

CARLOS BLANCO DE MORAIS

# MANUAL DE LEGÍSTICA

CRITÉRIOS CIENTÍFICOS E TÉCNICOS  
PARA LEGISLAR MELHOR



Verbo

*Edição realizada com o apoio de*

FUNDAÇÃO  
LUSO-AMERICANA

F U N D A C Ã O  
Millennium  
bcp

*Ao Carlos Duarte, nos seus sete anos, e ao seu império interdito de cavernas, dragões,  
espadas e feiticeiros, ao qual me é dado o privilégio ocasional de acesso, fuga e partilha.*

© Editorial Verbo, 2007  
Capa: Serviços Gráficos da Editorial Verbo

Composição: Antgraphic, Lda.  
Impressão: Fabigráfica  
em Março de 2007  
Depósito legal n.º 256818/07  
N.º de edição: 3206

Visite-nos na Internet: [www.editorialverbo.pt](http://www.editorialverbo.pt)

## CAPÍTULO I

---

### PORQUÊ O ESTUDO DA LEGÍSTICA

#### SECÇÃO I FUNDAMENTOS DE UMA OPÇÃO TEMÁTICA

1. A lei governamental constituiu, em Portugal, até há relativamente poucos anos, um domínio da «*arcana rei pública*», ou seja, um reduto pautado pela conservação, em relativo segredo, dos mecanismos da respectiva produção política e técnica, em contraponto com a abertura constitucional e regimental da lei parlamentar.

O Regimento do Conselho de Ministros era «secreto», ou quase, e as próprias directrizes de redacção e sistematização de normas constavam de uma deliberação não publicada do mesmo Conselho, o que não impedia que o circuito básico de produção interna dos decretos-leis e das propostas de lei transpirasse nos cursos de legística do INA e nalgumas aulas de Direito Constitucional, leccionadas por docentes que tinham tido experiência governativa ou contacto técnico com a mesma.

Com a publicação do Regimento do Conselho de Ministros no *Diário da República*, o pseudo-segredo foi totalmente desvendado, emergindo à luz do dia um sistema complexo e fechado, mas relativamente pobre na sua metódica e técnica, se confrontado com os melhores paradigmas europeus.

A consciencialização, pelo próprio poder governativo, de que o principal centro de concepção legislativa da República se pautava por um excesso de arcaísmo, improvisação e jactância na criação normativa, gerador de uma legislação nem sempre bem redigida e pensada que afectava o bom funcionamento da Administração Pública, do sistema de Justiça e das empresas, levou-o a iniciar um processo larvar de reformas no plano da qualidade normativa que tiveram por efeito a publicização de todo o processo legislativo governamental.

No tempo presente vive-se uma abertura, sem paralelo, na circulação das técnicas e métodos legislativos mais apurados e sofisticados que pontificam

em sistemas de referência, mormente através do ciberespaço, e que permitem conceber leis com elevados padrões de qualidade. A ideia parece ser a de permitir que no espaço da OCDE e da União Europeia se concebiam boas leis que facilitem o investimento internacional, a circulação de cidadãos qualificados e a competitividade das empresas.

Nos séculos precedentes, a ciência jurídica consumiu-se no fenómeno da aplicação de uma norma a um caso concreto, na perspectiva de uma tomada de decisão por parte de um juiz. A norma carecia do recurso a uma interpretação que descodificasse o seu sentido, no contexto do caso concreto, constituindo a hermenêutica o problema central da razão jurídica.

A partir da segunda metade do século xx, passou a ser insuficiente, ao jurista comum europeu, o estudo da interpretação normativa, colocando-se sempre o problema prévio da validade da norma a aplicar. A lei passou a ter de se mover nos carris apertados das regras constitucionais de Estados plurilegislativos e integrados em organizações supranacionais, havendo que verificar se o mesmo acto era conforme aos seus parâmetros materiais, formais e orgânicos, bem como ao Direito Comunitário. Com a normatividade plena das Constituições e a criação dos Tribunais Constitucionais a ciência jurídico-constitucional passou a constituir uma parcela inseparável da ciência jurídica.

A partir dos anos oitenta, o estudo das normas experimentou um salto qualitativo, a partir do momento em que não juristas passaram a observá-la interessadamente, como um instrumento de acção e transformação política e económica, passando a lei a ser estudada no domínio da sua «governance», ou seja, nas técnicas e métodos que devem reger a sua concepção, avaliação, redacção, sistematização e praticabilidade. Nasceu, assim, a *Legística* como parcela de uma ciência auxiliar da ciência jurídica, preocupada com as consequências produzidas pelos actos legislativos e os meios passíveis de potenciar a sua qualidade, simplificação e eficiência.

O Autor do presente relatório dedicou a maior parte da sua actividade lectiva e de investigação jurídica à temática da lei. As suas dissertações de Mestrado («A Autonomia Legislativa Regional»<sup>1</sup>) e de Doutoramento («As Leis Reforçadas»<sup>2</sup>), procuraram aprofundar determinadas categorias legais previstas no ordenamento português. À luz da ciência jurídica do Direito Público procurou-se estudar a lei sob uma perspectiva dogmática, focando a sua natureza, os seus atributos caracteriológicos, a sua forma, a sua força e o seu valor normativo, em geral, bem como o valor normativo de certas categorias de leis, em particular.

<sup>1</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, «A Autonomia Legislativa Regional», Lisboa, 1993.

<sup>2</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, «As Leis Reforçadas», Coimbra, 1998.

Ulteriores trabalhos respeitantes ao universo da ciência jurídica («Justiça Constitucional» I e II<sup>3</sup>) debruçaram-se, também no contexto de uma metodologia dogmática, sobre a validade da lei, sobre os seus desvalores, e sobre os institutos jurisdicionais que permitem a sanção e a reparação dos efeitos deste últimos.

Faltar-nos-ia, nessa viagem pela lei, visitar os métodos e as técnicas conceptivas da lei, tendo em vista a garantia da sua qualidade. Tendo tido a oportunidade de leccionar duas disciplinas na pós-graduação que tiveram como tema a «Teoria da Lei», de coordenar outras duas em matéria de «Legística e Ciência da Legislação» e de dirigir diversos trabalhos preparatórios no domínio das políticas públicas de qualidade normativa na esfera do Governo, importava preencher uma lacuna e realizar uma digressão, não apenas científica, mas também empírica, sobre esta área do conhecimento.

Trata-se de um tema que transborda o hemisfério da ciência do Direito para defluir noutros domínios do saber que servem a mesma ciência e que se prendem com os critérios de feitura, não apenas de leis válidas, mas fundamentalmente de «boas leis».

Com esta incursão no campo da ciência, da técnica e da «artesanaria» próprias do circuito interno de concepção e controlo de efeitos das normas legais, procuraremos completar, em termos de investigação, um ciclo integrado por mais de década e meia de dedicação à lei.

2. Mas outros três fundamentos, estes de ordem objectiva, determinaram igualmente a escolha do tema.

O primeiro, radica no *interesse científico que o mesmo domínio tem vindo a merecer nas Escolas de Direito portuguesas*.

A matéria da ciência da legislação tem sido, desde o início da década de oitenta, objecto de importantes estudos, artigos e investigações por parte de alguns dos principais docentes portugueses da área do Direito Público e de História das Instituições, tendo grande parte dos mesmos sido publicados na revista «Legislação» editada pelo INA, cuja leitura se tornou obrigatória para qualquer jurista interessado no tema.

Por outro lado, no que respeita a provas de habilitação ao título de Agregado na menção de Ciências Jurídico-Políticas, a ciência da legislação mereceu uma especial atenção por parte de dois professores juspublicistas, como objecto de um relatório sobre o conteúdo e métodos de uma disciplina<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS, «Justiça Constitucional I», «Garantia da constituição e controlo da constitucionalidade», Coimbra, 2006; e «Justiça Constitucional II», «O sistema português de contencioso constitucional entre o modelo misto e a tentação do reenvio», Coimbra, 2006.

<sup>4</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, «Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação», in BFDUC, Vol. LXIII, 1987, p. 405, e JOÃO CAUPERS, «Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de uma Disciplina de Metodologia da Legislação», in «Legislação», 35, 2003, p. 5 e seg.

Tendo os referidos relatórios sido apresentados em provas de realizadas nas Faculdades de Direito da Universidade de Coimbra e da Universidade Nova, haveria de completar uma lacuna sobre o tratamento desta temática na Faculdade de Direito de Lisboa. Lacuna, tanto mais incompreensível, quanto o facto de ter sido esta Escola a organizar em Portugal (no decurso dos anos de 2004, 2005 e 2006), os três primeiros cursos pós-graduados de aperfeiçoamento sobre a área do conhecimento científico em exame.

Paralelamente, docentes da Faculdade de Direito de Lisboa integraram comissões técnicas criadas pelo Estado para a preparação de alterações aos critérios de legística que regem a produção de actos normativos (como é o caso das regras apendiculares aos regimentos dos XVI e XVII Governos constitucionais<sup>5</sup>) e elaboraram o primeiro guia ou «manual prático» de Legística em Portugal, editado pelo Ministério da Justiça<sup>6</sup>.

Haveria, deste modo, que dar consequência aos trabalhos já efectuados pelo corpo docente da Escola, no domínio desta ciência.

Em segundo lugar revalorizou-se o interesse pedagógico na criação de uma disciplina de Ciência da legislação e Legística em sede de cursos de pós-graduação, mestrado ou, mesmo, licenciatura.

GOMES CANOTILHO, no Relatório pioneiro que elaborou sobre este domínio do conhecimento e que publicou em 1987, admitiu como opção preferencial que uma cadeira de «Teoria da Legislação» fosse tornada obrigatória no curso complementar de Ciências Jurídico-Políticas da licenciatura em Direito na Universidade de Coimbra. O facto de o objecto do relatório se centrar num curso de mestrado derivou, apenas, da previsão de eventuais «objecções quanto à sua inserção no actual currículo da Faculdade»<sup>7</sup>.

Já JOÃO CAUPERS propôs, no seu relatório sobre a mesma área científica, a criação de uma disciplina de opção em «Metódica da Legislação» no curso da licenciatura da Universidade Nova de Lisboa, projecto que foi levado à prática no ano lectivo de 2004/2005 naquela instituição.

Existe, deste modo, um interesse intermitente de outras escolas de Direito na leccionação da matéria da Ciência da Legislação.

Consideramos, pela nossa parte, que o interesse despertado por três cursos de estudos pós-graduados sobre este domínio científico na Faculdade de Direito de Lisboa permitiram um amadurecimento suficiente para se poder perspectivar ou a sua continuidade, o ensaio da criação cadeira de opção de Ciência da Legislação nos Curso de Mestrado ou de Licenciatura em Direito.

<sup>5</sup> Cfr § 629 e 630. Também § 632 e seg.

<sup>6</sup> Cfr. DAVID DUARTE, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, MIGUEL ROMÃO, TIAGO DUARTE, «Legística», Coimbra, 2002.

<sup>7</sup> J. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 414 e seg.

*A terceira razão, radica no recente interesse que, numa perspectiva pragmática, a ciência e a técnica da feitura das leis tem merecido, no plano interno, por parte do Estado e dos operadores jurídicos e, no plano externo, pelos Estados da OCDE e pela União Europeia.*

Assim, a problemática da deficiente qualidade da lei tem estado presente no discurso da reforma da Justiça, nomeadamente, por parte da judicatura e da Ordem dos Advogados, tendo esta última participado na organização dos já mencionados cursos pós-graduados que se realizaram na Faculdade de Direito de Lisboa.

Quanto ao Governo Português, este desde o ano de 2001 não deixou de criar comissões técnicas para a realização de diagnósticos sobre o «estado da legislação»<sup>8</sup> (XIV Governo constitucional) e determinado a elaboração de trabalhos preparatórios de diplomas relativos à organização da gestão do processo legislativo (XV e XVII Governos constitucionais<sup>9</sup>). Paralelamente, e tal como se afirmou, foi dada pelo XVI e XVII Governos constitucionais, uma maior atenção à Legística formal, seja através da revisão das directrizes existentes, seja através da publicação de guias ou manuais pelo Ministério da Justiça.

No entanto, como resultado dos trabalhos da Comissão Técnica para a Qualidade e Eficiência dos Actos Normativos do Governo, da Unidade de Coordenação da Modernização Administrativa (UCMA) e do projecto de reforma da Presidência do Conselho de Ministros, tendente à criação de um «Centro de Governo», o XVII Governo Constitucional aprovou mediante a Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006, o Programa «Legislar Melhor». Este, configurou-se como o primeiro documento estratégico para a promoção da qualidade e eficiência dos actos legislativos em Portugal, seguindo os passos do Relatório Mandelkern e do Better Regulation Action Plan da União Europeia, em cuja denominação se inspirou.

Com a aprovação deste programa, cuja execução terá lugar nos próximos dois anos, foi dado um primeiro passo, em termos de alteração qualitativa, quanto ao envolvimento dos poderes públicos na gestão estratégica da qualidade das leis que editam.

Finalmente, registou-se no espectro da investigação científica, a criação da Sociedade Europeia de Legislação por parte de importantes expoentes universitários do Direito Público europeu, bem como o envolvimento das universidades italianas, austríacas, suíças e holandesas em cursos de formação de legistas.

<sup>8</sup> Traduzida na criação da Comissão para a Simplificação Legislativa (infra § 309).

<sup>9</sup> Criação da Comissão Técnica para a elaboração do «Programa Estratégico para a Qualidade e Eficiência dos Actos Normativos do Governo» (cfr. infra § 310), e extensão dos seus trabalhos no ano de 2005.

## SECCÃO II

OPÇÃO PELA RESTRIÇÃO DO ESTUDO DA LEGÍSTICA  
À ACTIVIDADE LEGISLATIVA GOVERNAMENTAL

3. Importa delimitar o objecto específico da investigação a que estas linhas respeitam.

Entendemos por adequado circunscrever este excursão ao estudo do exercício da função legislativa.

Será, pois, a lei o acto normativo unguído por esta digressão.

Consideramos que o objecto da «Ciência da Legislação» em geral, e o estudo da legística, em especial, integram não apenas o estudo da lei, mas também o de todos os actos normativos com eficácia externa produzidos ao abrigo de uma manifestação de autoridade pública. As políticas públicas estaduais e autonómicas no domínio da normação e as auditorias internas e internacionais à qualidade normativa abrangem, por regra, as normas comunitárias, as leis e os regulamentos administrativos pelo que um curso de natureza abrangente deveria abranger os três tipos de normas em referência.

Optámos por não abordar nem os regulamentos administrativos nem as normas comunitárias, exceptuando o processo de transposição de directivas que, na ordem jurídica portuguesa, se processa por via legislativa.

Isto porque, em primeiro lugar, preferimos concentrar o pouco tempo disponível de leccionação da disciplina num só tipo de acto jurídico-público, do que optar por uma dispersão que acabaria por ser insuficiente e por privilegiar uma abordagem excessivamente horizontal das matérias.

Em segundo lugar, porque para um ordenamento que ainda não implantou políticas relevantes de qualidade normativa no domínio legal, não fará sentido descer, de imediato, sobre as políticas de qualidade no campo regulamentar que, por razões lógicas, devem processar-se num momento sequencial à introdução das primeiras.

Em terceiro lugar, porque muitos dos conhecimentos adquiridos no domínio da Legística formal são aplicáveis, com adaptações, à actividade regulamentar.

Quanto à produção de normas comunitárias não transponíveis para a ordem interna por força da lei, consideramos que se trata de um domínio de «legística comunitária» que será, ainda assim, a florado na medida em que condicione a produção legislativa nacional.

4. Não se irá, por outro lado, examinar o processo de formação de todos os actos legislativos.

Considerámos mais adequado restringir o presente curso ao estudo da concepção dos actos legislativos da competência do Governo ou que sejam por este elaborados na qualidade de propostas de lei apresentadas junto da Assembleia da República.

Tomámos esta opção na base de cinco ordens de razões.

A primeira resulta da circunstância de o Governo ser, em Portugal, o órgão onde recai a centralidade de todo o processo legislativo das instituições soberanas, podendo dizer-se que o fulcro da concepção legislativa em Portugal reside no Executivo.

Centralidade que resulta não só da circunstância de, até 2005<sup>10</sup>, a grande maioria dos actos legislativos ser oriunda do Executivo, mas também pela circunstância de o caudal largamente maioritário das leis parlamentares ter origem numa proposta de lei governamental, sendo reduzida a iniciativa legislativa originária oriunda dos deputados, já para não falar nas dos cidadãos eleitores<sup>11</sup>.

Sendo o Governo-legislador o centro institucional, por excelência, de concepção das leis, deverá ser, como tal, o Governo o objecto do presente estudo.

A segunda resulta do facto de a Assembleia da República, até ao ano de 2005 (a partir do qual parece adivinhar-se uma inversão de comportamento), ter revelado um reduzido interesse na adopção de políticas de qualidade normativa.

No plano da Legística material, a previsão regimental de procedimentos relativos ao uso de instrumentos de avaliação de impacto contrasta com o seu carácter puramente nominal derivado da ausência do respectivo uso. E no campo da Legística formal, o Parlamento não só não adoptou directrizes próprias de legística, como nem sequer procurou, como em Itália, receber internamente as directrizes governamentais sobre essa matéria ou criar directrizes comuns com o Executivo.

A terceira, parte do pressuposto de que muitas das matérias constantes do programa da cadeira, com reporte para a crise da lei, para a análise de problemas impulsionantes, para os métodos de avaliação de impacto e para as técnicas de legística formal podem ser perfeitamente ajustáveis à actividade parlamentar, à qual se fará, em qualquer caso, referência, a propósito da apresentação de propostas de lei.

A quarta razão, de ordem subjectiva, prende-se ao facto de o autor desta monografia ter desenvolvido uma boa parte das suas actividades jurídicas na esfera governamental, sendo também a propósito da actividade normativa do Governo que coordenou uma Comissão Técnica que trabalhou num Programa de qualidade de actos normativos. Os seus motivos de interesse temático radicam mais no campo dos trabalhos legislativos do Executivo do que na esfera do direito regimental do Parlamento.

Finalmente, em quinto lugar, as razões a floradas anteriormente, a propósito da não inclusão da actividade legislativa da Assembleia da República no con-

<sup>10</sup> Depois do ano de 2005 o Governo passou a descarregar para o Parlamento uma importante massa legislativa, gozando do apoio de uma maioria absoluta para aprovar as propostas de lei apresentadas.

<sup>11</sup> A abordagem de MARCELO REBELO DE SOUSA, in «A Decisão de Legislar», in AAVV, «A Feitura das Leis», II, Lisboa, 1986, p. 24, sobre esta mesma matéria recai também, por razões de interesse prático, sobre o processo legislativo governamental.

teúdo da digressão, são extensíveis ao processo legislativo respeitante às Regiões Autónomas portuguesas. Nestas, acresce que a temática é quase virgem, se bem que em entes territoriais autónomos de ordenamentos estrangeiros, a Legística tenha experimentado um grande desenvolvimento na última década e meio. São, todavia, tantas e por vezes tão singulares as experiências registadas neste campo que seria dispersivo e deslocado abordá-las na presente obra.

## CAPÍTULO II

### AS METAMORFOSES DA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO»

#### SECÇÃO I

#### OS PERÍODOS DE DESENVOLVIMENTO DE UMA CIÊNCIA

##### 1. INTRODUÇÃO

5. Tal como será observado em sede própria, a Legística constitui o principal ramo da Ciência da Legislação, mas não esgota esta última. Neste sentido, antes de examinarmos e desenvolvermos a matéria que ocupará a parte central desta investigação, procuraremos situar e abordar o domínio científico.

6. O estudo dos atributos fundamentais, da estrutura e da evolução da Ciência da Legislação constitui um requisito pré-compreensivo do estudo da Legística.

Tal como hoje é concebida, a «Ciência da Legislação» constitui um domínio do saber, explorado e partilhado pela ciência jurídica, ciência económica e ciência política e que deve a sua crescente autonomia à utilidade que concretamente exhibe no processo de feitura das normas jurídicas do tempo presente.

Daí que, como domínio científico pautado por um objecto definido e por um complexo estruturado de métodos e técnicas que reflectem a sua natureza multidisciplinar, a Ciência da Legislação tenha nascido algures a partir da década de setenta do século xx, sem prejuízo de as primícias relativas à «arte» de legislar no contexto de uma «Ciência» serem muito mais antigas.

Na verdade as suas raízes históricas, com reflexos institucionais, encontravam-se na própria Antiguidade Clássica, com os *tesmotetas atenienses* os quais tinham por função rever a legislação, examinar contradições entre as leis e verificar se as mesmas eram ambíguas. Também nas obras de Cícero se descortinava o desiderato de «consolidação» de leis, dispersas num texto único<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> PEDRO BARBAS HOMEM, «A Ciência da Legislação: conceptualização de um modelo jurídico no final do *Ancien Régime*», in «Legislação», 16, 1996, p. 17.

Na Idade Média e na Idade Moderna surgiram regras de estilo e critérios sobre o modo de legislar em instrumentos como o Código Visigótico e posteriormente, nas Ordenações, sem que, contudo a questão fosse separável da Ciência do Direito<sup>2</sup>.

Contudo, foi em pleno iluminismo que o ponto de partida para a criação de uma «Ciência da Legislação» foi esboçada, merecendo particular destaque a obra de GAETANO FILANGERI, Príncipe de Arianiello.

7. Considera-se que o longo processo de sedimentação de uma Ciência da Legislação poderá, em sentido próprio, ser periodificado nas seguintes fases:

- 1.º Período: as primícias iluministas de uma «Ciência da Legislação»;
2. Período: a «crise da lei» no Estado Social e o debate sobre a autonomia de uma «Ciência da Legislação»;
- 3.º Período: nascimento da «Ciência da Legislação» no contexto terapêutico da «crise da lei»;
- 4.º Período: a consolidação da «Ciência da Legislação» como complexo metodológico e praxiológico da gestão de programas legislativos.

## 2. PRIMEIRO PERÍODO: AS PRIMÍCIAS ILUMINISTAS DE UMA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO»

### 2.1. PANORÂMICA GLOBAL

8. O discurso jurídico e político da «Idade das Luzes», que marcou a ontologia institucional e normativa do Estado liberal setecentista e oitocentista, repousava no «Império da lei».

Esta foi originariamente concebida pelos filósofos iluministas como expressão máxima da soberania de uma Nação ou de um povo, tendo Montesquieu, no quadro da sua tricotomia de poderes, atribuído ao estrato popular o poder estadual preponderante, que se traduzia na aprovação das leis<sup>3</sup>.

Quanto às filosofias radicais-democráticas, a lei, como instrumento soberano de promoção da unidade e igualdade, constituiria o produto da vontade geral, a qual, nessa qualidade, seria necessariamente «racional» («*La volonté générale est toujours droite*»<sup>4</sup>).

<sup>2</sup> Para uma panorâmica doutrinária e jurídico-positiva, PEDRO BARBAS HOMEM, *idem*, p. 18 e seg.

<sup>3</sup> ROGÉRIO SOARES, «Função e Limites da Função Legislativa no Estado Contemporâneo», in AAVV, «A Feitura das Leis», Lisboa, 1986, p. 439.

<sup>4</sup> JEAN-JACQUES ROUSSEAU, «Do Contrato Social», Lisboa, 1989 (Livro II, Capítulo III).

Mesmo depois da teorização do «poder constituinte» como fonte de criação normativa, superior à da «fonte legal»<sup>5</sup> e à concepção da Constituição como «Higher Law»<sup>6</sup>, os ordenamentos liberais oitocentistas, neles incluídos os que regiam as monarquias dualistas que pontificaram na segunda metade do século XIX, sempre magnificaram a lei como norma *soberana, onnipotente e irresistível*.

Ora, ao fascínio filosófico e político que os teóricos do Estado de direito burguês nutriam pela lei, como instrumento preponderante de poder, associou-se o interesse cauteloso de alguns filósofos e juristas sobre os métodos e técnicas de feitura dos textos normativos.

A cegueira dogmática do radicalismo democrático, segundo a qual, a lei por ser geral, seria necessariamente racional, não foi compartilhada por expoentes da doutrina liberal que, numa perspectiva «pré-sociológica», concebiam o acto legislativo como um produto da vontade humana e, como tal, passível de ser «bom» ou «mau», «justo» ou «injusto» em razão da aptidão ou da razoabilidade dos seus autores.

Assim, MONTESQUIEU advertia que as leis deveriam ser ajustadas à natureza do povo, das instituições políticas e religiosas, e das qualidades naturais do país a quem as mesmas se dirigiriam, pelo que, só por acaso, as normas legais de uma Nação podem convir também a outra.

Sem embargo, o filósofo, pese o facto de enunciar estes critérios no Capítulo XVI do Livro XXIX do «Espírito das Leis» («*Choses a observer dans la composition des lois*»)<sup>7</sup>, não se debruçou sobre particularidades técnicas da feitura dessas normas.

JEREMY BENTHAM enunciou algumas propostas de «estilo», procedimento e técnica legislativa, embora desprovidos de pretensões científicas<sup>8</sup>.

9. Foi GAETANO FILANGERI, na obra «Scienza della Legislazione», o primeiro apóstolo da criação de mecanismos de «vigilância técnica» permanente sobre a legislação produzida<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Cfr. SIEYES, «Qu'est, ce que le Tiers État», Paris, Ed., 1982

<sup>6</sup> Em termos histórico-constitucionais a sentença «Marbury vs Madison» de 1903 constituiu a primeira manifestação EXTERNA de poder que justificou o primado da Constituição sobre a lei (cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, «Justiça Constitucional», I, op. cit., p. 293 e seg.).

<sup>7</sup> Cfr. MONTESQUIEU, «De L'esprit des Lois», Paris, Ed, 1922 (Capítulo XVI do Livro XXIX).

<sup>8</sup> J. BENTHAM, «Normography or the Art of Indicting Laws» e «Tactique des Assemblées Politiques Deliberantes» (in «Oeuvres», Dir. Dummont, Paris, 1820).

<sup>9</sup> Cfr. uma apreciação à principal obra de FILANGERI in MARIO D'ANTONIO, «L'Introduzione», in AAVV, «Corso di Studi Superiori Legislativi», Dir. Mário D'Antonio, Padova, 1990, p. 7 e seg. Vide, também o interessante escrito do Príncipe FILANGERI «Riflessioni Politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, Che Guarda la Riforma dell'amministrazione della Giustizia» (1826), in AAVV, «L'Illuminismo GIURIDICO», Dir. P. COMANDUCCI, Bologna, 1978, p. 173 e seg.



FILANGERI era um realista do jus-racionalismo monárquico do período iluminista que considerava os homens tal como eram e não como deveriam ser, tendo a sua obra editada em 1784 sido consultada por Benjamin Franklin, como fonte cognitiva para a elaboração da futura Constituição norte-americana.

O autor propunha a instituição do «censor das leis», uma magistratura de natureza consultiva que se deveria ocupar da perfeição dos actos legislativos, evitando a sua «corrupção» e caducidade.

A figura do «censor» (que no tempo presente pode ser reconduzido aos sistemas de órgãos auxiliares de técnica normativa cfr. infra § 271), remontaria aos *tesmotetas atenienses* e destinar-se-ia a evitar a existência de um número excessivo de leis excepcionais em relação às grandes leis de princípios, de leis interpretativas de normas de carácter fundamental ou ainda de leis novas contraditórias com leis antigas<sup>10</sup>.

10. No espaço de língua alemã, ROBERT VON MOHL<sup>11</sup> criticou a literatura jurídica da primeira metade do século XIX que se debruçou sobre o problema da legislação, por confundir os princípios reitores do conteúdo desejável dos actos normativos com as regras procedimentais de produção legal. A primeira tarefa respeitaria, no seu juízo, a uma «Ciência da Legislação» e a segunda, a uma «Arte de Legislar». Pese o seu conceito reducionista de «Ciência da Legislação» o autor reconduziu o objecto dessa ciência ao domínio contemporâneo do que hoje se designa por «legística material» e o da «arte» de fazer as leis, ao da «legística formal» (infra § 246 e seg.).

Já no início do século XX, ZITELMANN retomou as ideias de VON MOHL no sentido de subdistinguir um domínio «material» e um domínio «técnico» da arte de legislar e BALL<sup>12</sup> censurou a falta de uma aproximação metódica e científica para a actividade legislativa, considerando, ante os aspectos críticos do caos legislativo da Alemanha de Weimar, que chegara a altura de combater essa importante lacuna.

Verificou-se, contudo, que durante o período entre guerras, a temática da Ciência da Legislação foi virtualmente abandonada, renascendo de um modo incipiente no período posterior ao segundo conflito mundial.

<sup>10</sup> GAETANO FILANGERI («La Scienza de la Legislazione», Milano, 1955, p. 80 e seg.) cit. por MARIO D'ANTONIO, ult. loc. cit., p. 8. Sobre a figura dos *tesmotetas*, vide supra § 13.

<sup>11</sup> ROBERT VON MOHL («Politik», I, Tübingen, 1862, p. 375 e seg.) cit. por LUZIUS MADER, «L'Evaluation Legislative», Lausanne, 1985, p. 11.

<sup>12</sup> E. ZITELMANN («Die Kunst der Gesetzgebung», Dresden, 1904) e K. BALL («Vom neuen Weg der Gesetzgebung», Berlin, 1921) cit. por LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 12.

## 2.2. CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS EM MATÉRIA DA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO» NA DOUTRINA PORTUGUESA SETECENTISTA

11. Contemporaneamente à obra de FILANGERI, a temática dos critérios perfectivos na feitura das leis foi objecto de importantes estudos e debates durante a fase final do absolutismo iluminista em Portugal<sup>13</sup>.

Muito sinteticamente, a propósito do projecto do «Novo Código» que no reinado de D. Maria I foi encomendado a uma Junta para substituir as Ordenações Filipinas, importa recolher em DUARTE ALEXANDRE HOLBECH<sup>14</sup> alguns contributos importantes sobre método e técnica de feitura das leis.

Aquele Desembargador da Casa da Suplicação que conhecia o pensamento de Montesquieu, a propósito do ajustamento da lei às peculiaridades de cada País e povo, fez em 1778 uma apreciação crítica a aspectos problemáticos da qualidade e perfeição da legislação da época e de épocas anteriores, o qual não desdenharia às melhores análises contemporâneas que têm sido gizadas sobre a temática da «crise da lei».

12. Assim, o mesmo jurista destacou a propósito das *Ordenações Filipinas*:

- i) A natureza vaga, assistemática e desactualizada do Direito vigente;
- ii) A existência de uma massa fragmentária e excessiva de leis extravagantes de conteúdo especial ou particular;
- iii) A sobreponibilidade e contraditoriedade entre as leis, obscurecendo a certeza e o campo de aplicabilidade das regras gerais;
- iv) A desordem sistemática na divisão e titulação das leis;
- v) A redundância e falta de simplicidade na redacção das normas jurídicas criando a incerteza e o arbítrio interpretativo, divergências na opinião dos juriconsultos e doutores, o aumento da litigiosidade e a contraditoriedade jurisprudencial.

Concluída esta crítica, HOLBECH avança um conjunto de critérios para a reforma da legislação (a disciplina da «teórica das leis») os quais se mostram reveladores de um pensamento doutrinário maturado sobre metódica e técnica da feitura das leis, alicerçado numa base científica.

Para além das orientações relativas à nova sistematização do Título 4.º das Ordenações, o desembargador tece considerações importantes sobre a parci-

<sup>13</sup> Sobre esta temática seguir-se-á o interessante artigo já citado de PEDRO ANTÓNIO BARBAS HOMEM, «A Ciência (...)», op. cit., p. 31 e seg. e as considerações por nós feitas in «As Leis Reforçadas», op. cit., p. 540 e seg. Vide, também, em geral, F. P. LANGHANS, «Antologia do Pensamento Jurídico Português», BMJ, n.º 49 (1955) e 78 (1958); ANTÓNIO RIBEIRO DOS SANTOS, «Notas ao Plano do Novo Código de Direito Público em Portugal», BMJ, n.º 78 (1958); JOSÉ ADELINO MALTÊS, «A Questão do Novo Código», in RUY DE ALBUQUERQUE – MARTIM DE ALBUQUERQUE, «História do Direito Português», II, Lisboa, 1983.

<sup>14</sup> DUARTE ALEXANDRE HOLBECH, cit. por ANTÓNIO BARBAS HOMEM, ult. loc. cit., p. 32 e seg.

mónia na produção jurídica, o estilo na redacção das leis, a generalidade das normas e os requisitos de certeza, precisão e simplicidade na redacção dos textos legais, propugnando pela eliminação de fórmulas vagas e indeterminadas, com particular relevo para as leis penais.

13. Também da dialéctica entre PASCOAL DE MELO FRANCO e RIBEIRO DOS SANTOS<sup>15</sup>, se torna possível retirar, do pensamento do segundo, que:

- i) A construção de Filangeri quanto à institucionalização de um «censor» (supra § 9) como responsável pelo controlo da qualidade das leis teve em certos momentos em Portugal, uma consagração efectiva, pelo menos no tocante à reforma da legislação mais importante, já que coube a Ribeiro dos Santos exercer oficialmente uma função «censória» sobre o projecto de Código apresentado por Pascoal de Melo<sup>16</sup>;
- ii) O insigne jurista, marcado pelo pensamento de Filangeri, evoca explicitamente o conceito de «Ciência da Legislação» que reconduz ao método da «economia política», sem todavia o definir;
- iii) Ribeiro dos Santos, em termos de diagnose, critica na época o que hoje designamos por «poluição legislativa», qualificando o ordenamento vigente como uma «mistura monstruosa» de muitos usos, costumes e leis de diversas épocas que se foram acumulando, contraditando e derogando tácita ou expressamente, gerando um corpo mal organizado, desconexo e desarmónico;
- iv) A título de remédios prescritos para obviar à desordem legal, o autor defende a atribuição de um conteúdo geral às leis, a sua simplificação, a eliminação dos preâmbulos, a supressão das expressões e cláusulas inúteis e repetidas nos textos legais e a preclusão da fragmentariedade desnecessária de instrumentos legislativos quando o seu conteúdo puder caber numa só lei.

14. Sem prejuízo do gradual esmaecimento do tema<sup>17</sup>, o qual sofreu em Portugal e na Europa um longo eclipse, a problematização de uma «Ciência da Legislação» e o debate precoce dos seus métodos e técnicas encontrava-se em

<sup>15</sup> A qual já examinámos, no plano jurídico-institucional, em «As Leis Reforçadas», ult. loc. cit.

<sup>16</sup> Esta função censória, de natureza episódica precursora dos modernos órgãos técnicos auxiliares do legislador, perdeu-se por completo em Portugal, exceptuado o período do Estado Novo, que envolveu a Câmara Corporativa na realização de estudos prévios sobre muitos diplomas legais (infra § 297).

<sup>17</sup> PEDRO BARBAS HOMEIM (ult. loc. cit. p. 48 e seg.) prossegue a sua digressão pelo início do período liberal onde avultaram, sobretudo, preocupações de codificação, de materialidade e publicidade dos conteúdos legais.

Portugal perfeitamente sincronizado com o mais recente pensamento doutrinário que, na Europa da época, foi vertido sobre o mesmo tema.

### 3. SEGUNDO PERÍODO: A «CRISE DA LEI» NO ESTADO SOCIAL E O DEBATE SOBRE A AUTONOMIA DE UMA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO»

15. Contrariamente ao que é entendimento corrente, a discussão teórica sobre a autonomia da «Ciência da Legislação» que precedeu o seu efectivo reconhecimento, a partir da década de setenta do século XX, não se travou na Suíça ou na Alemanha. Ocorreu sim, cerca de dez anos antes, na pátria de FILANGERI, e, tomando paradoxalmente como ponto de referência, uma experiência didáctica norte-americana.

Impressionado pela degradação acelerada da legislação italiana à luz do ordenamento de 1947, o Professor MARIO LONGO logrou lançar um repto aos grandes vultos da doutrina italiana do final dos anos cinquenta, no sentido de se pronunciarem sobre a conveniência da criação de uma disciplina da «Ciência da Legislação» no curso da licenciatura em Direito.

A proposta e o debate consta de vários fascículos reunidos no número da Revista «*Il Diritto Dell'economia*» publicado em 1960<sup>18</sup>. Este constitui hoje uma preciosa relíquia, onde se encontram espelhadas as angústias da doutrina jurídica perante os efeitos do intervencionismo legislativo do Estado Social do pós-guerra e inovações, reservas, hesitações e resquemores dos grandes juristas sobre o modo de enfrentar essa situação no ensino do direito<sup>19</sup>.

MARIO LONGO parte de uma impiedosa análise crítica sobre o estado da legislação em Itália<sup>20</sup> para propor uma terapia.

No que respeita ao papel que a Universidade poderia desempenhar na cura deste tipo de mal normativo, foi por ele proposta a criação de uma disciplina

<sup>18</sup> «*Il Diritto Dell'economia*», 1960, p. 583 e seg.

<sup>19</sup> GOMES CANOTILHO no seu «Relatório sobre Programa, Conteúdos e Métodos de um Curso de Teoria da Legislação» op. cit., p. 422, faz uma menção ao debate em referência, circunscrevendo, contudo, o mesmo a Itália e preferindo privilegiar os estudos que qualifica de «pioneiros» sobre teoria da legislação, na doutrina suíça e alemã, esboçada dez anos depois (p. 417, p. 420 e p. 433 e seg.).

<sup>20</sup> MARIO LONGO, «*Il Diritto Dell'economia*», op. cit., p. 583 e seg. Não valerá a pena examinar a panóplia de reparos formulados pelo ilustre catedrático, dado que muitos deles são assumidos por todos os participantes no debate e reconduzem-se à sintomatologia ordinária da «crise da lei» no Estado Social de Direito: hiperprodução legislativa; má qualidade técnico-jurídica; contraditoriedade caótica dos regimes legais; defesa «involuntária» dos defeitos pelos centros de produção normativa; e desaplicação ou inobservância de muitas normas por entes públicos e privados.

de «Ciência da Legislação» que formasse juristas na análise dos efeitos práticos das normas emitidas ou hipoteticamente formuláveis. O objectivo seria fazer sair o processo de formação legislativa do mero empirismo e sublinhar a idoneidade do jurista para se ocupar do referido processo<sup>21</sup>.

O Autor avança com um sugestivo precedente didáctico externo<sup>22</sup>, em geral pouco conhecido ou discutido, e que consistia na criação de uma disciplina no domínio da Ciência da Legislação na Universidade norte-americana de Ithaca, por parte do Professor MACDONALD.

Dados sobre o conteúdo da disciplina constam de um fascículo integrado no mesmo número da revista «*Il Diritto Dell'economia*», a qual publica, traduzido, um artigo do referido Professor americano sobre um «*Curso de Legislação*».

MACDONALD concebeu a disciplina como um curso embrionário de análise científica e técnica ao direito positivo e jurisprudencial, destinado a obviar aos defeitos, por vezes minúsculos, que entendeu existirem na «*common law*», considerando que na sua origem terão influído os ensinamentos precursores de ROSCOE POUND e HORACK.

As razões que presidiriam ao plano didáctico seriam, nomeadamente:

- i) Avaliar a crescente influência do direito relativo à produção legislativa sobre o actual Direito e prática legal norte-americana;
- ii) Estudar as normas constitucionais aplicáveis ao processo legislativo e às normas legais assim editadas;
- iii) Ensinar as regras que regem a construção das normas sobre a produção legal e estudar a influência externa sobre o decisor normativo, bem como o alcance e os propósitos dessa decisão;
- iv) Comunicar aos estudantes os critérios que regem na concepção dos actos, a sua extensão;
- v) Educar tecnicamente o aluno como um potencial legislador, como um consultor sobre assuntos legislativos ou como um jurista ou cidadão que pretenda influenciar a génese da lei ou o seu produto.

As matérias a estudar no curso considerado seriam: História e jurisprudência; organização legislativa; critérios formais de elaboração de actos legislativos; lobbying; «*case studies*» de legislação (da Federação e dos Estados); procedimento legislativo; legislação especial e legislação retroactiva; métodos de garantia da eficiência das leis; métodos de interpretação; problemas relativos ao universo administrativo da legislação. As três últimas rubricas seriam as que mereceriam maior tempo lectivo.

<sup>21</sup> MARIO LONGO, ult. loc. cit., p. 586.

<sup>22</sup> Sem prejuízo de assinalar esparsos precedentes internos, que se esgotam, contudo, em meras referências doutrinárias a uma «Ciência da Legislação», como a feita por Carneluti e por Grosso (ult. loc. cit., p. 586 e seg).

Encerrada a referência ao precedente norte-americano, o Professor LONGO considerava que a leccionação de uma cadeira de Ciência da Legislação procuraria estudar os efeitos práticos, tanto das normas vigentes como das normas em fase de formulação ou concepção.

Semelhante análise revelou-se precursora, sobretudo porque esboçou as bases conceptuais e instrumentais do que ulteriormente, em sede de legística material, veio a constituir, respectivamente, a avaliação sucessiva e a avaliação preventiva do impacto das normas. Quanto a esta última o Autor reconhece, lucidamente, que «*a previsão dos efeitos práticos de uma norma em formação resulta ser extremamente delicada e difícil de realizar*», mas essa obra de «*previsão constituirá, em qualquer caso, algo de grande novidade em face dos precedentes históricos*» mais próximos sobre a análise das consequências das leis<sup>23</sup>.

Para o jurista considerado as referidas previsões deveriam assentar em rigorosos dados estatísticos, tendo em vista assegurar a sua credibilidade e deveriam não apenas incidir sobre a lei em acção e a sua potencial produtividade, mas também deveriam antecipar as próprias «*reações sociais*»<sup>24</sup>. Trata-se de outra análise que anteviu com clarividência todos os objectivos que presidem, no tempo presente, aos métodos de avaliação prévia de impacto normativo (infra § 402 e seg.).

Ainda no plano metódico o Autor considera que a Ciência da Legislação partindo da componente «*político finalística*» das decisões (concepção da lei na base de variáveis políticas, sociais, económicas) deveria, sobretudo, estudar a componente «*técnico-instrumental*» das mesmas decisões (realização prática das finalidades políticas da decisão através de juízos e trâmites de ordem técnica) e observar eventuais divergências entre a primeira e a segunda<sup>25</sup>.

16. A «*Ciência da Legislação*», como domínio do saber incidente na política e na técnica legislativa, não consistiria num ramo da Ciência Jurídica, mas teria um campo de estudo e objecto de observação mais amplo do que esta última, a qual, na sua opinião, se limitaria à análise exegética e à construção dogmática dos ordenamentos. Já a Ciência da Legislação debruçar-se-ia sobre as normas e vigor e as normas em projecto, estudando os seus efeitos práticos e procurando corrigir procedimentos.

Depois de considerar que um curso sobre esta matéria teria a maior utilidade como especialização para os juristas que assessoram os órgãos legislativos, LONGO conclui com uma nota amarga sobre a indiferença que uma tentativa de

<sup>23</sup> MARIO LONGO, ult. loc. cit., p. 591.

<sup>24</sup> MARIO LONGO, ult. loc. cit., p. 598 e seg.

<sup>25</sup> MARIO LONGO, ult. loc. cit., p. 594.

criação desse curso iria sofrer, bem as resistências que envolveriam a classe política e os que chama «destiladores de fórmulas dogmáticas» que descreve como confinados no seu isolamento e no seu desinteresse perante os efeitos das normas<sup>26</sup>.

17. Sem pretender desenvolver o teor das críticas então vibradas esta proposta tentativa de «Ciência da Legislação» dotada de autonomia científica e erigida a disciplina do curso de Direito, procurar-se-á, ainda assim, sumariar os principais reparos.

Assim, no entender de alguns ilustres expoentes da doutrina italiana:

- i) Dado o carácter multidisciplinar da sobredita Ciência da Legislação, ou a mesma assentaria num método demasiado genérico e abrangente, incapaz de dar vida a um verdadeiro ramo da Ciência, ou operaria através de tantos métodos quanto as disciplinas ou domínios de conhecimento que nela se agrupassem, o que implicaria a inexistência de um método próprio (Calamandrei<sup>27</sup>);
- ii) O carácter multidisciplinar e heterogéneo do conteúdo da disciplina, associado à diferente natureza do objecto de cada lei em estudo, exigiria que o cultor da Ciência da Legislação tivesse uma cultura «enciclopédica» num tempo de especialização (Lucifredi<sup>28</sup>) ou seja, que fosse simultaneamente um «sociólogo, um criminólogo, um psicólogo, um etnólogo, um economista e, como se não bastasse, ainda um perfeito jurista» (Mário Casanova<sup>29</sup>);
- iii) A sintomatologia da crise da lei não reclamaria uma Ciência da Legislação, mas sim «educação cívica» que não se estudaria nem ensinaria na escola, e as deficiências de redacção dos textos legais, mais do que de uma ciência, careceriam de bons manuais de retórica e de um livro de estilo (Chiarelli<sup>30</sup>);
- iv) A «Ciência da Legislação» não mais seria do que a atribuição de um título solene a uma «técnica», a qual nem sequer coincidiria com a técnica jurídica (Sandulli<sup>31</sup>);

<sup>26</sup> Ainda assim, remata, uma vez mais com alguma capacidade antecipatória, que a «voz da razão» se faria, tarde ou cedo, sentir.

<sup>27</sup> P. P. CALAMANDREI, «Il Diritto Dell'economia», 1960, op. cit., p. 832. O Autor julga preferível criar gabinetes com estudiosos de vários ramos reunidos em equipas.

<sup>28</sup> R. LUCIFREDI, «Il Diritto Dell'economia», 1960, op. cit., p. 1104. Para o Autor, a cultura de um «legista-enciclopédico» tenderia para a superficialidade, equivalendo a certos juristas profissionais que devem saber um pouco de tudo.

<sup>29</sup> M. CASANOVA, «Il Diritto Dell'economia», 1960, op. cit., p. 1101.

<sup>30</sup> GIUSEPPE CHIARELLI, «Il Diritto Dell'economia», 1960, p. 1122.

<sup>31</sup> ALDO SANDULLI «Il Diritto Dell'economia», 1960, p. 976.

- v) Os juristas e técnicos não poderiam substituir os políticos, pelo que a Ciência da Legislação não poderia traduzir-se na formulação de regras para legislar como um prontuário ou um manual de um «bom jogador de bridge» (Giuseppe Grosso<sup>32</sup>);
- vi) Em termos universitários a «cátedra de Ciência da Legislação» constituiria um meio fácil de fuga aos excluídos de outras disciplinas (Mortati<sup>33</sup>).

A barragem de reparos críticos que a proposta de Longo recebeu de grandes vultos do mundo universitário italiano, publicados na mesma revista, levou ao seu abandono. Sem embargo, a Ciência da Legislação, como domínio autónomo do saber, acabou por ressurgir em força a partir dos anos setenta, no espaço de língua alemã.

#### 4. TERCEIRO PERÍODO: NASCIMENTO DA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO» NO CONTEXTO TERAPÊUTICO DA «CRISE DA LEI»

##### 4.1. CIRCUNSTANCIALISMO POLÍTICO-INSTITUCIONAL E TÉCNICO DE CATÁLISE DA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO»

18. Entre os anos sessenta e os anos setenta, o prévio desinteresse doutrinário e político-institucional pela actividade legislativa começou gradualmente a dissipar-se.

Por um lado as deficiências de redacção começam a preocupar o poder político que convocou especialistas na redacção e sistematização das normas para elaborarem guias e directrizes de «drafting» com carácter oficial.

Assim, em 1969, na *Suécia*, foram publicadas instruções pelo Gabinete do Primeiro-Ministro, para a redacção de textos legislativos, as quais passaram a constituir um manual oficioso. No ano seguinte, na *Áustria*, esboçou-se uma primeira tentativa de codificação e sistematização de recomendações sobre a técnica de redacção das leis, embora só em 1979 tenham sido aprovadas por decreto do Conselho de Ministros. Na *Suíça*, embora programadas para 1967, as primeiras directrizes de técnica legislativa foram publicadas em 1976, data que coincidiu, na *Alemanha*, com a edição regras de escopo idêntico, constantes do regimento conjunto dos ministérios federais (GGOII).

Outros Estados tinham, há muito, tomado a dianteira nesta matéria, se bem que através de um uso pragmático de órgãos, regras e métodos. Deste modo, no *Reino Unido*, as

<sup>32</sup> GIUSEPPE GROSSO, «Il Diritto Dell'economia», 1960, p. 988. Pese esta consideração, o Autor acatinha a ideia de Ciência da Legislação, mas como ciência de conhecimento dos problemas críticos da lei, útil para os consultores do legislador.

<sup>33</sup> C. Mortati, «Il Diritto Dell'economia», 1960, p. 832.

regras de técnica legislativa já imperavam há mais de um século, desde a criação do «Parliamentary Council» em 1869. As directrizes de «drafting», pese o seu grande detalhe, não se encontravam (nem encontram) publicadas nem assumiam carácter oficial, mas constituíam um acervo avaramente guardado e transmitido aos técnicos envolvidos na preparação das leis. Algumas dessas normas, contudo, constam do *Interpretation Act* de 1978, o qual substituíra um diploma com regras da mesma natureza, editado em 1889. Por outra banda, o «*Renton Report*», apresentado ao Parlamento inglês em 1975, é considerado, ainda, a nível europeu, um diagnóstico científico ímpar sobre o «estado da lei», assumindo-se, segundo alguns Autores, como um verdadeiro «*tratado de técnica legislativa*»<sup>34</sup>. No Canadá, a criação de um departamento especializado de redacção das leis no Ministério da Justiça, baseado no modelo britânico, foi feita em 1947, substituindo os técnicos legislativos improvisados, tendo sido criado no seu seio um «comité de releitura» com funções análogas ao «censor» de FILANGERI. Finalmente, desde os anos cinquenta foi instituído um manual de regras de técnica legislativa, em inglês, e no final dos anos setenta um guia em língua francesa.

Nos Estados Unidos, como é sublinhado pela doutrina, o tema da redacção das leis aparece nos programas de diversas escolas universitárias, sendo vários os manuais que ensinam a técnica legislativa, quer aos juristas que trabalham junto de órgãos legislativos, quer aos cidadãos comuns interessados em elaborar diplomas para efeitos de «lobbying»<sup>35</sup>.

Reforça-se, deste modo, o estudo das relações entre a técnica de redacção e sistematização das leis, o procedimento legislativo e os princípios jurídicos que devem pautar a feitura de boas leis<sup>36</sup> (conformes a imperativos de segurança jurídica, proporcionalidade, igualdade e equidade). E surge a noção de «técnica legislativa» como «arte», domínio do conhecimento» ou «ciência» que se ocupa da composição das leis, mormente em termos de redacção e sistematização, tendo em vista assegurar a sua qualidade formal.

Mas, paralelamente, esboçou-se na *Suíça e na Alemanha* um particular interesse no estudo, politológico e sociológico, do desenvolvimento real do processo legislativo (ou seja, o modo como é planeada, concebida e elaborada a lei), da formação da decisão política, do modo como os destinatários das leis participam consultivamente na sua feitura e da assistência técnica e científica ao decisor<sup>37</sup>.

Emerge neste contexto a noção dinâmica de «*procedimento legislativo interno*» de recorte político e técnico, sobreponível a um «*procedimento legislativo externo*», estático e de natureza jurídico-constitucional. E, é em sede do procedimento interno que, no plano dos métodos científicos de assistência ao legislador, despontam os instrumentos metódicos da *avaliação substancial do impacto das normas*.

<sup>34</sup> J. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 420.

<sup>35</sup> J. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 418.

<sup>36</sup> LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 12 e seg.

<sup>37</sup> LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 13.

Os métodos de avaliação da repercussão normativa, tal como teremos a oportunidade de examinar fundaram-se em experiências realizadas no universo anglo-saxónico, seja no domínio empresarial, seja no espectro da Administração.

Com efeito, desde os anos sessenta que nos Estados Unidos foram realizados pela Administração estudos de impacto retrospectivo sobre a repercussão de políticas públicas na área social, mediante a utilização de métodos da Sociologia empírica, da Ciência Económica e do que é hoje a Ciência da Administração. Através deles, foram avaliados custos, vantagens e a «praticabilidade» de leis vigentes em termos de aplicação administrativa. Esta metodologia foi utilizada episodicamente na Alemanha dos anos setenta, no que concerne ao estudo «ex post» de algumas políticas sociais.

Por outro lado, os métodos e técnicas econométricas utilizados há muito nas empresas privadas, no sentido da realização de prognoses de antecipação de custos, benefícios e riscos de certas decisões acabou por ser importada pela Administração norte-americana desde o início dos anos setenta e, posteriormente, pelos governos canadiano e britânico, este último no início da década de oitenta, criando-se o instituto da avaliação prévia do impacto das normas.

Paralelamente na Alemanha a questão da avaliação prévia das normas começa a ser ensaiada a nível federado através de «checklists» (infra § 267).

19. Em suma, a introdução e, mesmo, a institucionalização destas operações de cálculo estratégico das políticas públicas dos Estados, acabou por sedimentar um outro domínio da Ciência da Legislação (a par da «técnica» de redacção e sistematização das leis) que foi baptizada pela doutrina de língua alemã como «*metódica da legislação*». O seu objectivo radicou no cálculo dos efeitos das leis, em sede de concepção e tomada da decisão legislativa, tendo em vista garantir a sua qualidade, eficiência e «praticabilidade» (conceito que os italianos designam por «*factibilidade*»).

#### 4.2. UMA NOVA APROXIMAÇÃO TEÓRICA À «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO»

20. As alterações de ordem institucional, metódica e funcional na preparação dos actos normativos, como reacção dos poderes públicos a aspectos diversos da «crise da lei» potenciaram no universo jurídico europeu, desde os anos setenta, a revivescência da «Ciência da Legislação», embora em novos moldes.

EICHEMBERGER, NOLL, MAIHOFFER e HILL, no espaço suíço e alemão, terão tomado consciência das debilidades de uma doutrina jurídica hermética à dinâmica política e social e insensível à necessidade de introduzir na feitura das leis, conhecimentos que sendo externos ao universo jurídico, se revelaram imprescindíveis para garantir a qualidade e eficiência legislativa e, com ela, imperativos de funcionamento adequado do sistema jurídico e do sistema económico.

A obra do suíço PETER NOLL<sup>38</sup> constituiu um incontornável ponto de partida para a construção dos pilares de sustentação de uma Ciência da Legislação centrada, não apenas nas técnicas formais de redacção e sistematização das leis, mas também dos critérios substanciais que devem presidir à sua concepção e avaliação.

Assim, a «Ciência da Legislação» concebida por NOLL abarcaria tanto o «método legislativo», destinado a otimizar a preparação do conteúdo legislativo, em termos de qualidade e eficiência, como a «técnica legislativa» (ou «legística») que, centrada sobretudo na redacção e sistematização normativa, desempenharia uma função auxiliar em relação à primeira<sup>39</sup>.

No que concerne ao «método legislativo», o autor esboça uma importante e ainda actual teorização jurídica, politológica e sociológica da decisão legislativa, centrada no *estudo dos problemas impulsionantes da lei, da sua definição, na fixação de objectivos, na determinação de soluções alternativas, na avaliação prévia dessas soluções e na escolha definitiva uma solução legislativa, sujeita ulteriormente, depois de publicada e aplicada, a uma avaliação sucessiva*<sup>40</sup>.

Tendo a obra de NOLL marcado os dois domínios centrais de sustentação da Ciência da Legislação como saber autónomo, observa-se, contudo, que este, durante as décadas de setenta e oitenta revelou ser um domínio científico relativamente instável. Esta instabilidade, própria de novas ciências sensivelmente condicionadas por aspectos concretos da ordem constitucional e da *praxis* normativa de cada ordenamento, traduziu-se numa diversidade de pontos de partida doutrinários sobre os ramos que compõem a mesma ciência; sobre o modo como se integram na Ciência da Legislação conhecimentos de outras disciplinas; sobre os métodos de análise utilizados; e, mesmo, sobre o modo de conceber a decisão legislativa.

Às duas grandes «áreas problemáticas» de NOLL, outros (KREMS) contrapuseram outras duas áreas, compostas por domínios de investigação de ordem pragmática (subdivididos na *técnica normativa, no procedimento e no método legislativo*) e por domínios de ordem teórica (a *teoria da legislação*); outros ainda (WEINBERGER) avançam com três domínios científicos como o «*método de argumentação*», a «*técnica legislativa*» e a «*teoria do processo legislativo*»; e finalmente, outros (MAIHOFFER) cinco ramos (a *teoria da legislação, a tática legislativa, a analítica legislativa, a metódica e a técnica*, cfr. infra § 21 e 40 e seg.)<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> PETER NOLL «Geetzgebungslehre», Reinbeck, 1973.

<sup>39</sup> PETER NOLL, ult. loc. cit., p. 169.

<sup>40</sup> PETER NOLL, ult. loc. cit., p. 72 e seg.

<sup>41</sup> Cfr. AAVV, «Theories of Legislation», Oxford (policopiado), 1981; LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 17 e seg.

#### 4.3. INTRODUÇÃO DA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO» NA DOUTRINA JURÍDICA PORTUGUESA

21. Deve-se ao Professor Doutor GOMES CANOTILHO, constitucionalista da Faculdade de Direito de Coimbra, a introdução, no ano de 1986, da temática da «Ciência da Legislação» na doutrina portuguesa contemporânea, nomeadamente através de um relatório sobre «Programa, conteúdos e métodos» de um curso de Mestrado em «Teoria da Legislação»<sup>42</sup>.

A obra de GOMES CANOTILHO surge num contexto histórico-político de preocupação da Administração Pública e dos professores de Direito portugueses com as técnicas e os critérios metódicos de feitura das leis, o qual correspondeu, até certo ponto, ao «ambiente» vivido cerca de uma década antes, no espaço de língua alemã.

Como o próprio Autor sublinha<sup>43</sup>, o seu relatório é contemporâneo da publicação dos dois volumes de «*A Feitura das Leis*»<sup>44</sup>, coordenados pelo Professor JORGE MIRANDA, e que divulgaram o produto de um ciclo de conferências realizados no âmbito das actividades do INA (Instituto Nacional de Administração) o qual há muito se dedica a um intenso labor no aperfeiçoamento de quadros da Administração Pública na técnica legislativa.

Pouco antes (1984) o Governo criara um órgão consultivo para o processo legislativo no Ministério da Justiça (o GATL) que em 1986 transitou para a Presidência do Conselho de Ministros dando origem ao CETAL<sup>45</sup>. E em 1989 eram aprovadas pelo Conselho de Ministro as primeiras directrizes de legística através de uma deliberação com eficácia interna<sup>46</sup>.

Mas, o que prometeria ser uma fase de arranque da Ciência da Legislação nas Universidades e de introdução de reformas públicas no campo do processo legislativo, tendo em vista assegurar a garantia da qualidade das leis, acabou por se revelar um fogo fátuo. É que, na década seguinte, nada foi concretizado ou concebido em termos de ensino da referida ciência ou de adopção de políticas públicas sobre a qualidade da norma<sup>47</sup>.

Ficou, contudo, a década de oitenta marcada, neste ramo do conhecimento, pela obra de GOMES CANOTILHO, a que reflectiu o anseio do Autor em analisar a lei pelo ângulo dinâmico das políticas públicas de produção de normas, e não já, apenas, pelo lado estático do Direito Constitucional.

<sup>42</sup> GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit. A obra foi publicada em 1987.

<sup>43</sup> GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 410.

<sup>44</sup> Cfr. AAVV, «A Feitura das Leis», I e II, Lisboa, 1986.

<sup>45</sup> Cfr., infra § 300 e seg.

<sup>46</sup> Cfr., infra § 307.

<sup>47</sup> Exceptua-se, em 1993, a criação do CEJUR na Presidência do Conselho, em substituição da Auditoria e do CETAL e o lançamento, no início da década, da revista «Legislação», a qual bruxuleou nas trevas de uma censurável indiferença dos poderes públicos.

A obra divide-se em duas partes. Na primeira o Autor procede à justificação do estudo e ensino da «Teoria da Legislação», no qual explicita as suas motivações científicas, o enquadramento da cadeira no plano de estudos e o método de ensino. A segunda, dedicada à «Teoria da Legislação» decompõe-se num Capítulo 1.º que se ocupa da «Situação actual da Teoria da Legislação» (com um sobrevoos doutrinário por diversos ordenamentos); num Capítulo 2.º que verte sobre a «Teoria da Legislação» (com um enfoque sobre a natureza e objecto da disciplina e sobre os respectivos ramos ou «campos didácticos» os quais analisa nesse capítulo e nos seguintes); num Capítulo 3.º que respeita à «Táctica da Legislação»; num Capítulo 4.º que aborda a «Análítica da Legislação»; num Capítulo 5.º que dissecar a «Metódica da Legislação»; e num Capítulo 6.º que culmina com a «Técnica da Legislação», e que encerra a obra.

O Curso, tal como foi concebido por GOMES CANOTILHO destinar-se-ia, primeiramente, aos juristas que se defrontariam na sua vida profissional com a «praxis do Estado», nomeadamente os que integram os quadros da Administração (com relevo para os gabinetes ministeriais), as comissões parlamentares e os núcleos técnicos dos partidos. Mas subsidiariamente poderia interessar a outros licenciados em Direito (como advogados e consultores), incumbidos de tarefas onde se mostra indispensável a aquisição de conhecimentos básicos da «*ciência normológica*»<sup>48</sup>.

A caracterização e o desenvolvimento de «conceitos problemáticos» do conhecimento científico em que se decomporia a «Teoria da Legislação», conceito que o autor acaba, de algum modo, por converter num sinónimo de Ciência da Legislação<sup>49</sup>, são marcados por uma forte influência da doutrina de língua alemã, nomeadamente das concepções metodológicas de MAIHOFFER e, também, de ULRICH KARPEN<sup>50</sup>.

Haveria, segundo o constitucionalista de Coimbra, a considerar, de entre esses domínios:

- i) O da *Doutrina da Legislação*, que se preocuparia em «fornecer uma reflexão sobre as possibilidades e limites da reconstrução científica e da aplicação de conhecimentos no domínio da legislação»;
- ii) O da *Análítica da legislação*, que «investigaria os conceitos e ideias fundamentais de norma, lei e legislação»;
- iii) O da *Táctica da Legislação*, que analisaria «os órgãos e procedimentos da legislação bem como os métodos destinados a influenciar e dirigir a produção legislativa»;
- iv) O da *Metódica da Legislação*, que problematizaria «as dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da legislação, procurando responder às questões de justiça, adequação e efectividade das leis»;

<sup>48</sup> GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 413.

<sup>49</sup> GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 409.

<sup>50</sup> Cit. por GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 426 e seg.

- ii) E da *Técnica Legislativa*, que identifica com a «*legística*», a qual desenvolveria «regras gerais sobre a feitura das leis, as suas divisões, a sua sistemática e a sua linguagem».

22. A pentapartição acabada de referir acabou por perdurar na doutrina portuguesa e dobrar, inclusivamente, o milénio, tendo sido adoptada por um outro relatório que muito recentemente foi elaborado sobre a temática da «Ciência da Legislação»<sup>51</sup>.

E, independentemente da evolução experimentada pela «Ciência da Legislação» nas últimas décadas, no que respeita à natureza e ao conteúdo dos seus ramos, a contribuição de GOMES CANOTILHO constitui um marco referencial, seja no que concerne à construção e divulgação científica dessa área do conhecimento em Portugal, seja quanto ao alinhamento de uma ordem de justificações que se revelou decisiva para o seu estudo nas escolas de Direito portuguesas.

## 5. QUARTO PERÍODO: A CONSOLIDAÇÃO DA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO» COMO RECEITUÁRIO TÉCNICO E METÓDICO DA GESTÃO CONCRETA DE PROGRAMAS LEGISLATIVOS

### 5.1. OBSERVAÇÕES GERAIS

23. Desde o final da década de oitenta, os domínios científicos e técnicos compreendidos na Ciência da Legislação experimentaram um incremento inédito em termos de investigação, ensino e aplicação concreta.

De entre os factores condicionantes do fenómeno descrito, importará destacar:

- i) O interesse científico e institucional pela avaliação económica do Direito, inerente ao «império» do modelo económico de mercado que se afirmou após os acontecimentos históricos de 1989;
- ii) A necessidade de um modelo utilitário de «governance» da política normativa dos Estados que permitisse a este enfrentar, de forma permanente e organizada, novas e velhas causas patológicas da «crise» da lei<sup>52</sup>, dando concretização a políticas públicas no domínio da qualidade normativa;
- iii) O desenvolvimento de novas tecnologias, mormente no campo da informática jurídica, e o seu impacto na programação legislativa; na monitorização do desempenho das normas; no fornecimento de dados estatísticos para a avaliação da repercussão normativa; nos programas de assistência ao redactor das leis; e nas tarefas de reordenação e simplificação normativa;

<sup>51</sup> Cfr. supra, nota 4.

<sup>52</sup> Mormente os gerados pela normação supranacional.

- iv) A «pressão» persuasiva<sup>53</sup> exercida a nível internacional pela OCDE e pela União Europeia sobre os respectivos Estados-Membros, no sentido de adoptarem políticas de reforma que melhorassem a qualidade do direito, já que se estaria diante de uma exigência estratégica, fixada pela Estratégia de Lisboa, de colocação da economia Europeia no «status» da competitiva a nível mundial;
- v) A velocidade na circulação internacional de dados relativos a êxitos e inêxitos de experiências e modelos, operada através do ciberespaço, da multiplicação de seminários, estudos, relatórios e obras colectivas e do funcionamento de associações nacionais e internacionais de juristas interessados na «Ciência da Legislação» (como a *Sociedade Europeia de Legislação*).

24. Sobre a evolução do domínio científico que nos ocupa, importaria guardar quatro referências.

*Em primeiro lugar*, a vocação de ordem mais prática das matérias leccionadas em cursos e seminários realizados pelas Universidades no domínio da Ciência da Legislação resultou de uma imposição do «mercado», em que o principal factor de procura decorreu dos poderes públicos, central e autónomo.

Os mesmos poderes, tendo em vista a resolução de problemas específicos, «requisitaram» as Universidades para a concepção de reformas da qualidade legislativa, para a formação de especialistas ou, ainda, para a requalificação de quadros públicos envolvidos na preparação de leis, tendo obrigado aquelas a dar resposta, num salutar quadro de concorrência.

*Em segundo lugar*, a necessidade de uma resposta prática a uma demanda externa levou os cultores da «Ciência da Legislação» a hierarquizar e simplificar os ramos do conhecimento científico e técnico que a integram, subsidiarizando os que revestem uma maior densidade teórico-especulativa.

A partir das mais importantes escolas suíças, foram aglutinados com um propósito simplificador, os dois domínios angulares da Ciência da Legislação destacados por NOLL, num ramo central, que se passou a designar de «Legística». Assim, a primitiva noção de legística como sinónimo de «técnica legislativa» centrada na elaboração formal das leis, tal como fora definida por aquele autor, por MAIHOFFER e por GOMES CANOTILHO, passou a alargar o seu objecto à metodologia legislativa. Esta última passou

<sup>53</sup> Persuasão que se traduz em sucessivos encontros sobre a matéria e em relatórios de auditoria onde se procede a extensas avaliações de desempenho.

a designar-se por «legística material» e a «técnica legislativa» por «Legística formal».

Como base fundamental de conhecimentos do domínio da «praxis» normativa, e ofuscando outras áreas problemáticas da Ciência da Legislação, a legística passou a ser tratada com destaque central nas obras e artigos de referência mais recentes publicados sobre a matéria, na Europa e no Canadá, sob a pena de expoentes como MADER, CHEVALLIER, MORAND, PAGANO e BERGERON, de entre outros<sup>54</sup>.

*Em terceiro lugar*, os domínios da Legística material experimentaram importantes adaptações metódicas, derivadas de exigências da prática política e legislativa, bem como de evoluções científicas e tecnológicas.

No que concerne à «Legística material», foi integrado no «procedimento interno» de concepção das normas, inerentes à faseologia de PETER NOLL (supra § 20), o método central da *avaliação prévia de impacto normativo*, marcado decisivamente pelas experiências anglo-americanas e canadianas, decorrentes da análise económica do direito.

Nos últimos quinze anos, a análise antecipatória de custos, benefícios e riscos de certas leis conforma um requisito de qualidade normativa que passou a conformar o núcleo central das «melhores práticas» normativas dos Estados-membros da OCDE. Esta situação conduziu a interessantes aproximações:

- i) Os estudos de Ciência da Legislação e as reformas em matéria de qualidade legislativa, no espaço de língua alemã, passaram a atenuar a sua componente teórica e a aprofundar muitos dos métodos e instrumentos técnicos utilizados no universo anglo-saxónico em matéria de avaliação precoce do direito, os quais superaram em precisão e flexibilidade, a rigidez das «check-listen» alemães<sup>55</sup>;
- ii) Os sistemas anglo-saxónicos, com relevo para o britânico, passaram a recolher instrumentalmente as diversas fases do circuito procedimental interno de concepção da lei, retiradas dos trabalhos de NOLL, tendo em vista a realização do RIA («Regulatory Impact Analysis»).

Também no campo da «Legística formal» se verificou um alargamento do seu objecto. As preocupações normativas estenderam-se à matéria da *simplifi-*

<sup>54</sup> LUZIUS MADER, ult. loc. cit., e «Avaliação dos Efeitos da Legislação, a situação actual na Suíça», in «Legislação», 33/34, 2003, CHARLES ALBERT MORAND, «Elements de Legistique Formelle et Matérielle», in AAVV, «Legistique Formelle et Matérielle», Dir. CHARLES ALBERT MORAND, Aix, Marseille, 1999, p. 18 e seg.; JACQUES CHEVALLIER, «La Rationalization de la Production Juridique», in AAVV «L'Etat Propulsif», Dir. A. MORAND, Paris, 1989; RODOLFO PAGANO, «Introduzione alla Legistica», Milano, 2004; ROBERT BERGERON, «L'efficacité des Lois au Canada», in «contrôle et Evaluation», «La Documentation Française», Paris, 1995, e «La Centralisation des fonctions rédactionnelles dans la Filière Législative Fédérale au Canada», LeGes, 2002, 3.

<sup>55</sup> Cfr. LUZIUS MADER, ult. loc. cit.



cação das leis, tema ligado às políticas públicas de combate à poluição legislativa (compilação, consolidação e codificação), desenvolvidas pelo poder político.

Em quarto lugar, importa sublinhar que no mundo anglo-saxónico a temática da «Ciência da Legislação» não tem feito escola, o que não tem impedido que as duas componentes da «Legística» sejam efectivamente estudadas, embora separadamente: de um lado, a avaliação económica e financeira do impacto do Direito; e, de outro, os critérios de «drafting» e «simplification». Tal deriva do facto de o primeiro domínio ser tendencialmente confiado a economistas e o segundo a juristas, o que não impede que, em órgãos auxiliares, se juntem em equipas multidisciplinares.

Convirá reconhecer que a ausência do desenvolvimento de uma «Ciência da Legislação» nas Universidades desses países e o estudo separado dos dois pilares da legística não impediu que fossem os Estados do universo anglo-saxónico a liderar, de acordo com as auditorias da OCDE, as melhores práticas em sede de «governance» da organização e controlo do processo regulatório, dos métodos de avaliação de impacto das normas, dos critérios de «drafting» e das políticas de simplificação normativa (infra § 286 e seg.). E que foram, igualmente, os paradigmas anglo-saxónicos aqueles que impulsionaram parte das políticas públicas desenvolvidas na Europa Comunitária para potenciar a qualidade e eficiência às normas da União Europeia.

Isto parece demonstrar que o sucesso do estudo da Ciência da Legislação dependerá cada vez mais da sua capacidade para satisfazer objectivos pragmáticos dos poderes públicos, no sentido de garantirem políticas de qualidade legislativa, crescentemente sujeitas ao escrutínio mais apurado de organizações internacionais ou supranacionais.

## 5.2. NOTA PANORÂMICA SOBRE A ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

25. Portugal vive este último período de afirmação e consolidação da «Ciência da Legislação» com um novo interesse, o qual é revelado pela conduta das instituições públicas e das Universidades.

Assim, na sequência do início dos trabalhos da Comissão «Mandelkern»<sup>56</sup>, no âmbito da União Europeia, foram criadas pelo Governo em 2002 e 2004<sup>57</sup>, comissões técnicas de peritos destinadas a avaliar a qualidade das leis e a elaborar propostas de medidas para assegurar, a título permanente, a simplificação e a eficiência normativas. O mesmo se diga da revisão das directrizes de

<sup>56</sup> Cfr. infra § 287 – 2.º

<sup>57</sup> Cfr. § 308 – 6.º

legística atinentes aos actos normativos do Executivo<sup>58</sup>; da edição de um guia prático de «Legística» pelo Ministério da Justiça<sup>59</sup>; e da colaboração entre o Governo e a Faculdade de Direito de Lisboa na realização de estudos pós-graduados no domínio da «Legística e Ciência da Legislação».

Esta evolução culminou com a aprovação do «Programa Legislar Melhor», operada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006, e no seu contexto, com a aprovação de uma alteração relevante do Regimento do Conselho de Ministros (RCM) do XVII do Governo (Resolução n.º 64/2006) por força da qual foram incorporadas no processo legislativo importantes regras de legística material e foram introduzidas algumas precisões nos critérios de legística formal que figuravam em anexo à resolução aprovatória dos regimentos, desde o XVI Governo Constitucional.

Quanto às universidades, estas lograram fazer com que docentes seus participassem nestas iniciativas governamentais, tendo igualmente realizado cursos de licenciatura e pós-licenciatura com uma maior vocação prática, os quais ainda se encontram, contudo, numa fase muito inicial.

## SECÇÃO II

### A NATUREZA, OBJECTO E RAMOS DA CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO: NOÇÃO E TIPOLOGIA ADOPTADAS

#### 1. DIFICULDADES DOUTRINÁRIAS EXPERIMENTADAS NA CARACTERIZAÇÃO DO CONCEITO DE CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO

26. Existe uma sensível dificuldade em encontrar uma definição comum para a «Teoria» ou «Ciência da Legislação»<sup>60</sup>. Tal parece dever-se à pluralidade de caracterizações doutrinárias existentes e ao modo como as mesmas pro-

<sup>58</sup> Que desde o XVI Governo Constitucional passam a figurar apendicularmente ao Regimento do Conselho de Ministros.

<sup>59</sup> DAVID DUARTE, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, MIGUEL ROMÃO, TIAGO DUARTE, «Legística, perspectivas sobre a concepção e redacção de actos normativos», Coimbra, 2002.

<sup>60</sup> Procuraremos contornar as diferenças semânticas e de tradução do alemão entre «Teoria da Legislação» e «Ciência da Legislação», designações que se reconduzem, de um modo geral, à mesma realidade (cfr. LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 26 e seg., ULRICH KARPEN, «La Legislation: object of a Science en Devenir?», AAVV, «La Science de la Legislation», Paris, 1988, p. 14; GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 407 e seg.

curam valorizar um dos ramos ou áreas problemáticas contidas na mesma Ciência, a expensas de outras. A situação descrita demonstra o carácter recente e instável do objecto e do escopo deste ramo do saber.

Alguns Autores parecem habilmente renunciar a uma caracterização omnicomprensiva da «Teoria da Legislação», preferindo dar pistas sobre a sua natureza, métodos, objecto e fins. Assim, a sensibilidade doutrinária exposta situa-a dentro de um conjunto mais amplo, a «Teoria Geral da Regulação Jurídica»<sup>61</sup>; qualifica-a como uma ciência orientada para a praxis jurídica e política<sup>62</sup>; fixa o seu objecto no estudo de todo o circuito de formação ou produção de normas (o qual se revelaria em cinco áreas problemáticas<sup>63</sup>); e fixa o seu fim no propósito de fornecer respostas teóricas à questão de saber como é que os problemas da vida colectiva podem ser resolvidos ou influenciados através da edição de normas jurídicas<sup>64</sup>.

Outro campo doutrinário centrado numa visão pragmática e tecnicista da Ciência da Legislação considera que esta se ocupa «do fenómeno legislativo, ou seja das condições técnicas adequadas à produção da lei». Neste sentido, a mesma Ciência «não se destina a possibilitar a compreensão da lei (...), mas à compreensão das condições e técnicas adequadas a produção de boas leis, de leis eficazes»<sup>65</sup>.

Finalmente, outro sector da doutrina, procurando conciliar as construções jurídico-teóricas (MULLER) e praxiológico-utilitárias (FLENER) deste domínio do saber, intentou uma caracterização ampla do objecto da Ciência da Legislação, considerando que o mesmo repousa no «estudo do fenómeno legislativo»<sup>66</sup>. Os seus fins seriam o estabelecimento de uma relação entre a análise empírica da actividade e processo legislativos, as preocupações práticas geradas pelo exercício dessa actividade e as tentativas teóricas da explicação do fenómeno. A mesma sensibilidade exclui que esse fim se esgote na redacção de uma «boa lei»<sup>67</sup>.

## 2. CONCEITO DE CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO: NOÇÃO ADOPTADA

27. Sem que tenhamos a pretensão de esboçar uma caracterização acabada de Ciência da Legislação, sobretudo num domínio científico de confluência heteróclita de saberes que ainda ensaia os primeiros passos, julgamos, de todo o modo, que seria vão e até ilógico discorrer sobre uma área científica insusceptível de ser definida com um mínimo de certeza e estabilidade.

<sup>61</sup> J. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 411 e 425.

<sup>62</sup> J. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 425, na base de uma qualificação de MAIHOFFER.

<sup>63</sup> J. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 426.

<sup>64</sup> J. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., na base de um entendimento de PETER NOLL.

<sup>65</sup> JOÃO CAUPERS, ult. loc. cit., p. 20 e 7.

<sup>66</sup> LUZIUS MADER «L'évaluation (...)», op. cit., p. 30.

<sup>67</sup> LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 30.

Ora, para os efeitos deste excurso, entendemos por bem caracterizar a «Ciência da Legislação» como *um domínio científico do conhecimento, auxiliar da Ciência Jurídica, cujo objecto radica no estudo praxiologicamente orientado das componentes estática e dinâmica do fenómeno normativo público, tendo por fim a sua compreensão e a identificação de soluções que promovam e garantam a validade e a qualidade dos actos normativos.*

Observemos, na especialidade, as componentes desta caracterização.

### 2.1. UMA CIÊNCIA AUXILIAR DA CIÊNCIA JURÍDICA

28. A natureza científica da Ciência da Legislação foi, como tivemos oportunidade de verificar, contestada, desde que este domínio do saber foi embrionariamente problematizado nos anos sessenta.

Diversos Autores reduzem o estudo do fenómeno legiferante a uma «técnica»<sup>68</sup> ou a um simples domínio de «política legislativa» como «arte do bem comum»<sup>69</sup>, negando-lhe, expressa ou implicitamente, carácter científico.

Toda a ciência parte de uma *análise cognitiva de uma realidade fáctica*, realizada através da *utilização de um método* (definível como «iter» necessário para atingir um objecto), método esse que pressupõe a utilização de critérios de racionais de observação, hipotetização e comprovação.

Por exemplo, a Ciência Jurídica consiste no domínio do saber que estuda o Direito (mais propriamente a sua validade, interpretação e aplicação), através da utilização do *método jurídico*<sup>70</sup> (ancorado, predominantemente, num pensamento dogmático que convoca, instrumentalmente, critérios lógico-dedutivos, axiológicos e sistemáticos).

Ora, o domínio que nos ocupa reclama um *enfoque cognitivo que envolve uma explicação global do fenómeno legislativo*, o qual se centra na relação entre a norma (como acto jurídico e critério de decisão do poder político) e a projecção efectiva dos respectivos efeitos na vida colectiva.

29. A Ciência da Legislação deve o seu carácter científico ao facto de implicar a *análise do fenómeno normativo, no respeitante ao circuito integrado pela concepção, elaboração e aplicação das normas e avaliação dos seus efeitos*. Para tal, utiliza um *complexo metódico*, pautado por um encadeamento lógico-sistemático dos diversos métodos inerentes aos domínios científicos que subjazem à sua natureza pluridisciplinar.

<sup>68</sup> SANDULLI, ult. loc. cit., p. 976.

<sup>69</sup> Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, «O Direito. Introdução e Teoria Geral», Coimbra, 1997, p. 102 e seg.

<sup>70</sup> J. OLIVEIRA ASCENSÃO, ult. loc. cit., p. 99.

Assim, no tocante à compreensão do fenómeno legislativo no contexto dos poderes do Estado imperam os métodos da *Ciência Política e da Filosofia do Direito*; no respeitante à apreciação dos paradigmas da decisão política que se oferecem a um dado legislador, prima a metodologia empírica da *Ciência Política*; no que concerne ao processo de concepção da lei (no circuito definido por NOLL), bem como na análise dos efeitos gerados por um acto legislativo assim concebido e editado (verificando-se, por exemplo, se o mesmo atingiu os seus objectivos operacionais) pontifica o método da *sociologia legislativa empírica*<sup>71</sup>; no que tange aos instrumentos de avaliação de impacto normativo destacam-se, em razão do objecto da avaliação, os métodos da *Economia e da Ciência da Administração e, subsidiariamente, da Ciência Política e da Sociologia Legislativa empírica*; e, finalmente, no que diz respeito à conexão entre a «praxis» legislativa e as normas constitucionais e legais de carácter paramétrico sobre a produção e qualificação de outras normas, destaca-se o *método jurídico*.

Dir-se-ia que este «cocktail» metodológico equivale a uma ausência de método, comprometendo o carácter científico reclamado por este ramo do conhecimento<sup>72</sup>.

Tal sucederia se a Ciência da Legislação constituísse um mosaico desordenado de campos problemáticos, cada qual abandonado ao seu próprio método. Só que tal não ocorre.

A Ciência da Legislação estuda os pressupostos e os efeitos de todo o circuito de formação das normas<sup>73</sup>, o que implica um encadeamento lógico-sistemático do carácter compreensivo dos seus ramos nucleares e, conseqüentemente, uma relação coerente entre os métodos de recorte dogmático e empírico que utiliza.

30. Sem que se tenha necessariamente que adoptar a construção de MAIHOFER, verifica-se que, pelo menos, quatro dos cinco domínios problemáticos que aquele Autor oferece, se encontram encadeados na observância de um pensamento sistemático pautado por um desiderato finalístico. O mesmo se diga de construções alternativas centradas na relação entre a «teoria da lei», a «teoria da decisão política» e a «legística» (infra § 40).

Importa referir, por outra banda, que a Ciência da Legislação embora implique a convocação de «critérios técnicos», não é redutível ou definível como uma «técnica», como defendem alguns Autores<sup>74</sup>.

Técnica e Ciência diferenciam-se. Podem existir técnicas sem Ciência (vide as técnicas artísticas e artesanais) mas, a existir uma Ciência, a técnica deve ser por aquela pressuposta<sup>75</sup>, servindo-a como instrumento ou ferramenta. Ora, a

<sup>71</sup> LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 18 e seg.

<sup>72</sup> Cfr. CALAMANDREI, ult. loc. cit., p. 832.

<sup>73</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 426.

<sup>74</sup> JOÃO CAUPERS, ult. loc. cit., que a entende como «*modo de estudo das condições técnicas adequadas à produção da lei*».

<sup>75</sup> Cfr. CARNELUTTI, ult. loc. cit., p. 824 e seg.

Ciência da Legislação comporta uma dimensão analítica, cognitiva e metódica que não é redutível a uma simples técnica. Por outro lado verifica-se que a expressão «técnica legislativa» é usualmente associada à actividade de redacção das leis, sendo imprudente a utilização de expressões que possam sugerir, mesmo involuntariamente, a redução da a Ciência da Legislação a esse seu ramo.

31. Tratando-se de uma Ciência dotada de um certo grau de autonomia, que advém da sua complexidade metódica de recorte multidisciplinar, considera-se, contudo, que nos encontramos diante de um domínio do conhecimento com carácter instrumental ou auxiliar em relação à Ciência Jurídica, excluindo-se a hipótese de constituir um ramo desta última.

Na realidade, trata-se de uma Ciência que estuda o Direito, mais propriamente o Direito positivo, a par de outras como a Sociologia do Direito, a Ciência Política, a Etnologia Jurídica, a História do Direito, a Filosofia do Direito, a Ciência da Administração e a própria Ciência Jurídica<sup>76</sup>.

Não se reconduz, contudo, ao hemisfério, mesmo periférico da Ciência Jurídica, pois:

- i) Enquanto a Ciência Jurídica se propõe estudar a validade, a interpretação e a aplicação do Direito, a Ciência da Legislação estuda o circuito conceptivo e produtivo do mesmo direito e os correspondentes efeitos;
- ii) Enquanto a Ciência Jurídica tem como *método* a dogmática jurídica, a Ciência da Legislação utiliza um complexo metódico heteróclito, onde a par de uma componente dogmática, avultam outras componentes com carácter empírico e até matemático, ficando, deste modo, evidenciada a sua natureza pluridisciplinar;
- iii) Enquanto o *objecto* específico da Ciência Jurídica é o estudo do «dado jurídico», como «dever ser»<sup>77</sup>, o objecto da Ciência da Legislação passa pelo estudo do fenómeno normativo, seja no plano do «dever ser» (componente estática) seja no do «ser» (componente dinâmica), formulando respostas teóricas e práticas à questão de se saber como é que os problemas da vida colectiva podem ser resolvidos ou influenciados pela edição de normas jurídicas<sup>78</sup>;
- iv) Enquanto o *fim* da Ciência Jurídica é a realização concreta do Direito, no contexto dos valores da justiça material, da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade que devem marcar uma ordem jurídica democrática, o fim da Ciência da Legislação é a compreen-

<sup>76</sup> Cfr. em geral, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, ult. loc. cit., p. 99 e seg.

<sup>77</sup> J. OLIVEIRA ASCENSÃO, ult. loc. cit., p. 217.

<sup>78</sup> PETER NOLL, ult. loc. cit., p. 63.

são global do fenómeno normativo e a identificação de soluções que assegurem, com efectividade, a validade e a qualidade das normas jurídicas.

32. De todo o modo, a Ciência da Legislação, pese a sua autonomia relativa, encontra-se firmemente soldada à Ciência do Direito, numa relação tributária. Isto, na medida em que a Ciência da Legislação:

- i) Ao pretender compreender, em toda a sua extensão, o fenómeno normativo e assegurar a validade jurídica e a qualidade das normas, concorre, instrumentalmente, para a concretização do Direito à luz dos seus fins e valores medulares;
- ii) Toda a *dinâmica* normativa, protagonizada pelo procedimento «interno» inerente ao circuito de concepção normativa e respectivo controlo de praticabilidade, assenta na dimensão estática do «processo normativo externo», composto pelas regras jurídico-constitucionais de competência e de forma, cujo estudo implica uma análise de recorte dogmático;
- iii) Todas as conclusões sobre os efeitos práticos da legislação permitem teorizar sobre defeitos e desvios nas normas constitucionais e outras leis-parâmetro que estruturam a produção e qualificação de outras normas, propiciando a sua correcção na base de critérios simultaneamente dogmáticos e praxiológicos.

Neste sentido, acompanha-se na generalidade a tese que, reconhecendo a autonomia da Ciência da Legislação, sublinha as relações estreitas entre a mesma e a dogmática jurídica<sup>79</sup>.

## 2.2. UMA CIÊNCIA QUE TEM POR OBJECTO O ESTUDO DO FENÓMENO NORMATIVO PÚBLICO NO QUADRO DE UMA ORIENTAÇÃO PRAXIOLÓGICA

33. Em sentido lato o objecto da Ciência da Legislação é o estudo do fenómeno legislativo, ou normativo, no seu todo<sup>80</sup>.

Será, quiçá, um objecto excessivamente amplo, mas a sua adopção procura acolher:

- i) As concepções que buscam uma *explicação teórica* do fenómeno legislativo, propondo-se descrevê-lo no plano jurídico e confrontá-lo com a sua «*praxis*»;

<sup>79</sup> LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 33.

<sup>80</sup> LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 30.

- ii) As *concepções pragmáticas*, que presentemente assumem carácter dominante, e que, partindo da identificação exaustiva dos defeitos jurídicos estruturais e comportamentais da legislação, procuram gizar uma solução terapêutica para as mesmas, através da elaboração de um modelo correctivo metódico, centrado no chamado «processo legislativo interno» de concepção e controlo das normas.

Importa ter em consideração que o estudo do fenómeno legislativo, tal como consta da caracterização dada supra § 27, consiste numa actividade cognitiva assente *no estudo praxiológicamente orientado das componentes estática e dinâmica do fenómeno normativo público*.

Trata-se de um atributo sublinhado decisivamente por diversos Autores<sup>81</sup> e, através dele, pretende-se delimitar o campo cognitivo central da Ciência da Legislação. Este implica que a análise do fenómeno legislativo seja orientada de forma a acompanhar a *gênese das normas*, a sua aplicação e os seus efeitos.

Estamos diante de um acompanhamento que, partindo de uma base jurídico-constitucional (estática), se projecta para o universo concreto do funcionamento desse ciclo de vida da norma tal como o mesmo existe (dinâmica), procurando fornecer uma explicação prática sobre a «mecânica normativa» e problematizar soluções que melhorem o seu funcionamento.

A orientação prática que marca o estudo da fenomenologia legislativa não inclui, deste modo, exercícios analíticos que, reclamando-se da Ciência da Legislação, ignorem quer o estudo da dinâmica normativa quer os propósitos praxiológicos que orientam a actividade cognitiva desenvolvida.

Pelo que, a nosso ver não se inserem por si só no domínio da Ciência da Legislação estudos *que se centrem ou esgotem* em reflexões científicas e filosóficas sobre o conceito de lei (no domínio da Filosofia do direito); sobre as metamorfoses históricas da lei (área da História do Direito e do Direito Constitucional); ou mesmo sobre a mera descrição jurídica do sistema normativo (campo do Direito Constitucional).

Tal não obsta, contudo, a que a matéria relativa à referida análise jurídica do sistema normativo integre a Ciência da Legislação se o seu estudo se encontrar associado à prática legislativa.

Já se poderão, contudo, reclamar como pertencentes à Ciência da Legislação, estudos avulsos sobre a identificação das disfunções legislativas, sobre avaliação da repercussão das normas, sobre o circuito interno de concepção legal ou sobre a redacção ou simplificação legislativas.

<sup>81</sup> Cfr. GOMES CANOTILHO, ult. loc. cit., p. 413, que sufraga o pensamento de Maihofer sobre esta matéria.

34. Este entendimento selectivo pressupõe que se proceda a uma *hierarquização* entre os ramos da Ciência da Legislação, a qual radica, precisamente, na vocação de cada um deles para assegurar, de «per se», o estudo praxiologicamente orientado do fenómeno normativo público, nas suas componentes estática e dinâmica.

Daí que, enquanto certos domínios que correspondem dentro da taxinomia clássica, à «Teoria da Legislação» (stricto sensu), à «Analítica da Legislação» e à «Táctica da Legislação» tendem a assumir *carácter instrumental*, já a «Metódica da Legislação» e a «Técnica da Legislação», que compõem a noção ampla de «Legística», assumem carácter principal. Isto porque, sem elas é manifestamente impossível falar numa Ciência da Legislação. É, na verdade, em sede da Legística que se desenrolam os métodos que concorrem para os fins dominantes da Ciência em análise, os quais se passará de imediato a examinar.

### 2.3. UMA CIÊNCIA QUE TEM POR FINS A COMPREENSÃO E A IDENTIFICAÇÃO DE SOLUÇÕES QUE PROMOVAM E GARANTAM A VALIDADE E A QUALIDADE DAS NORMAS

35. Se o objecto da «Ciência da Legislação» consiste no estudo do fenómeno legislativo, dentro das balizas referidas na rubrica precedente, o seu fim pode compreender:

– quer propósitos de ordem puramente explicativa que descrevam fundamentadamente e apreciem criticamente o ciclo estático e dinâmico de «vida legislativa», as suas manifestações patológicas e a sua projecção consequential no universo colectivo<sup>82</sup>;

– quer propósitos de ordem utilitária que, através de uma análise crítica ao sistema normativo existente, à organização do modelo de gestão dos programas legislativos e à forma e ao conteúdo das normas jurídicas, se proponham teorizar critérios e directrizes que permitam uma «legislação racional»<sup>83</sup>.

36. Em bom rigor, uma *Ciência* centrada no conhecimento da actividade normativa dos poderes públicos pode limitar-se à análise e descrição rigorosa de uma realidade existente e à identificação de deformidades que inquinem o seu exercício. Caberá ao poder político, e não ao mesmo domínio científico, conceber as soluções adequadas para solucionar defeitos por este assinalados no universo da normação.

<sup>82</sup> No sentido da inclusão desta dimensão, sem excluir a segunda, LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 30

<sup>83</sup> PETER NOLL, ult. loc. cit., p. 15.

Fará pois, neste estrito contexto, algum sentido o entendimento dos que sublinham que o objectivo da Ciência da Legislação não consiste, necessariamente, na produção de boas leis<sup>84</sup>.

Mas o facto é que a teorização de critérios destinados a garantir a feitura de *leis válidas* (isentas de vícios de ordem jurídico-constitucional) e *qualificadas* (ou seja, leis efectivamente aptas a preencher de forma adequada e eficiente os seus objectivos operativos) constitui a «mais-valia» da Ciência da Legislação. Se os cultores da referida ciência se absterem de esboçar soluções terapêuticas, metódica e tecnicamente credíveis, para os problemas que diagnosticam, a utilidade marginal do mesmo domínio científico será diminuto, prejudicando a sua própria razão existencial.

A bem da verdade, o culto da Ciência da Legislação foi reclamado em pleno iluminismo contra a desordem legal oriunda do «Ancien Regime», e nasceu posteriormente numa fase de desenvolvimento maduro do Estado Social de Direito, em razão da existência de sérios defeitos legais derivados da motorização legiferante. Defeitos que, radicados numa má concepção e aplicação das leis e de outras normas, inquinaram a execução das políticas públicas do Estado, geraram a perda de recursos públicos, abalaram o funcionamento do sistema judiciário, impediram o adequado funcionamento da actividade empresarial e afectaram direitos e garantias dos cidadãos, no respeitante à segurança jurídica, igualdade e proporcionalidade.

Assim sendo, uma concepção dessa ciência que se esgotasse no diagnóstico do mal e renunciasse à terapia comprometeria os propósitos dos seus «pais fundadores» e, sobretudo, defraudaria o interesse que instituições autonómicas, estaduais e internacionais depositam na sua acção, bem como o investimento humano e material vertido nas suas estruturas organizativas, métodos e técnicas.

Uma Ciência de «diagnóstico» sem terapia careceria de vocação prática e encontrar-se-ia diminuída na sua utilidade social. E uma Ciência de «terapia» praxiológica, desacompanhada de uma prévia diagnose de ordem científica, reduzir-se-ia a uma «deambulatio» errática de improvisações, «remendos técnicos» e soluções mecanicistas ditadas pelo imediato.

As duas componentes finalísticas justificam, deste modo, num modelo sistematicamente autónomo, o escopo da Ciência que ora se examina.

<sup>84</sup> LUZIUS MADER, ult. loc. cit.

### 3. OS RAMOS DA CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO: TAXINOMIA ESCOLHIDA

#### 3.1. PRESSUPOSTOS CLASSIFICATÓRIOS

37. Não nos demoraremos na temática da selecção das «áreas problemáticas» ou ramos que compõem a Ciência da Legislação. Isto, porque a mesma se encontra marcada por uma miríade de categorizações que variam de autor para autor, mostrando-se vulnerável a análises circulares e a argumentações improdativas, sempre que são contestadas categorizações distintas das adoptadas.

38. Consideramos que uma definição dos referidos ramos da Ciência da Legislação terá como pressupostos necessários:

- i) O reconhecimento da existência de uma variabilidade de classificações doutrinárias sobre esta matéria (supra § 20);
- ii) A natureza, o objecto e os fins da ciência (supra § 26 e seg.);
- iii) O reconhecimento de uma hierarquia material entre as diversas componentes do objecto da Ciência da Legislação, traçada à luz dos fins de ordem principal que a mesma prossegue;
- iv) O momento histórico-evolutivo da Ciência da Legislação que impera no tempo presente e, no seu contexto, as preocupações de ordem prática e utilitária que catalizam o desenvolvimento das áreas da mesma Ciência no âmbito da cooperação Estado-Universidades, bem como as transformações experimentadas pelos respectivos ramos;
- v) A necessidade de simplificar a taxinomia dos saberes da disciplina, à luz do desiderato da introdução de uma cadeira de Ciência da Legislação, nos cursos de pós-graduações e da licenciatura em Direito.

39. Feitas estas precisões, consideramos que a pentapartição clássica introduzida na doutrina portuguesa por GOMES CANOTILHO e adoptada posteriormente por outros autores<sup>85</sup> continua a ser uma referência marcante das áreas problemáticas da Ciência da Legislação e um ponto de partida para outras taxinomias, como aquela que nestas linhas é adoptada e que se apresenta de imediato.

#### 3.2. CLASSIFICAÇÃO ADOPTADA

40. Estimamos que a Ciência da Legislação comporta três áreas ou ramos científicos, a saber:

- i) A Teoria da Lei;
- ii) A Teoria da decisão pública;
- iii) A Legística.

Dentro destas, a *Legística* assume carácter central e as outras duas carácter instrumental desta última, embora com uma diferença marcante: a *Teoria da Lei* conforma um domínio de *instrumentalidade necessária* em relação à *Legística* (a qual muito dificilmente pode ser estudada e entendida sem as bases pré-compreensivas constantes da primeira); já a *Teoria da decisão* configura uma área de *instrumentalidade puramente subsidiária* em relação ao ramo da *Legística*.

41. É certo que na aprendizagem da Ciência da Legislação se torna possível estudar outros temas de natureza auxiliar em relação aos ramos centrais: é o caso das matérias que, na pentapartição clássica configuram a «*Teoria da Legislação*» em sentido estrito (conceito, sistema, *necessidade, a lei* no plano histórico e no plano comparado); de algumas das matérias que integram a «*Análítica da Legislação*» (Lógica, História do Direito, Teoria da Constituição); e de certos temas da Ciência Jurídica (como a aplicação da lei no espaço e no tempo).

Só que esses temas, caso integrem um curso de Ciência da Legislação como componentes adjectivas ou apendiculares da mesma (mormente em relação ao domínio problemático da «Teoria da Lei»), não se inscrevem no objecto da referida Ciência.

Observemos, agora, o conteúdo dos ramos integrantes da taxinomia adoptada.

##### 3.2.1. A Teoria da Lei

42. A fórmula «*Teoria da Lei*» procura crismar um domínio do conhecimento pautado pelo seu carácter jurídico e predominantemente dominado pelo método dogmático, sendo extraído do Direito Constitucional para servir de ponto de partida para o estudo do fenómeno legislativo.

A designação dada nestas linhas procura coincidir com a denominação da disciplina que, em sede dos cursos de pós graduação em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito de Lisboa, arrancou no ano lectivo de 1997/98 sob a regência do Professor JORGE MIRANDA e que prosseguiu depois sob a nossa regência com a designação de «Teoria da Lei e Ciência da Legislação». Na verdade, os conteúdos então leccionados coincidem com este ramo da Ciência da Legislação.

Trata-se, afinal, da «estática» legislativa que importa conhecer antes de se partir em demanda da prática legiferante. Curiosamente, sendo um ponto de partida, também pode ser um ponto de retorno, na medida em que conclu-

<sup>85</sup> Cfr. § 21 e seg.

sões práticas sobre a norma em acção impliquem a revisão da estrutura normativa e a reponderação de certos teoremas do pensamento dogmático.

43. Algumas das rubricas que integram o conteúdo da Teoria da Lei podem ser recolhidas no objecto da *Análítica da Legislação* e da *Táctica da Legislação*, as quais integram a pentapartição adoptada por GOMES CANOTILHO, reconduzindo-se aos seguintes temas:

- i) A lei como norma jurídica;
- ii) Acepção de lei na ordem jurídica;
- iii) Formas de lei;
- iv) Valor de lei e categorias normativas;
- v) Os critérios estruturantes das relações entre actos legislativos no plano da validade e da eficácia;
- vi) Órgão legiferante e processo legislativo;
- vii) Os procedimentos legislativos;
- viii) A concretização administrativa da lei;
- ix) Os factores de crise da lei.

44. Importa assinalar que a última matéria, assaz importante como diagnose das terapias em sede legística, pese o facto de partir de uma base jurídico-dogmática (defeitos no processo legislativo radicado nas normas sobre a normação), acaba por ser também servida por dados empíricos sobre a prática legislativa e a observação disfuncional da conduta do legislador na concepção e concretização da lei, os quais supõem a aplicação de outras metodologias.

### 3.2.2. A Teoria da decisão

45. Trata-se de uma matéria dissecada pela Ciência Política e Sociologia política, que pode revestir um significativo interesse instrumental da Legística, no que concerne ao processo interno de concepção legislativa. Tratada nas Escolas norte-americanas, suíças e italianas (com relevo para as de Ciência Política), a sua investigação em Portugal tem sido diminuta e é provável que não tenha a médio prazo grande futuro, exceptuados eventuais trabalhos de investigação na pós-licenciatura.

No âmbito deste ramo *aplicado à Ciência da Legislação*, importaria estudar:

- i) As concepções da decisão legislativa: o legislador intervencionista, o legislador «clausurado» e o legislador receptivo ou «registrab»;
- ii) Acepções de decisão legislativa;
- iii) Decisão legislativa no contexto das políticas públicas;
- iv) Condições subjectivas da decisão: os perfis psicopolíticos do decisor legislativo;

- v) Condições objectivas da decisão: competência, vínculos procedimentais, relações de liderança, composição política do órgão decisório, burocracia administrativa e poder dos grupos de interesse.

### 3.2.3. A Legística

46. O conceito de Legística adoptado corresponde a uma acepção ampla que predomina no tempo presente na doutrina e nas escolas suíças e italianas.

O seu conteúdo corresponde, em boa parte, às matérias da *Metódica da Legislação* e da *Técnica da Legislação*, que configuravam os pilares da noção de Ciência da Legislação de PETER NOLL<sup>86</sup> (cfr. supra § 20), com a segunda a assumir um carácter dependente em relação à primeira.

47. A adopção do termo Legística, num sentido consumptivo de duas áreas do conhecimento e como ramo principal ou dominante da Ciência da Legislação, estriba-se em quatro ordens de razões, a saber:

- i) Trata-se de uma *fórmula realista e útil* que, abrangendo uma área científica que é a Metodologia da Legislação (Legística material) e outra técnica que consiste na redacção das leis (a qual compõe a Legística formal), as integra numa relação dinâmico-processual efectiva de concepção e elaboração da lei, na qual as duas realidades, bem como outras, se encontram fortemente interpenetradas;
- ii) Trata-se de uma *fórmula pragmática, simplificadora e semanticamente sugestiva* que procura reduzir a dispensável complexidade das áreas problemáticas da Ciência da Legislação;
- iii) Trata-se de uma *fórmula moderna*, já que corresponde ao crisma de um ramo do conhecimento do fenómeno legislativo que se tem imposto na fase mais recente do desenvolvimento da Ciência da Legislação, seja na doutrina, seja na gíria utilizada nas instâncias internacionais;
- iv) Trata-se, em Portugal, de uma *fórmula institucional*, adoptada em normas jurídico-públicas com valor regimental (como é o caso das «normas de legística» apendiculares aos Regimentos do Conselho de Ministros do XVI e XVII governos constitucionais) e em guias ou manuais officiosos de concepção e redacção das leis editados pelo Ministério da Justiça<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> E que integram, respectivamente, o quarto e o quinto ramos da pentapartição adoptada por GOMES CANOTILHO.

<sup>87</sup> Cfr. DAVID DUARTE, ALEXANDRE SOUSA PINHEIRO, MIGUEL ROMÃO, TIAGO DUARTE, «Legística (...)» op., cit.

48. A Legística tem um propósito pragmático: partir da identificação das deformidades da lei para conceber modelos e critérios destinados à sua eliminação e à prevenção de defeitos futuros. Para tal procura teorizar receitas para produzir «boas leis»<sup>88</sup>.

Neste sentido, a proliferação de directrizes de Legística formal, as «check-lists» de Legística material e os programas de consolidação normativa deitam por terra as críticas vibradas nos anos sessenta, não sem alguma sobranceria, contra a proposta de MÁRIO LONGO (supra § 17), quando as mesmas desdenhavam a possibilidade de a feitura das leis poder ser reduzida às directrizes de um «manual de bridge».

49. Podemos, deste modo, definir em sentido lato a *Legística* como o ramo da *Ciência da Legislação* que se ocupa do estudo dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinados a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controlo dos efeitos normativos, a qualidade, validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescriptivo das leis.

50. A legística em sentido lato pode decompor-se nos domínios da *Legística material*, *Legística formal* e *Legística organizativa*. Assim:

- i) A Legística material (domínio metódico e procedimental interno) procura assegurar que a concepção da lei observe requisitos de qualidade e de validade que lhe permitam preencher, adequadamente e com eficiência, os seus objectivos operacionais;
- ii) A Legística formal (domínio técnico e sistemático) estuda os critérios de comunicação legislativa, de modo a melhorar a compreensão e identificação da norma legal vigente, através de uma adequada redacção, sistematização, simplificação e acesso aos textos legais;
- iii) A Legística organizativa (domínio da «governance» normativa) ocupa-se do estudo do modelo de gestão pública da qualidade dos programas legislativos, passível de ser adoptado pelos órgãos legiferantes.

<sup>88</sup> Cfr. FLEINER cit. por LUZIUS MADER, ult. loc. cit., p. 17.

## CAPÍTULO III

### A DIDÁCTICA

#### 1. APONTAMENTO SOBRE O ENSINO DA «CIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO» EM UNIVERSIDADES PORTUGUESAS E ESTRANGEIRAS

##### 1.1. INTRODUÇÃO

51. Numerosos Estados da União Europeia bem como a Suíça, durante as últimas duas décadas, apostaram na valorização de recursos científicos e humanos, envolvidos nas operações técnicas respeitantes à feitura das leis e dos regulamentos administrativos.

Daí que em Universidades europeias de referência tenham sido realizados diversos cursos de pós-licenciatura em colaboração com a Administração Pública, os quais envolveram seminários e cursos de mestrado, pós-graduação e formação em Ciência da Legislação, Legística e em *Informática Jurídica aplicada ao processo legislativo*, tendo a Suíça tomado a dianteira neste processo, seguindo-se a Itália e a Holanda.

52. Durante larguíssimo tempo, os poderes públicos e as universidades portuguesas não prestaram grande atenção a este problema, considerando-se que os cursos realizados no INA (Instituto Nacional de Administração) seriam suficientes para a familiarização dos quadros do funcionalismo público com a temática da lei.

O facto é que os referidos cursos, pese a sua grande importância, não foram organizados de modo a formarem redactores (*drafters*) e avaliadores normativos, ou mesmo para operarem como fonte de aperfeiçoamento ou especialização de pessoal directamente envolvido na feitura das leis. O papel do INA na difusão de novidades doutrinárias, técnicas e metódicas no campo da Legística centrou-se, sobretudo, no domínio das suas publicações, com relevo para a Revista «Legislação» que é única em Portugal no seu género.