

En la reconstrucción de los acontecimientos involucrados en los casos, se tuvo el cuidado especial en presentar lo que de hecho ocurrió, con los respectivos contextos, momentos, actores y todo lo que, por así decir, “moldeó” las discusiones legislativas en concreto. Igualmente, se registraron las lecturas y críticas que podían ser hechas, problematizando las cuestiones más importantes que impregnaron la actividad legislativa de modo más palpable y real.

El capítulo tercero trató de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. El enfoque permitió acompañar la forma en que el asunto entró a la agenda legislativa española casi tres décadas antes, aún en 1986, y como el tema fue objeto de un esfuerzo continuo en favor de perfeccionar la resolución del problema social, hasta culminar en la ley analizada. Fue posible aprehender la manera como los debates ya llegaron muy condicionados al Poder Legislativo (como siempre suele darse) por los acontecimientos de la fase pre-legislativa. Las eventuales “irracionalidades”, por lo tanto, no podrían quedarse sólo en la “cuenta” del Parlamento, pues su raíz se ubica en momentos anteriores a la llegada misma del proyecto de ley.

Además, se vio que la unanimidad parlamentaria alcanzada sólo “enmascaró” las profundas divergencias existentes involucrando la discusión, especialmente en cuanto a las causas de esa forma de violencia: la concordancia de los legisladores era sólo en cuanto a la “existencia de la violencia contra la mujer” (un hecho) y la “necesidad de hacer algo”. Incluso, esa superficialidad de los debates legislativos analizados fue considerada un ejemplo de falacia de la desesperación, como se explicó oportunamente. Además de un caso de acuerdo carente de una teoría completa, para usar la expresión ya consagrada de Cass R. Sunstein. Esta argumentación legislativa mal construida, sin embargo, no retiró la importancia de la ley en comento.

En el análisis de la ley española, se detectó la presencia de componentes simbólicos importantes (en un sentido positivo), o, si se prefiere, de funciones latentes, que se manifestaron de forma favorable a largo plazo. Esto, de acuerdo con lo que mostraron los números acerca de la eficacia y la efectividad de la ley, con una relativa disminución de los delitos más graves, aunque hubo un cierto aumento de las ocurrencias de menor gravedad, esto último a causa de la propia ley, alterando el comportamiento de las mujeres, que pasaron a denunciar más las agresiones.

A pesar de todo, el reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres en el caso, por ejemplo, parece haber entrado como un punto innegociable.

Con ello, se vio de forma cristalina que la eficacia y la propia calidad de la ley no necesariamente van relacionados con la argumentación legislativa respectiva implicada y que no siempre el Parlamento es el culpable de “destrozar” un proyecto de ley. Hay factores que condicionan los debates y las enmiendas parlamentarias, lo que incluso puede garantizar mayor legitimidad a la propia ley. Además, no siempre es posible garantizar el rumbo que las discusiones toma en el momento post-legislativo, de modo que la “irracionalidad” puede

eventualmente residir en el momento mismo de la aplicación e interpretación, desprendido de las circunstancias que lo anteceden.

En el caso español analizado, por ejemplo, esas características fueron bastante evidentes: hubo una especie de desprendimiento entre la argumentación legislativa y su producto final, la ley aprobada. A veces, esa característica “salva” muchas leyes, cuyos textos son muy superiores al debate parlamentario que las precedieron. Es que detrás de lo que se ve en los plenarios, existe todo un trabajo técnico, llevado a cabo por redactores, asesores y técnicos que componen los cuerpos legislativos. Ocurre que, con frecuencia, eso es simplemente olvidado.

Además, tras la aprobación de la ley, hubo intensa contestación en el ámbito judicial. Se trata del lado “negativo” del fenómeno ya explicado de desprendimiento entre la argumentación legislativa y su producto final. En el caso de la expresión acuñada por Roscoe Pound: la distancia entre el derecho de los libros (*law in books*) y el derecho en acción (*law in action*). Con frecuencia, una vez publicada la ley, sus aplicadores consideran inútil la voluntad de sus creadores y la interpretación confiere al texto legal una vida propia. Todo esto fue oportunamente explicado.

El segundo estudio de caso se realizó en la secuencia, en el capítulo cuarto, que analizó la *Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006*, más conocida como *Lei Maria da Penha*. Siguiendo los mismos moldes del capítulo anterior, fueron reconstruidos los eventos más importantes, presentados los demás puntos claves para entender el surgimiento de la discusión sobre la ley, junto con los aspectos que fueron moldeando el desarrollo de los debates y, después, los acontecimientos después de la aprobación de la ley y la continuación de los movimientos legislativos.

Entre los elementos que más llamaron la atención en el caso analizado, se citan:

1) la inaplicabilidad de la ley aprobada al caso que le dio nombre (que era de “intento de homicidio”, no lesión corporal), lo que podría entrar como un defecto técnico, característica simbólica o “irracionalidad”, según el punto de vista, sólo corregido nueve años, con la aprobación de la *Lei n. 13.104/2015*, que modificó el art. 121 del Código Penal (*Decreto-Lei n. 2.848/1940*) para incluir el feminicidio como circunstancia calificadora del crimen de homicidio (y su forma tentada);

2) el carácter simbólico también estuvo fuertemente presente, revelado sobre todo en la insistencia de que la violencia contra la mujer no se trataba de un crimen “de menor potencial ofensivo”, lo que también justificó una enmienda parlamentaria en la ley para

prohibir, de forma “atécnica”, como se explicó, las “sanciones de cestas básicas” en el art. 17 (para acabar con la idea de que “bastaba con pagar el precio” para agredir a las mujeres);

3) la prácticamente total falta de debate parlamentario – lo que, como es visto, sucede con alguna frecuencia en Brasil con el objetivo de “agilizar” la aprobación de la ley –, como si las discusiones fueran “una pérdida de tiempo”, en lugar de representar el principal factor de legitimidad. Sin embargo, hubo intensas discusiones con ocasión de la construcción de la ley fuera del Parlamento, en la medida en que se realizaron seminarios y debates por todo Brasil.

Además de estos principales, otros aspectos fueron entonces historiados.

Al final de este capítulo cuarto, se procedió a la comparación entre los dos casos estudiados, el de la ley española y el de la ley brasileña, lo que permitió verificar los puntos de coincidencia y las diferencias observadas en una discusión y otra.

En esa parte, se consignó que ambas leyes fueron de iniciativa del Poder Ejecutivo, fueron aprobadas con plazos relativamente rápidos, alcanzaron la unanimidad de los votos parlamentarios, contaron con elementos de presión internacional y optar por una delimitación más restrictiva del concepto de violencia contra la violencia mujer.

Además, las dos leyes encontraron gran resistencia, por parte de los operadores jurídicos en el momento de la aplicación. Los dos casos tuvieron la constitucionalidad impugnada y llegaron a las cortes constitucionales, las cuales confirmaron las respectivas elecciones legislativas. Esas coincidencias, se puede decir, forman parte de una especie de tendencia del proceso legislativo en general: predominancia del Poder Ejecutivo, presión internacional, control de constitucionalidad como “última etapa del proceso legislativo”, etc.

Por su turno, repítaselo por importante, se comentó que el consenso parlamentario en los dos casos en la verdad encubrió los profundos desacuerdos, entrando a lo que Cass R. Sunstein llama “acuerdos carentes de teoría completa”. Como se explicó en la ocasión, había concordancia en cuanto a la “existencia” de la violencia contra la mujer (y, por lo tanto, que era necesario tomar “alguna” providencia), pero esa unanimidad no alcanzaba la cuestión más profunda, es decir, las “causas” no se ha llegado a debatir propiamente sobre las raíces histórico-culturales del trato diferenciado entre hombres y mujeres, tampoco habiendo habido consonancia en lo que se refiere a la explicación de que ese tipo de violencia es la forma de perpetuar la dominación masculina.

Por otro lado, el estudio del caso español permitió observar, aún, que hubo un lento proceso de aprendizaje institucional hasta la aprobación de la ley de 2004 analizada, la cual fue la octava intervención legislativa para combatir el problema social, mientras que en Brasil, la

Lei Maria da Penha fue la primera en tratar el asunto. Aunque se haya mostrado una gran inspiración en la homóloga española, las diferencias son grandes.

Para la aprobación de la ley española, fue determinante la política partidista, especialmente el intercambio de partido al mando del gobierno. En Brasil, la aprobación de una ley de esa naturaleza jamás figuró como promesa de campaña.

En España, hubo más debate general (en la fase gubernamental y también dentro del Parlamento, en las audiencias públicas, comisiones y plenario). Las discusiones versaron notablemente sobre la constitucionalidad de las medidas y para la ampliación del concepto de violencia contra la mujer para abarcar también a las “personas especialmente vulnerables”. En Brasil, a diferencia, se acabó optando por suprimir las discusiones y aprobar la ley más rápidamente y el punto más polémico del debate legislativo ni siquiera fue la constitucionalidad, sino una cuestión más procedimental, relacionada al procedimiento de la persecución penal a ser adoptado para los casos de violencia contra la mujer.

Es posible ver que las discusiones a la luz de la “perspectiva de género” son mucho más intensas en España, lo que naturalmente influye en el peso de la argumentación y de la ley después de aprobada. Brasil aún no ha llegado a tal nivel, lo que puede verse desde la propia denominación escogida en la ley, es decir, “violencia doméstica”, una etiqueta eufemística y que confiere un tratamiento inadecuado a un problema que no es sólo “de casa” o privado. Por otro lado, al menos la *Lei Maria da Penha* posee una definición más amplia de la violencia en comento y en ese punto la ley española quedó por debajo del equivalente brasileño.

Aunque las discusiones post-legislativas han sido intensas en los dos países, el ejemplo español avanzó mucho más en favor de la mayor igualdad entre hombres y mujeres. Como se mostró, varias otras intervenciones legislativas fueron aprobadas en ese sentido, en contraste con los pasos brasileños, que fueron más tímidos, habiéndose limitado esencialmente a la tipificación del feminicidio y la creación de casas de abrigo.

La comparación entre los dos casos estudiados también permitió detectar diversos problemas en la tramitación legislativa, especialmente en el caso brasileño, lo que también puede haber contribuido a la relativa mejor calidad del debate español, sin embargo este último también ha contado con intervenciones parlamentarias repletas de falacias y, aunque con un mayor número de participaciones en discursos, no se llegó a debatir propiamente el núcleo de la cuestión, o sea, a la raíz del problema social que planteaba la intervención legislativa, las causas de la violencia contra la mujer, como ya se ha explicado.

Así, el objetivo de la Parte II fue el de ofrecer una dimensión más concreta de la complejidad de hacer leyes y de las dificultades reales inherentes a la actividad legislativa, de

las limitaciones institucionales y relacionadas a los contextos, momento y actores involucrados en la discusión. Esto, para verificar si las teorías de la legislación y de la argumentación legislativa vienen captando adecuadamente esos elementos en sus reflexiones, o sea, de qué manera tales enfoques efectivamente corresponden a lo que sucede de verdad, si son prácticas, si de hecho ayudan a resolver los problemas, no tendenciosas y, eventualmente, en qué puntos dejan de conectarse con la realidad.

En ese sentido, el estudio de los dos casos dio lugar a captar los déficits teóricos, en qué partes fracasan las teorías y los límites de las concepciones sobre el proceso y la argumentación legislativa. Como se vio, la práctica es abrumadora. Sin duda, en mayor grado de que en otras áreas jurídicas, la elaboración legislativa y las actividades dentro del Parlamento son esencialmente colectivas, con toda la complicación que ello implica. Y, como no podía dejar de ser, la inmersión en las prácticas españolas también permitió captar otros aspectos de potencial perfeccionamiento de las rutinas brasileñas, sirviendo para la construcción de la Parte III.

En efecto, el contraste entre las perspectivas de la Parte I y los escenarios reconstruidos en la Parte II dio lugar a la última parte, en la que se procedió a la “síntesis” entre ambas. En esta Parte III, los objetivos fueron: presentar las insuficiencias de las teorías de la legislación y de la argumentación legislativa; señalar algunas directrices que las perspectivas teóricas deberían seguir en el futuro – según se cree aquí – para llenar los vacíos detectados; reconocer los límites de esta línea de investigación; y ofrecer sugerencias prácticas, concretas y factibles para el perfeccionamiento de las capacidades legislativas, deliberativas y argumentativas, para mejorar algunas rutinas dentro del Parlamento, con énfasis en el escenario brasileño. Los objetivos estrictamente teóricos se concentraron en el capítulo quinto y los más pragmáticos, en el sexto.

En el capítulo quinto, de naturaleza esencialmente teórica, orientado a “completar” las teorías de la legislación y de la argumentación legislativa, se proporcionó una lista no exhaustiva de temas que, según lo indicado y fundamentado, necesitan ser mejor estudiados. La compilación, lejos de agotar los puntos, buscó más elaborar una serie de “desafíos” y algunas “provocaciones”, ya que algunos temas fueron inspirados en las tradicionales críticas formuladas por los escépticos en relación al estudio de los temas legislativos. En lugar de pensar que las objeciones lanzadas son razones para desistir de esa agenda, aquí se prefiere apostar que son justamente esas críticas que fundamentan la necesidad de profundizar las reflexiones. El estudio precisa de continuidad para que las teorías superen diversos problemas y oposiciones a menudo levantados al perfeccionamiento de la labor legislativa.

En ese sentido, se vio que las teorías de la legislación y de la argumentación legislativa precisan conferir más atención a la racionalidad política, prácticamente ignorada o menospreciada por la mayoría de los autores trabajados en la Parte I. Por racionalidad política, se conceptuó simplemente como el móvil de recoger más poder, prestigio, individualmente o para el grupo político beneficiado en concreto. Como se comentó oportunamente, tal “lógica de acción” (racionalidad) instrumental de la política – el actuar político – está presente en el día a día de la elaboración legislativa y conviene no cerrar los ojos a los peligros de esa dinámica de funcionamiento.

Es que, arrastrada al extremo o llevada a cabo de modo ilimitado en la práctica, esa dinámica tiene capacidad también para portar “motivaciones hipócritas”, tendenciosas o de “legalmente” redundar en la aprobación de leyes de orientación “corporativa”, orientadas a atender pequeños grupos de beneficiarios, de forma injusta y contraria al interés general. El riesgo, por lo tanto, no es la racionalidad política en sí misma, sino su uso desvirtuado de fines y valores éticos, como se ha explicado.

En cuanto a este punto, la mayor contribución del enfoque argumentativo en el marco de la elaboración legislativa está precisamente en la incorporación de preguntas críticas dirigidas a “desenmascarar” los objetivos políticos eventualmente encubiertos y, de esa manera, evaluar su legitimidad y justicia en el caso concreto. Así, se ha dividido que es necesario incorporar la racionalidad política expresamente en el debate, el análisis y la evaluación legislativa.

Para ello, aquí se sugirió el recorrido “inverso” al de la propia decisión política en cuestión, cuidando de revelar sus elementos centrales: 1) ¿quiénes son los beneficiarios directos de la medida? 2) ¿quién más se beneficia indirectamente? 3) esta opción está justificada? 4) ¿las razones presentadas son justas? 5) ¿quién asumirá los costes? 6) eso es justo también? 7) hay perjudicados? 8) la medida está alineada al bien común? 9) ¿cuáles son las alternativas? 10) ¿Por qué la alternativa elegida, desde ese punto de vista, es mejor que las demás posibles? Etcétera.

Incorporar esas preguntas, si no en el momento de la decisión legislativa – cuando se formulan las demás preguntas *Checklist*, pues esa es una fase más “técnica” –, al menos con ocasión del debate parlamentario, ese sí esencialmente político, sería la manera de “racionalizar” la política argumentativamente y, en consecuencia, incrementar la racionalidad a la legislación. Así, se entendió que es preciso incorporar la mencionada racionalidad política como categoría importante en los estudios de teoría de la legislación, de preferencia estableciendo también los criterios de corrección.

Igualmente, se sugirió la profundización sobre el papel de la mentira en la actividad legislativa. En la segunda parte, la discusión teórica sobre el supuesto “deber de sinceridad” en la argumentación legislativa aún figura en un plano demasiado abstracto, sin conexión con la realidad de las prácticas, tampoco presentando ejemplos concretos que permitieran ver “esa herramienta persuasiva estratégica”, “instrumental”, cuál es, la mentira, así como su papel en la elaboración legislativa.

Después de la problematización del punto desde un punto de vista diferente, dando otro rumbo a ese debate, se hizo una lista de los ítems que aún deben ser mejor elaborados teóricamente: 1) cómo limitar las mentiras; 2) cuáles son las mentiras “aceptables” (si es que existe esa categoría); 3) cuando los legisladores pueden mentir; 4) cómo detectar las mentiras; 5) cómo diferenciar las mentiras en relación a otros tipos de “embuste”; 6) cuáles fueron los mayores casos de mentiras legislativas de la historia, cuáles partidos políticos o parlamentarios mintieron más; etcétera

La preocupación por la racionalidad política y la mentira no se deriva de una pretensión ingenua de cambiar la naturaleza del debate parlamentario con ocasión de la elaboración normativa, convirtiéndolo en caracterizado por la sinceridad y cooperación desinteresada entre pares. Se trata sólo de no incurrir en la falacia naturalista, tomando el “ser” como “debe ser”. Especialmente desde el punto de vista teórico, debe existir una pretensión de corrección (vínculo con la moral) como elemento necesario en la elaboración legislativa.

Como queda demostrado, los temas en cuestión son importantes, pues pueden encubrir la corrupción, cuya presencia viene siendo cada vez más relatada en el momento de la elaboración legislativa brasileña. Lejos de tales puntos figurar como razones para el escepticismo que tiende a abandonar los estudios legislativos, esta agenda debe despertar el mayor empeño y preocupación teóricas. Es necesario madurar más ideas para combatir las malas prácticas.

La corrupción, incluso, fue otro de los temas que se consideró merecer una mayor profundización, dado que en el momento de la elaboración legislativa existe una gran discreción por parte de los legisladores, y ese vicio puede acabar “legalmente” insertando una “ley corrupta” y, peor, con efectos trascendentes, contaminando el ordenamiento jurídico. En el actual estadio de desarrollo teórico, no existe solución para invalidar las leyes contaminadas de ese tipo de vicio de formación que acomete la propia voluntad parlamentaria. Recuerde el brocardo citado en la introducción, *auctoritas non veritas facit legem*. Sin embargo, la discusión está puesta sobre la mesa.

En la misma línea de raciocinio, se defendió el desarrollo de estudios sobre el populismo en la legislación. Se ha explicado que esta forma de hacer política (y legislación) corresponde a la negación de los valores del Estado de derecho. Se vio que existen dos maneras por las cuales el populismo puede manifestarse en relación al Poder Legislativo. En la primera, el Parlamento es usado como instrumento de un gobierno populista, usado para la aprobación de legislación con el mismo carácter. Aquí, se consideró que son populistas las leyes aprobadas con el único objetivo de recoger la aprobación popular, se lee, la simpatía de sus beneficiarios o de segmentos de la sociedad, en detrimento de valores caros al ordenamiento jurídico o incluso manifiestamente inconstitucionales, en verdadero “abuso de la función instrumental de la legislación”.

La segunda manifestación del populismo en el Poder Legislativo se aproxima a la noción de “irresponsabilidad legislativa”, en el sentido de adopción de un comportamiento corporativo que implica distorsión de sus funciones legislativas, caos institucional e insostenibilidad a largo plazo. Como ejemplo concreto de ese segundo tipo de populismo legislativo, se citó la conducta de la Cámara de los Diputados en Brasil, entre los años 2015-2016, con las llamadas “pautas de bomba”, con consecuencias drásticas, habiendo colaborado, junto con otros factores coyunturales –, incluso, para el derrocamiento de un gobierno.

La hipertrofia del Poder Ejecutivo y la influencia de éste en la dinámica legislativa fueron otra cuestión que se consideró merecer mayor foco por parte de las teorías de la argumentación y de la argumentación legislativa, especialmente a la luz del diseño institucional. La idea es investigar qué arreglo de instituciones – sobre todo el eje Presidente, Parlamento y partidos políticos – favorece la actividad legislativa, dado que la actual configuración, especialmente en el caso brasileño, ha favorecido una clara predominancia del Poder Ejecutivo, no sólo en la agenda, pero en los tiempos de aprobación, contenido de las leyes y sentido de las votaciones. Este es otro punto que definitivamente merecerá mayores investigaciones futuras para respaldar las preguntas que aquí quedaron abiertas.

En efecto, se mostró también la conexión existente entre la teoría del Estado y la legislación, más específicamente la necesidad de que haya una claridad sobre las elecciones fundamentales de los términos de qué tipo de Estado se desea y qué sociedad se quiere construir, pues esos los elementos tienen clara influencia sobre la segunda, como se explicó en su momento.

Como se ha dicho, no todos los valores y respuestas se pueden encontrar en la Constitución. Existen decisiones fundamentales “externas” al texto fundamental, por así decir, como por ejemplo: las relacionadas sobre todo al tamaño del Estado; al grado de intervención

que se desea de éste a través de las políticas públicas; a los espacios que se quiera dar a los individuos para la conducción de sus propios planes de vida; en resumen, al nivel de paternalismo que se cree poder colaborar para el desarrollo de la sociedad.

Muchas de estas opciones más relacionadas con la teoría del Estado serán la base para la definición de muchos aspectos de la legislación. Aunque es obvio, no cuesta reiterar que son completamente diferentes las teorías de la legislación en un Estado liberal y en un Estado de bienestar social. La profundización que se consideró necesaria va en el sentido de mapear mejor la influencia de esas elecciones en los modos de legislar, los instrumentos más usados en cada caso y ver lo que más funciona.

Avanzando en el tratamiento de los déficits teóricos de las teorías de la legislación, se dedicó un ítem para desarrollar la influencia los sesgos cognitivos que pueden acometer a los técnicos, asesores y políticos que se ocupan de la toma de decisiones en materia legislativa. Aunque la discusión sobre estos “atajos del cerebro humano” no es propiamente nueva, se ha vislumbrado que las teorías de la legislación y de la argumentación legislativa necesitan avanzar en la incorporación de ese conocimiento para prevenir la ocurrencia de esas “falacias psicológicas”, que alteran la percepción de los tomadores de decisiones sin que éstos se den cuenta. En primer lugar conocer; en segundo lugar, permanecer atento; y, en tercer lugar, promover algunas adaptaciones en las rutinas de discusión y deliberación son las principales maneras de evitar ese tipo de “irracionalidad”.

En el capítulo quinto, se explicó la necesidad de una teoría de la interpretación y una teoría sobre el papel de la jurisdicción constitucional, en la medida en que ambas completarán la teoría de la legislación y de la argumentación. La primera, la teoría de la interpretación, promoverá el puente necesario para esclarecer el uso del argumento interpretativo de la voluntad del legislador – que, como dicho, no podrá jamás ser “ignorada”, “considerada inútil”, tampoco “presumida”, “deducida”, “adivinada” o simplemente “inventada” por el intérprete arbitrariamente –, así como las situaciones en que se permitiría alguna actividad creativa, partiendo de los materiales autoritativos, con el objetivo de mejorar las prácticas. El criterio más recomendado parece seguir siendo: cuanto más racionalidad legislativa, menos actividad interpretativa constructiva (o creadora) judicial.

Aquí, se entendió que la concepción del Derecho como una práctica, un proceso, una empresa, renueva el interés en las teorías de la legislación y en el refuerzo de la argumentación legislativa. Es que, de acuerdo con esa concepción del Derecho, las reglas (las leyes) sólo tienen sentido en el contexto de instituciones, procedimientos, valores y formas de pensamiento

adecuados. De esta manera, concebir el Derecho como práctica refuerza el interés por los temas legislativos y el proyecto de rescate de la dignidad de la legislación.

Por su parte, se consideró necesaria una teoría del control de constitucionalidad con el propósito de definir el papel de la Constitución, de los jueces y de los legisladores, para aclarar cómo debe hacerse la revisión judicial; en qué situaciones estaría autorizado un grado moderado de activismo judicial; cuáles son los espacios de deferencia a las elecciones legislativas, o sea, de adopción de las “virtudes pasivas” por parte de los jueces constitucionales, cuando haya discrecionalidad legislativa (o, si se prefiere, libertad de configuración del legislador). Las principales discusiones en cuanto a tales puntos fueron problematizadas oportunamente.

En el capítulo sexto, y último de la investigación, se formularon sugerencias directas, objetivas y concretas de medidas que pueden ser adoptadas por el Poder Legislativo para el perfeccionamiento de sus rutinas y con miras a garantizar una mayor racionalización de las actividades legislativas y de las argumentaciones en ellas involucradas. El criterio de limitar las propuestas ofrecidas aquí al ámbito del Parlamento se explica por la escasez de referencias con ese ámbito. La mayoría de las sugerencias encontradas en la literatura disponible se vuelve a la mejora de las rutinas en la fase pre-legislativa gubernamental (metódica legislativa), yendo, como mucho, hasta la redacción del proyecto de ley (técnica legislativa), nada más siendo dicho para los momentos después de que éste sea enviado al Poder Legislativo.

Las propuestas fueron ordenadas de acuerdo con lo que se creyó que era de aplicación más importante y viable, y el catálogo presentado no pretendió ser exhaustivo, ni siquiera por la conciencia de que también son necesarias mejoras en otras instancias (además de los Parlamentos) para efectivamente perfeccionar la actividad legislativa, como el sistema político, electoral, etc.

Cada una de las recomendaciones fue explicada, habiéndose desarrollado las respectivas razones que las justifican y de qué manera cada sugerencia puede contribuir a la racionalización de la elaboración legislativa. En resumen, se indicó la necesidad de:

1) introducir las exposiciones de motivos, justificación y preámbulos de las leyes como obligatorias, rescatando las diferencias entre esas piezas, dotándolas de contenido útil y cuidando para que reflejen fielmente el texto legal aprobado;

2) establecer plazos para la tramitación legislativa ordinaria, especialmente en el Senado, habiéndose sugerido dos meses como suficiente;

3) limitar la tramitación de los proyectos de ley a una única comisión, reducir la cantidad de comisiones – en el Senado, el número ideal giraría alrededor de seis – y

perfeccionar los trabajos y discusiones en ese ámbito, incrementando el carácter dialéctico de las discusiones;

4) controlar la pertinencia temática de los debates y de las enmiendas parlamentarias para garantizar su observancia;

5) adoptar formas de aproximación al Modelo de Debate Parlamentario Británico u otras modalidades que representen tipos ideales, perfeccionando la disciplina sobre el uso de la palabra (turnos de voz), siempre alternando una intervención a favor y una contra en los debates;

6) restringir el voto de liderazgo y la disciplina de voto;

7) eliminar las leyes banales (sobre efemérides, fechas conmemorativas, modificaciones de nombres de carreteras y / o viaductos y aeropuertos y en memoria a personas, etc.);

8) instituir un órgano encargado de la revisión final del texto aprobado, adecuándolo desde el punto de vista de la técnica legislativa, corrigiendo errores formales, sin perjuicio del sentido y de la voluntad parlamentaria reflejados en el texto aprobado en plenario;

9) mejorar los servicios de documentación, publicidad y participación popular, garantizando mayor accesibilidad a los elementos de actas taquigráficas, audios y videos de los debates parlamentarios en las comisiones y en el plenario, de modo que esas informaciones queden vinculadas también en las propias páginas de los proyectos de ley;

10) aprobar un código de conducta de los funcionarios y consultores que asesoran el proceso legislativo, con las aclaraciones sobre los respectivos deberes y límites éticos;

11) regular la actuación de los grupos de presión, *lobby* o *advocacy*;

12) crear un órgano de evaluación de las leyes, para proveer al Poder Legislativo de informaciones para la eventual revisión de las leyes aprobadas, actividad que viene siendo considerada como un “deber” post-legislativo del Parlamento;

13) rescatar el papel del Senado como casa revisora, dotándolo con poderes de ejercer sus funciones moderadoras inherentes a la adopción del bicameralismo, cuya raíz son las “cláusulas de enfriamiento”, diseñadas para fomentar las formas de “pensar despacio”;

14) fundar una Escuela de formación política y retórica y de estudios en teoría de la legislación; y

15) programar y dar mayor previsibilidad a los trabajos, con la publicación de las agendas diaria, semanal, mensual y anual, con la mayor antelación posible.

Tras ese recorrido, el trabajo se ha terminado con una conclusión que revisa los principales puntos.