

CADERNOS DA ESCOLA DO LEGISLATIVO

44

VOLUME 25 | NÚMERO 44 | JULHO / DEZEMBRO 2023

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

CADERNOS DA ESCOLA DO LEGISLATIVO

44

Volume 25 | Número 44 | julho/dezembro 2023

MESA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA

Deputado Tadeu Martins Leite
Presidente

Deputada Leninha
1º-vice-presidente

Deputado Duarte Bechir
2º-vice-presidente

Deputado Betinho Pinto Coelho
3º-vice-presidente

Deputado Antonio Carlos Arantes
1º-secretário

Deputada Alencar da Silveira Jr.
2º-secretário

Deputado João Vítor Xavier
3º-secretário

SECRETARIA

Cristiano Felix dos Santos Silva
Diretor-geral

Luíza Homen Oliveira
Secretária-geral da Mesa

EDIÇÃO

Marialice Nogueira Emboava
Stefania de Resende Negri

ESCOLA DO LEGISLATIVO

Ruth Schmitz de Castro

REVISÃO*

Celeno Ivanovo
Ivan Capdeville Júnior

NORMALIZAÇÃO

Gerência de Biblioteca

PROJETO GRÁFICO

Gleise Marino
Maria de Lourdes Macedo Ribeiro

EDITORAÇÃO E DIAGRAMAÇÃO

Letícia Martinez Matos

Apoio

Henrique Galvão Diniz (estagiário)
Gustavo da Fonseca Cavichi (estagiário)

*A revisão linguística dos *abstracts* dos artigos aqui publicados é de responsabilidade de seus respectivos autores.

Cadernos da Escola do Legislativo. - Vol. 1, n. 1, (jan./jun.1994) - .

Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas

Gerais, Escola do Legislativo, 1994 - .

Semestral

ISSN 1676-8450. eISSN 2595-4539.

Sumário

- 5 Editorial
- 9 Constituição e Poder Constituinte na Revolução Inglesa e na Revolução Norte-Americana: itinerário, legado e contradições
Rafael Dilly Patrus
- 47 Controle externo do Poder Legislativo sobre as políticas públicas tributárias
Legislative Power 's external control over public tax policies
Bernardo Motta Moreira
- 79 Debates parlamentares sobre a criminalização da LGBTQIAPN+fobia
Parliamentary deliberations about the criminalization of LGBTQIAPN+phobia
Maria Clara Brito da Gama
- 121 RESENHA
Avaliação legislativa no Brasil: efeitos da Emenda Constitucional nº 109, art. 37, § 16
Roberta Simões Nascimento
- 135 TRADUÇÃO
Doutrina da Legislação entre a ciência e a política
Tendências de desenvolvimento da Legisprudência – Parte 1
Theory of Legislation between Science and Political
Trends of development in Legisprudence – part 1
Autor: Klaus Meßerschmidt
Tradução: Ian Fernandes de Castilhos

CONSELHO EDITORIAL

Ana Fialho

Universidade de Évora (Portugal) – Departamento de Gestão

Antônio José Calhau de Resende

Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais – Escola do Legislativo

Carolina Rolim Machado Cyrillo da Silva

Universidade Federal do Rio de Janeiro – Faculdade Nacional de Direito

David Francisco Lopes Gomes

Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito

Fabiana de Menezes Soares

Universidade Federal de Minas Gerais – Faculdade de Direito

Gabriel Rezende de Souza Pinto

Universidade Federal da Paraíba – Departamento de Filosofia

Marcelo Sevybricker Moreira

Universidade Federal de Lavras – Departamento de Ciências Humanas

Manoel Leonardo W. Duarte dos Santos

Universidade Federal de Minas Gerais – Departamento de Ciência Política

Paula Gabriela Mendes Lima

Universidade Federal de Goiás – Faculdade de Filosofia
Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais – Gerência-
-Geral de Consultoria Temática

Rildo José Cosson Mota

Universidade Federal da Paraíba – Departamento de Letras

Editorial

Prezados leitores e leitoras,

É com prazer que apresentamos a mais recente edição dos *Cadernos da Escola do Legislativo*, dedicada a discussões atuais do âmbito jurídico. A presente publicação explora temas que vão desde questões práticas da legislação até aspectos teóricos e doutrinários, proporcionando uma abordagem abrangente e enriquecedora.

Iniciamos com o artigo “Constituição e poder constituinte na Revolução Inglesa e na Revolução Norte-Americana: itinerário, legado e contradições”, escrito pelo Prof. Dr. Rafael Dilly Patrus, consultor da ALMG na área de Análise de Processos. O autor nos convida a uma releitura crítica de conceitos fundamentais que emergiram na era moderna no campo da política e do direito, explorando processos históricos, debates conceituais e disputas de poder que ocorreram nos séculos XVII e XVIII.

Seu ponto de partida é a análise das mudanças na noção de representatividade e no equilíbrio de poder entre a monarquia e o parlamento inglês. Em seguida, Patrus aborda eventos menos conhecidos, como a independência colonial e a abolição da escravidão no Haiti, para ilustrar como a perspectiva de revolução evoluiu a partir desse ponto. Emblema disso, conforme detalhado pelo autor, é a experiência norte-americana, que, entre outros desdobramentos, conduziu à formação de uma república federativa bicameral e moldou uma nova concepção de constituição.

O artigo não apenas destaca os principais legados desses processos revolucionários, mas também explora contradições e reviravoltas que permearam o desenvolvimento do vocabulário político e do constitucionalismo moderno.

O segundo artigo, intitulado *Controle externo do Poder Legislativo sobre as políticas públicas tributárias*, é de autoria do Prof. Dr. Bernardo Motta Moreira, consultor legislativo da ALMG, especializado em Direito Constitucional e Administração Pública. Nesse trabalho, são examinados os instrumentos constitucionais disponíveis ao Parlamento para o exercício de sua função de fiscalização, com ênfase nos atos tributários do Executivo.

O autor utiliza exemplos recentes dos âmbitos federal, estadual e municipal para ilustrar prerrogativas constitucionais do Legislativo e mecanismos de controle externo da administração pública. Esses incluem a convocação de autoridades para a prestação de esclarecimentos, o pedido escrito de informações, a formação de comissões parlamentares de inquérito, a sustação de atos normativos do Poder Executivo que excedam o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa, a autorização de atos do Executivo e a revisão das contas do administrador público após parecer prévio do Tribunal de Contas.

Moreira destaca o diálogo entre os Poderes e a supervisão pelo Legislativo das políticas públicas como mecanismos de prevenção de abusos, de garantia da transparência fiscal e de representação dos interesses de diversos setores da sociedade nas questões tributárias.

No terceiro artigo, a doutora em Sociologia Maria Clara Brito da Gama, analisa discursos de parlamentares feministas sobre projetos de lei que pretendiam combater as discriminações decorrentes da orientação sexual e da identidade de gênero. Guiando-se por conceitos como heterossexismo, homofobia, LGBTQIAPN+fobia, Gama detalha três temas, a fim de aprofundar a análise dos projetos que tramitaram no Congresso Nacional entre 2001 e 2014: as diferentes concepções em disputa sobre a homossexualidade; a (im)pertinência de enquadrar a LGBTQIAPN+fobia na mesma lei que criminalizou o racismo; e o problema da severidade das penas previstas pelos projetos de lei debatidos.

Nas considerações finais de “Debates parlamentares sobre a criminalização da LGBTQIAPN+fobia”, a autora identifica, por um lado, as complexas relações e os conflitos identitários entre os movimentos feministas e os das minorias sexuais; por outro, reconhece que as

deputadas, ao fortalecerem as lutas contra a LGBTQIAPN+fobia no Congresso Nacional, combateram alicerces fundamentais da opressão masculina. Para a bolsista do Instituto de Medicina Social da Uerj, a dominação das mulheres, dos homossexuais e das minorias sexuais opera sobre bases iguais, mesmo sendo independentes e tendo suas especificidades.

Passados 15 anos, a LGBTQIAPN+fobia foi criminalizada não pelo Poder Legislativo, mas, sim, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o que fez com que Gama também discutisse brevemente o conceito de judicialização da política.

Na seção de resenhas, é apresentada a obra “Avaliação legislativa no Brasil: efeitos da Emenda Constitucional nº 109, art. 37, § 16”, organizada por Fabiana de Menezes Soares, Thiago Hermont e Paula Gomes de Magalhães. Nessa seção, a Profª. Dra. Roberta Simões Nascimento, que atua como docente na UnB e como advogada do Senado, explica os pontos centrais de cada capítulo, interligados pelo interesse nos efeitos do § 16 do art. 37 da Emenda Constitucional 109, e compartilha suas apreciações sobre o conteúdo do livro.

Essa obra se destaca por explorar uma variedade de temas cruciais, relacionados à implementação da avaliação legislativa de políticas públicas em âmbito federal, estadual e municipal, à proteção de dados pessoais, à jurisprudência, à linguagem legislativa, à legislação tributária e ao saneamento básico. Além disso, como ressaltado por Nascimento, oferece importantes contribuições para a melhoria da atuação legislativa e da avaliação de políticas públicas no Brasil, destacando a necessidade de esforços contínuos e de aprimoramento das capacidades institucionais, com vistas a uma governança mais eficaz e responsiva.

Finalizamos esta edição com a tradução do artigo “Gesetzgebungslehre zwischen Wissenschaft und Politik” (“Doutrina da legislação entre a ciência e a política: tendências de desenvolvimento da jurisprudência – Parte 1”), publicado originalmente no periódico alemão de estudos jurídicos *ZJS: Zeitschrift für das Juristische Studium*. O autor do texto é Klaus Meßerschmidt, professor da cátedra de Direito Tributário e Direito Público da Universidade de Erlangen-Nuremberg; o tradutor é Ian de Castilhos, doutorando em Direito pela UFMG.

No artigo, Meßerschmidt introduz questões centrais da Doutrina da Legislação, considerada como um conjunto abrangente de abordagens e teorias relacionadas à elaboração, ao conteúdo técnico, aos fundamentos e aos impactos da legislação. A complexidade do tema pode explicar, em parte, a posição subordinada do ensino da disciplina nos cursos de Direito, o que permanece como um desafio.

Por outro lado, o recente incremento de publicações científicas nessa área, em particular na Alemanha e em outros países europeus, tem sido um fator de grande relevância para o desenvolvimento desse campo de estudos. Esse incremento reflete um renovado interesse, não apenas acadêmico, mas também político, pela Doutrina da Legislação nas últimas décadas, provocado, entre outras coisas, pelo papel crucial das leis nas sociedades modernas, pela racionalização do Direito e pela formação de blocos como a União Europeia.

Esperamos que apreciem a leitura!

Para interessados em submeter trabalhos ao nosso periódico, informamos que o processo de publicação passará a ser em fluxo contínuo no 1º semestre de 2024.

Marialice Nogueira e Stefania Negri

Editoras dos *Cadernos da Escola do Legislativo*

Contato: cadernos@almg.gov.br

1

Constituição e Poder Constituinte na Revolução Inglesa e na Revolução Norte-Americana: itinerário, legado e contradições

Rafael Dilly Patrus¹

Resumo: Este artigo busca resgatar o debate sobre os conceitos de Constituição e poder constituinte no contexto da Revolução Inglesa, no século XVII, e da Revolução Norte-Americana, na segunda metade do século XVIII. Inicialmente, explicam-se as transformações por que passou o direito na alvorada da Modernidade: um novo vocabulário, uma nova gramática, uma nova forma de enxergar o mundo. Em seguida, recupera-se a construção da ideia de supremacia do Parlamento no direito inglês. Por fim, aborda-se o itinerário da independência das colônias inglesas na América do Norte, com enfoque na discussão sobre a Constituição, propondo-se uma releitura crítica do legado “revolucionário”.

Palavras-chave: Constituição; Revolução Inglesa; supremacia do parlamento; Revolução Norte-Americana; liberdade política.

Abstract: *This paper seeks to revisit the debate on the concepts of Constitution and constituent power during the English Revolution, in the 17th century, and the North American Revolution, in the second half of the 18th century. Initially, it explains the transformations that law underwent at the dawn of Modernity: a new vocabulary, a new grammar, a new way of seeing the world. Then, it examines how the idea of parliamentary supremacy was constructed in English*

1 Doutor em Direito, Mestre em Direito, Mestre em História e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Consultor Legislativo concursado na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais (ALMG). E-mail: rafael.patrus@almg.gov.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7729447422692463>.

law. Finally, it approaches the itinerary of the independence of the English colonies in North America, focusing on the discussions concerning the Constitution, and proposes a critical rereading of the legacy of the Revolution.

Keywords: *Constitution; English Revolution; Parliamentary Supremacy; North American Revolution; political freedom.*

1 – Introdução

No Federalista nº 78, Alexander Hamilton escreveu que a Constituição, por ser a norma superior do ordenamento jurídico, impunha limites ao Poder Legislativo e que, em razão disso, toda lei incompatível com ela deveria ser declarada nula. O texto foi endereçado ao povo do Estado de Nova York e circulou em maio de 1788, durante o processo de ratificação da Constituição dos Estados Unidos. Seu objetivo era tratar da estrutura e das prerrogativas do Poder Judiciário. Ao falar da necessidade de os tribunais serem independentes, Hamilton argumentou que, para fazer valer as limitações constitucionais, os juízes precisariam, sempre que necessário, declarar a invalidade de leis contrárias à Constituição. Para ele, essa posição se baseava em uma premissa simples: “todo ato de uma autoridade delegada contrário ao teor da delegação é nulo”. Entender de modo diverso seria afirmar que “o adjunto é mais relevante que o titular, que o servo está acima do mestre, e que os representantes do povo são superiores ao próprio povo” (Madison; Hamilton; Jay, 2014, p. 225).

A concepção da Constituição como norma acima de qualquer instância de poder do Estado, embora não fosse nova no imaginário político norte-americano, era certamente inovadora. A preocupação de Hamilton com a perplexidade que essa ideia poderia causar – em especial no que tocava à possibilidade de o Poder Judiciário declarar a nulidade de leis aprovadas pelo Poder Legislativo – é um sinal dessa inovação. Além disso, se pensarmos em como o direito inglês funcionava naquela época, profundamente vinculado à tese da supremacia do Parlamento, veremos que o argumento presente no Federalista nº 78 era, antes de qualquer coisa, ousado e disruptivo. Na Inglaterra do século XVIII, o Parlamento ocupava a centralidade da arena política, afirmando-se

como *substituto* da soberania do povo. Nesse contexto, a hipótese de uma lei inconstitucional se mostrava completamente absurda. A Constituição inglesa era aquilo que o Parlamento dizia que ela era, e, assim, toda e qualquer lei feita por ele, em sua própria essência, já nascia compatível com a ordem constitucional. Nas colônias inglesas da América do Norte, todavia, era gestada, fazia algum tempo, a ideia de que determinadas medidas, ainda que ratificadas pelo Parlamento, violavam a Constituição e, por esse motivo, não podiam valer. Esse pensamento – um desvio na maneira tradicional de raciocinar e organizar a relação entre direito e política – emergiu como *revolucionário*.

Para entendermos essa mudança, precisamos mergulhar no passado.

Neste trabalho, resgatamos a história dos conceitos de Constituição e poder constituinte a partir dos debates ocorridos na Inglaterra e nos Estados Unidos da América nos séculos XVII e XVIII. Buscando situar tais debates em um quadro maior de transformações por que passaram o direito e a política, examinamos os caminhos trilhados pela ideia moderna de Constituição e, com base neles, propomos uma releitura crítica do legado “revolucionário”.

2 – Novo direito, novo poder, nova história

No princípio da história ocidental, em particular nas historiografias grega e romana, eventos políticos e sociais eram analisados como isolados e, de certa maneira, únicos. A compreensão de cada evento se dava em si mesma, e até mesmo o contexto e as repercussões do acontecimento eram examinados a partir dele próprio, não existiam de forma independente nem, por consequência, forneciam dados para explicar o passado. O tema da história não era o fio que ligava as coisas vividas, mas os rasgos pontuais, isto é, o extraordinário. Isso se devia ao fato de a historiografia pressupor como central a distinção entre a pequenez do homem e a grandiosidade da natureza, entre a mortalidade do humano e a imortalidade do divino, entre as coi-

sas terrenas perecíveis e o mundo natural eterno. Sabendo-se pequeno e finito, o homem aspirava à eternidade. O único meio de alcançá-la era pela história, e disso decorria o destaque aos grandes feitos, aos momentos no passado em que, mesmo sob inúmeras limitações, o homem se havia aproximado da incomensurabilidade da natureza (Arendt, 2006a, p. 44).

Essa perspectiva muda com o surgimento do conceito moderno de *processo*. Um novo raciocínio emergiu na Modernidade, motivando transformações nas ciências tanto naturais quanto humanas. Segundo ele, nenhuma ocorrência isolada teria relevância analítica, nenhuma singularidade ou especificidade seria por si só significativa; os eventos e fenômenos individuais adquiririam sentido apenas quando referenciados no processo invisível que engole e conduz todas as coisas. Apesar de essa forma de pensar ter origem no conceito hebraico-cristão de tempo linear, na ideia de que toda a história humana é um plano retilíneo para a salvação, são poucas as similitudes entre as concepções moderna e cristã de história. Na verdade, o enfoque no processo histórico tem principalmente que ver com a ressignificação da política, ou seja, com o retorno do problema da política a uma posição de relevância que, desde pelo menos a Antiguidade, ele não ocupava. Para o homem moderno, o ambiente político é o único lugar onde se pode alcançar a dignidade. Fora da política, o homem se vê reduzido à própria miséria, incapaz de vencer a finitude que, desde sempre, o atormenta e condiciona; só na política as coisas humanas passam a ter significado e densidade, só na política o homem enxerga a possibilidade de construir algum legado e, deixando-o às gerações futuras, superar o carma da mortalidade. A política secular permitiu que a crença na imortalidade individual (a imortalidade da alma ou a ressurreição do corpo) perdesse importância. O que ficou foi a posteridade mundana, a certeza de que, por meio da ação política, o homem seria capaz de garantir a imortalidade sobre a terra (Arendt, 2006a, p. 67, 76 e 81-82; Ariès, 2014, p. 469-542).

Nessa transição, o direito, antes amalgamado com a política, separa-se dela. No período que podemos denominar pré-Modernidade, o direito e a política, legitimados pela religião, pela tra-

dição e pela autoridade, se misturavam tanto na fonte quanto na execução. O carisma da monarquia – o absoluto que resumia a tradição, personificava a religião e materializava a autoridade – proclamava e ao mesmo tempo sustentava o direito e a política. Esses três pilares caíram gradualmente por terra, cada um a seu tempo, e junto deles o próprio absoluto (Arendt, 2006b, p. 186-206). O direito assume, com isso, uma crescente autonomia, isolando-se da política, e a especialização funcional da sociedade – que cresce, complexifica-se, vivencia um rápido processo de industrialização e urbanização e, assim, passa a produzir e reproduzir novas relações, necessidades e demandas – leva ao fechamento do sistema jurídico face à política (Luhmann, 1990, p. 176-220).

Essa situação provoca muitos problemas. Como reconectar o direito à política? Como garantir a estabilidade do sistema do direito e, mais propriamente, do sistema de direitos? Mais importante: como justificar esse novo direito e essa nova política, agora que a tradição, a religião e a autoridade perderam sua força legitimadora?

O direito moderno é histórico, contingente, modificável e coercitivo. Ele surge não mais como uma verdade dada – um absoluto identificado com a vontade de Deus e enunciado pela autoridade tradicional do rei –, mas como o resultado de processos históricos que atribuem sentido às experiências e expectativas da sociedade. Seu conteúdo, usualmente fixado na forma escrita, está aberto a interpretações e mudanças. Como não poderia deixar de ser, ele reivindica o monopólio do uso da força: lança mão da possibilidade da violência, ao mesmo tempo que a regula e limita (Habermas, 2019, p. 238-240). Se esse direito, por um lado, consagra determinado teor diante de outros possíveis e, desse modo, sujeita-se a modificações, enquanto, por outro, monopoliza a coerção para impor seu cumprimento, o que o torna *direito* de fato, e não arbítrio? O que torna esse direito legitimamente vinculante, em contraposição a um regime imposto pela força? Antes, a fundamentação das normas jurídicas se revestia, com lastro no carisma monárquico, de um caráter absoluto. No processo de modernização, a exigência de legitimação do direito – e, por consequência, também da polí-

tica – é um desafio oriundo das transformações da sociedade e, portanto, conectado com o modo como se vivem e se equacionam os problemas do passado, da verdade e do poder. A Modernidade introduziu um novo vocabulário político – formado por novas práticas comunicativas, novos horizontes de sentido e novos conceitos, dentre eles poder constituinte, representação, soberania, povo, revolução e, é claro, Constituição. Veremos adiante como essas mudanças aconteceram (ou começaram a acontecer) nos séculos XVII e XVIII.

Com o esvaziamento do poder divino do rei, a demanda por uma nova fonte de legitimidade para o poder e o direito – demanda que tomou corpo como uma das principais tarefas dos movimentos revolucionários – se converteu, em grande medida, na reivindicação por um novo absoluto, um substituto à altura. No entanto, tal procura estaria, desde o início, fadada ao insucesso e à frustração. Um substituto ao absoluto perdido jamais seria encontrado. E isso porque, como adverte Hannah Arendt (2006b, p. 29), “o poder condicionado pela pluralidade humana é incapaz de atingir a onipotência, e as leis originadas do poder humano nunca serão absolutas”.²

3 – O poder constituinte do povo na Revolução Inglesa

O conceito moderno de poder constituinte foi utilizado pela primeira vez na Inglaterra. Nos conflitos de meados do século XVII, o sistema constitucional inglês, baseado na centralidade da Coroa, viu acontecer uma mudança estrutural: seu eixo de sustentação foi deslocado de uma legitimidade “de cima para baixo”, fundada na vontade de Deus, para um fundamento “de baixo para cima”, com lastro no povo. Embora essa mudança não tenha levado ao fim da autoridade da monarquia, a nova maneira de enxergar o poder – que floresceu aceleradamente

2 No original: “(...) this latter part of the task of revolution, to find a new absolute to replace the absolute of divine power, is insoluble because power under the condition of human plurality can never amount to omnipotence, and laws residing on human power can never be absolute.”

entre 1640 e 1660 – impôs a necessidade de uma revisão da *narrativa sobre a autoridade política*.

A Coroa inglesa já era uma instituição que, apesar de girar em torno do mando individual do rei, não se confundia com a pessoa do monarca. A partir do século XIV, por exemplo, ao proferir o juramento feito na cerimônia de coroação, o rei prometia preservar os “direitos da Coroa” – referência que pressupunha uma separação entre as duas personalidades (Richardson, 2020, p. 135). Isso possibilitava que, na prática política, a Coroa se expressasse por intermédio de um conjunto de atores, sem que o rei precisasse desempenhar pessoalmente todas as funções: era o chamado *rei-em-conselho*, representação viva da *comunidade do reino* (Sommerville, 1999, p. 117-119). Segundo entendimento da época, o rei possuía dois corpos, um físico – natural, humano e mortal – e outro político – sobre-humano, imortal, infalível e onipotente. A Coroa materializava o corpo político, alimentando-se da ideia de que o rei era um escolhido de Deus, alguém encarregado de governar e julgar o povo e que, por sua posição, respondia apenas ao próprio Deus (Kantorowicz, 2016, p. 364-371). A afirmação do poder divino real foi uma maneira de consolidar a independência do Estado contra a dissidência política interna e a intervenção externa da Igreja Católica (Figgis, 2014, p. 89).³

No início do século XVII, o equilíbrio entre a Coroa e o Parlamento entrou em crise. Os conflitos se referiam sobretudo a discordâncias quanto à aprovação de receitas para o custeio da máquina real. Em 1629, o rei Carlos I, insatisfeito com a animosidade crescente dos Comuns,⁴ resolveu fechar o Parlamento e instalar um governo centralizado no conselho monárquico. Essa situação perdurou por onze anos. Em 1640, porém, o modelo se via esgotado. Incapaz de recuperar a arrecadação de recur-

3 Sobre as origens do caráter sagrado dos reis, ver (Bloch, 2020, p. 57-89).

4 O conceito de “comum” se consolidou na política inglesa a partir dos séculos XIV e XV, em contraposição à nobreza tradicional e a partir de uma narrativa de aproximação com “o povo ele mesmo”. Para essa história, ver (Maddicott, 2010, p. 49-56).

sos, o rei reativou o Parlamento, e os Comuns aproveitaram a conjuntura para impor uma série de condições ao funcionamento da Coroa. Um elemento relevante dessa investida política é a maneira como se encarou o problema do direito divino real: para os parlamentares, embora o rei fosse o escolhido de Deus, imune a erros e desvios, sua infalibilidade não se estendia aos conselheiros reais. Em uma ofensiva contra o conselho, mas preservando a narrativa da incolumidade do monarca, os Comuns passaram a se afirmar como guardiões autênticos da Coroa: o rei precisava ser protegido de seus ministros, e a instituição adequada para promover tal proteção só poderia ser o Parlamento. Apesar de ratificar a premissa do poder divino do rei, a lógica utilizada pelos Comuns, muito eficaz na gestão dos embates ocorridos na primeira metade da década de 1640, lançou mão de uma segunda assertiva – esta, sim, uma inovação na teologia do poder monárquico: a perspectiva de que o Parlamento estaria incumbido de salvaguardar a higidez da Coroa por ser ele o *representante autêntico do povo*. Esse argumento fez com que, após alguns anos, a própria legitimidade da Coroa passasse a ser encarada pelo prisma do povo: a ficção do direito divino foi lentamente substituída pela ficção da soberania popular (Morgan, 1989, p. 60).

Isso acirrou a contenda política. A deflagração da guerra civil – que tinha um pano de fundo religioso, uma vez que a maioria protestante, composta em especial por puritanos e calvinistas, encarava a inclinação católica de Carlos I com grande desconfiança – possibilitou a erosão (paulatina, porém consistente) da tese da intangibilidade real (Woolrych, 2002, p. 158). O vazio deixado pela ausência de um absoluto palpável foi rapidamente preenchido pela ideia de um “povo soberano” – perspectiva que, mesmo indiretamente, beneficiava sobretudo a posição do Parlamento. Henry Parker, um político e teórico importante na Inglaterra dos anos 1640, defendia que a vontade do povo sustentava tanto a autoridade do rei quanto a do Parlamento, mas era o Parlamento que de fato representava tal vontade, pois só nele se expressava a multiplicidade de vozes da sociedade. Na visão de Parker, o Parlamento seria o próprio Estado, e sua decisão uma expressão genuína da soberania (Loughlin, 2008, p. 33-35).

Entre 1640 e 1653, o Parlamento assumiu as prerrogativas governamentais. Embora os Comuns houvessem tomado posse para constituir um governo em nome do rei, o entendimento que passou a predominar foi de que, ante o furor da guerra, o Parlamento deveria reconstituir-se a si próprio, como em um novo nascimento, avocando poderes que provinham diretamente do povo. Essa conjectura, inédita até então, possibilitou que a prática de atos contrários à dinâmica constitucional vigente fosse justificada não só politicamente, mas também – o que é mais importante – juridicamente. Agindo e falando em nome do próprio povo, o Parlamento se arvorava em uma autoridade capaz de desconstituir e reconstituir o regime, isto é, um *poder constituinte*.

Em 1649, Carlos I foi julgado, condenado e executado. O episódio levou à abolição da monarquia e à fundação de um Estado republicano. Com a instalação da hegemonia parlamentar, contudo, a conexão entre Parlamento e povo passou a ser questionada. Um dos argumentos mais poderosos foi levantado por um grupo político denominado Niveladores. Segundo eles, o poder constituinte estava, sem dúvida, nas mãos do povo, mas havia uma diferença entre o *povo ele mesmo* e as instituições que o representavam, as quais seriam poderes *constituídos*. Na tentativa de equacionar a tensão entre representantes e representados, os Niveladores defendiam eleições livres e gerais e, em 1647, propuseram o *Agreement of the People*, um tipo de acordo público, que seria assinado por todos os ingleses, prevendo uma organização para o Estado e alguns direitos inalienáveis do povo, dentre eles a igualdade perante a lei e a liberdade religiosa (Foxley, 2014). Ainda que a reivindicação dos Niveladores tenha sido derrotada entre 1647 e 1649, suas ideias permaneceram vivas nos debates subsequentes, fosse pelo discurso da negação ou por um processo de revisão e atualização (Wootton, 1995, p. 414-415).

Em 1653, foi editado o *Instrument of Government*, possivelmente a primeira Constituição escrita do mundo ocidental, que estabelecia que o poder do povo se expressaria tanto por intermédio do Parlamento quanto pela autoridade do *Lord Protector of the Commonwealth*, cargo baseado nas antigas atribuições e privilégios do rei. A cadeira foi inicialmente ocupada por Oliver

Cromwell, liderança emblemática da mobilização pela República. Após sua morte, em 1658, a função foi assumida por seu filho, Richard Cromwell, mas a ausência de uma personalidade que representasse o imaginário revolucionário puritano fez crescer a (jamais derrotada) iniciativa pela restauração da monarquia. Essa iniciativa acabou vitoriosa em 1660, com a revogação do *Instrument of Government* e o retorno de Carlos II do exílio.

Em um primeiro momento, o regresso do monarca importou em um resgate do antigo firmamento constitucional, ainda calcado na teoria do direito divino do rei. Porém, o problema do povo não desapareceu por completo. Conforme teorizou o estudioso George Lawson, defensor não radical do poder do Parlamento, a soberania tinha duas dimensões, uma real (desempenhada pelo *povo ele mesmo*, o único com aptidão para definir – e transformar – as bases do governo e do Estado) e outra pessoal (exercida pelos poderes constituídos do Estado). Como a Constituição do Estado era superior às demais leis,⁵ a soberania real era também superior à pessoal. Esse pensamento foi habilmente empregado para sustentar a recuperação da monarquia, em detrimento da preeminência parlamentar, até meados dos anos 1660 (Loughlin, 2008, p. 40-41).

O cenário voltou a mudar, no entanto, em 1685, quando Carlos II faleceu. Ascendeu ao trono seu irmão, Jaime II, de orientação católica. Contra a personalidade do novo rei, aflorou um movimento político de defesa da causa protestante, nomeadamente de matriz presbiteriana, que recebeu a alcunha pejorativa de *The Whigs*. Temendo um aumento da influência católica e da perseguição contra protestantes na Inglaterra e na Escócia, os Whigs passaram a pregar a deposição de Jaime II e, com isso, forçaram a reintrodução da questão constitucional no debate público. O que desejavam, em resumo, era implementar mudanças no arranjo constitucional (de modo a viabilizar a troca do rei), sem, contudo, incitar uma reforma mais ampla. Equilibrando-se, assim, entre as forças da tradição, de cunho histórico, e da razão, de repercussões

5 Essa ideia simples, grandiosa para a época, consta expressamente de uma passagem do livro de Lawson *Politica Sacra et Civilis*, de 1660.

revolucionárias, os Whigs revitalizaram a tese de que a soberania do povo se encontrava nas mãos do Parlamento (Behrens, 1941, p. 55; Clark, 1993, p. 225-239).

Em 1688, Guilherme de Orange, casado com Maria, filha do rei, e apoiado por parte expressiva dos Comuns, invadiu a Inglaterra sob o pretexto de negociar com o sogro os termos de um governo monárquico limitado. Em reação à fuga de Jaime II, o Parlamento declarou vaga a cadeira real e, ignorando a previsão de o filho mais velho suceder o monarca fugitivo, ofereceu a Coroa a Guilherme e Maria. Essa manobra, que implicou uma ruptura com o sistema constitucional em vigor, só se fez possível pela lógica da hegemonia parlamentar, fomentada pelos Whigs e inflamada pelos segmentos contrários a Jaime II (Loughlin, 2008, p. 42). O Parlamento, dizendo-se substituto (e não mais apenas representante) do povo no exercício do poder constituinte, assumiu para si a tarefa de modelar um novo arranjo institucional. Daí em diante, a supremacia do Parlamento se transformou no principal pilar da ordem constitucional na Inglaterra – uma premissa da qual o Estado inglês nunca mais se distanciaria. Tal opção fez com que o conceito de poder constituinte do povo perdesse importância política e, após algumas décadas, desaparecesse quase completamente do cenário público. Assumindo a dupla função de guardião do reino e personificação da nação, o Parlamento acabou por “tomar” o lugar reservado ao povo no imaginário político.

4 – O conceito de revolução

Para analisarmos a Revolução Norte-Americana, entendemos necessário explicar a transformação que se operou, no século XVIII, no conceito de revolução.

Embora o vocabulário medieval contivesse os conceitos de revolta e rebelião, tais ideias em nenhum momento designaram um movimento de fundação de uma nova liberdade. As revoltas e rebeliões do mundo antigo e do medievo se baseavam, pelo contrário, na ideia de permanência, e mesmo a revolta conside-

rada justa não visava à inauguração de um novo regime de direitos, onde os oprimidos enfim tomassem o poder a que sempre se haviam submetido, mas efetivamente à mudança do governante ou do grupo de governantes que, por sua ilegitimidade ou tirania, precisava ser substituído em prol da preservação, e não da ruptura, da ordem política. Por sua vez, a revolução implica inaugurar um marco-zero renovado. No entanto, o conceito não é precisamente corolário de uma tendência de valorização da novidade; sua origem, aliás, tem um claro viés conservador. Segundo Hannah Arendt, mesmo os homens que fizeram as primeiras revoluções da era moderna, antes de iniciado o processo revolucionário, não punham muito valor em inovações ou mudanças. Na verdade, “o enorme *páthos* de uma nova era”, tanto na Revolução Francesa quanto na Revolução Norte-Americana, se materializou somente depois que os atores revolucionários “tinham chegado, muito a contragosto, a um ponto sem volta” (Arendt, 2006b, p. 32, tradução nossa).⁶

O conceito antigo de revolução, baseado na obra de Nicolau Copérnico, diz respeito ao movimento encíclico e repetitivo que os astros realizam em torno de suas próprias órbitas. A ideia indica reiteração, definitividade e uma certa circularidade que, embora dinâmica, resulta em um equilíbrio baseado no constante retorno ao ponto de partida. O primeiro uso do termo na semântica política moderna, na Inglaterra do século XVII, indica um significado metafórico muito próximo do conceito astronômico: como vimos, a Revolução Inglesa em geral – e o episódio de 1688 em particular – designou um movimento de restauração da monarquia. De onde veio, então, o uso da mesmíssima palavra para os contextos de derrubada do Antigo Regime na França e de independência das colônias inglesas na América do Norte? Esse uso tem uma razão histórica. Tanto na Revolução Francesa quanto na Revolução Norte-Americana, os atores pretendiam, corrigindo os problemas decorrentes da perturbação causada

6 Trechos retirados do seguinte excerto no original: “*The point of the matter is that the enormous pathos of a new era which we find in almost identical terms and in endless variations uttered by the actors of the American as of the French Revolution came to the fore only after they had come, much against their will, to a point of no return.*”

pelo despotismo monárquico ou pela tirania colonial, retornar aos “velhos tempos”, isto é, restabelecer a antiga ordem das coisas. No começo dos movimentos de transformação política no fim do século XVIII, a revolução significava, tal como no século XVII, um processo de retorno (Tocqueville, 2016, p. 8-12).

O conceito moderno de revolução – aquele que viria a se introjetar no vocabulário e no imaginário do mundo ocidental – depende de alguns elementos centrais: o novo início, a violência e a bandeira da liberdade. Nada disso – senão, talvez, uma certa noção de liberdade política, restrita a poucos grupos, além de momentos pontuais de violência – se fez efetivamente presente na Revolução Inglesa. Quando a palavra foi utilizada para descrever o movimento político na Inglaterra, a ênfase dada, no empréstimo que se fez da nomenclatura astronômica, esteve no aspecto da circularidade, do regresso ao ponto inicial (Pincus, 2011). A revolução como ruptura, como irrupção desconstitucionalizante que, encerrando determinado ciclo, dá início a um mundo novo, melhor e mais livre, só apareceu na Revolução Francesa, mas, diferentemente do que imaginamos a princípio, esse novo conceito também nasceu da metaforização de ideia extraída da astronomia. A diferença é que, no contexto revolucionário francês (e, a partir de uma releitura posterior, também no contexto revolucionário norte-americano), deu-se destaque não à repetição do movimento orbicular, mas à sua irresistibilidade. Da mesma maneira que o caminho percorrido pelos astros não pode ser interrompido pela ação humana, também se entendeu, em 1789, que a insurgência que havia tomado as ruas de Paris, destruído a Bastilha e libertado um grande número de presos não se restringia a uma mera revolta – um incidente que, como quis crer o rei Luís XVI, poderia ser contornado pelas forças de segurança –, mas, na verdade, a uma “correnteza” irresistível, uma “onda” maior que qualquer homem e, por esse motivo, incontrolável, inabafável e ininterrupta. A revolução – nome que, na famosa formulação do duque de La Rochefoucauld-Liancourt em resposta à exasperação do monarca francês, foi usado para qualificar a marcha popular de 14 de julho – foi vista como um “tornado” que, ganhando vida própria, engoliu seus próprios filhos. Essa ideia se fez tão forte na Revolução Francesa que, ao longo de todo o século

XIX, as insurreições e rebeliões foram sempre interpretadas como o prosseguimento da mesma – e única – revolução. É interessante que, precisamente quando o homem assumiu a centralidade linguística, cultural e social do mundo, afirmando-se como senhor da razão, da ciência e do universo, forças ingovernáveis o tenham arrastado para suas próprias trevas.

Essa grandiosidade deflagra, ainda, um modo novo de se pensar a história. O homem, que naquele contexto agarrava as rédeas do próprio destino, também – e paradoxalmente – o perdia completamente de vista, e isso porque a história o conduzia (ou, para dizer melhor, empurrava) para caminhos que ele não previra nem desejara trilhar. Essa história, que é dialética e ao mesmo tempo orientada pela necessidade, se transforma em nova história; tal transformação acontece sobretudo na Revolução Francesa (mas também, veremos, na Revolução Norte-Americana). É o movimento revolucionário francês, marcado pela instabilidade, pela violência excessiva e pelo fracasso da missão da liberdade, que acaba por deixar ao mundo moderno o legado da novidade política: o novo homem, o novo poder, o novo direito (Jaume, 1989, p. 294-300).

É bom lembrar, entretanto, que a Revolução Francesa é a revolução que deu errado. Apesar de, tanto na França quanto na América do Norte, o processo revolucionário ter se pautado pela certeza de que todo poder deriva do povo, não havia no ambiente político francês um povo efetivamente constituído. Como pontua Hannah Arendt (2006b, p. 173, tradução nossa), quando afirmavam que o povo era o senhor de todo poder, os homens da Revolução Francesa “entendiam por poder uma força ‘natural’ cuja fonte e cuja origem se situavam do lado de fora da arena política, uma força que, em sua própria violência, fora liberada pela Revolução e, como um furacão, arrastara todas as instituições do Antigo Regime”.⁷ Essa força se mostrou incapaz

7 No original: “Hence, when the men of the French Revolution said that all power resides in the people, they understood by power a ‘natural’ force whose source and origin lay outside the political realm, a force which in its very violence had been released by the revolution and like a hurricane had swept away all institutions of the ancien regime.”

de edificar um sistema duradouro que garantisse a liberdade e a igualdade. Em outras palavras, o poder desprendido pela Revolução Francesa, desgovernado na busca incansável por um substituto ao absoluto do poder divino do rei, não logrou estabelecer uma Constituição.

Já a Revolução Norte-Americana – que é curiosamente lida por parte da historiografia à luz da Revolução Francesa – é o processo revolucionário que deu certo. Apesar de suas enormes e insuperáveis contradições, o movimento libertador deflagrado na América do Norte resultou um autêntico triunfo. Houve muitas razões para isso. A principal é que, valendo-se dos espaços deliberativo-decisórios que já existiam no interior das colônias, os norte-americanos conseguiram distinguir a autoridade do poder – e assim estabeleceram, legitimada pelo venerado ato de fundação, uma verdadeira Constituição.

Contudo, antes de abordarmos o itinerário e o legado da Revolução Norte-Americana, abriremos a seguir uma breve digressão sobre a Revolução Haitiana. Apesar de, tal como na Revolução Francesa, o processo no Haiti não ter conseguido estabilizar um projeto consistente e longo de Estado constitucional, existe na “questão haitiana” um elemento crucial ao qual os outros grandes movimentos do século XVIII não deram a devida atenção. Essa inadvertência – por assim dizer – teve profundas repercussões tanto na França quanto nos Estados Unidos.

5 – A Revolução do Haiti: entre o maldito e o não-dito

A Revolução do Haiti é um processo histórico complexo e distinto, baseado na eliminação simultânea das dominações colonial e senhorial. Teve início em 1791, com as revoltas que sucederam à cerimônia no Bosque Caiman, celebração vodu em que se profetizou que lideranças negras ascenderiam ao poder na colônia francesa de Saint-Domingue. A ilha caribenha era uma das maiores “joias” da França: responsável por quase metade da produção mundial de açúcar no século XVIII, Saint-Domingue era a colônia mais rica e próspera do Caribe e a possessão

mais rentável do domínio ultramarino francês (Pons, 2012, p. 86-109). Ali teve lugar um grande movimento revolucionário ao mesmo tempo contra o controle metropolitano e a escravidão. A importância do acontecimento é difícil de mensurar, pois nele se expressou uma reivindicação singular por liberdade: uma luta não apenas por independência política, pelo fim dos privilégios feudais, ou pela emancipação social, mas uma luta, também, pela liberdade em seu sentido mais bruto: o comando do homem sobre o próprio corpo e a própria vida, em oposição aos efeitos nocivos da diáspora africana. Não há dúvidas, portanto, de que a Revolução Haitiana oferece uma contribuição à semântica política moderna para além das heranças da Revolução Francesa e da Revolução Norte-Americana (James, 1989).

Ainda, recuperar a história da Revolução do Haiti, sobretudo em vista do modo como a Europa e o restante das Américas escolheram assimilar a experiência haitiana, nos ajuda a compreender as contradições do legado da Revolução Norte-Americana.

O processo no Haiti foi sangrento e acidentado. Nos primeiros anos de revoltas, milhares de *plantations* foram queimadas e dezenas de milhares de homens e mulheres brancas foram executadas. A violência não era exatamente uma novidade na ilha. No Antigo Regime, fervilhavam em Saint-Domingue revoltas e conflitos os mais diversos, o poderio colonial dos senhores brancos era mantido sobretudo pela força e, segundo se dizia à época, os proprietários de terras na colônia “andavam sobre barris de pólvora” (Hazareesingh, 2021, p. 21). Nesse ambiente fervente, a “explosão” de 1791 emergiu intensa e cruenta. Sob a liderança de Toussaint Louverture, o movimento nasceu animado, porém ambíguo; embora mirassem a independência da colônia, os revolucionários mantiveram o vínculo com a França, mesmo após a abolição da escravidão, que se deu em 1794 (Hazareesingh, 2021, p. 243-277; Fick, 1990, p. 34-88). A primeira Constituição, ainda sob domínio colonial, foi promulgada em 1801. Após a prisão de Louverture em 1802, Napoleão decretou a volta da escravidão nas possessões francesas, provocando uma insurreição unificada dos diversos grupos de negros e mulatos em Saint-Domingue. A independência do Haiti

foi proclamada em 1804 por Jean-Jacques Dessalines (que se impôs como o imperador da ilha) e, em 1805, foi outorgada a primeira constituição do estado independente. Não obstante isso, os conflitos persistiram, não apenas para o extermínio da população branca restante, mas por conta também de desavenças entre os segmentos que se haviam assenhoreado da política nacional (Dubois, 2005, p. 209-230).

A independência do Haiti foi reconhecida pela França em 1825, mediante o pagamento de uma impactante indenização. Em 1826, foi implantado um Código Rural, que regulamentou a concentração da posse da terra e o controle do trabalho. Embora tenham atuado como protagonistas do movimento revolucionário, os escravos, que representavam mais de 80% da população antes da insurreição, continuaram submetidos a um sistema social opressivo e hierarquizado, ainda que modificado. Isso porque, com a estabilização do novo regime, a elite branca foi substituída pela prevalência política e social dos livres “de cor”, isto é, pelos negros e mulatos que já eram livres antes da Revolução (Morel, 2017, p. 114-115). Essa situação inviabilizou a estabilização de um regime garantidor da liberdade e da igualdade. Paradoxalmente, foi precisamente a ideia de liberdade que possibilitou que, a despeito das inúmeras constituições produzidas a partir da revolução, em todas elas se destacasse, de forma pioneira no mundo ocidental, um veemente repúdio à escravidão e à sujeição racial, sob qualquer formato ou pretexto (Morel, 2017, p. 123-130).

Dada essa sua singularidade, seria de se esperar que a Revolução Haitiana repercutisse largamente no ambiente político da modernidade. Com efeito, foram muitas as repercussões do acontecimento, tanto nas Américas quanto na Europa e na África, mas elas nem sempre acompanharam a lógica de amplificação dos ideais emancipatório e abolicionista. Ao contrário, em um primeiro momento, o processo no Haiti levou ao fortalecimento das relações escravistas em diversas regiões americanas, sobretudo nas colônias exportadoras de cana-de-açúcar e café, a exemplo do Brasil, que se viram beneficiadas pela quebra da economia agrícola haitiana e pela conseqüente valorização dos mencionados produtos no mercado internacional. Essa conjun-

tura fez, ainda, com que muitos desses lugares postergassem o encerramento do tráfico negreiro, não obstante tenha a Inglaterra determinado o fim da prática em 1807, pressionada especialmente pelo contexto haitiano (Pons, 2012, p. 222-225).

Os ecos da Revolução, no entanto, não se limitaram a isso. Na França, que se via mergulhada em seus próprios debates e embates políticos, o chamado “modelo haitiano” – referência a um projeto revolucionário de realização concomitante da independência nacional e da abolição da escravatura – foi discutido e analisado. A experiência da resistência e do levantamento negros serviu de parâmetro e lição para estudos e iniciativas voltadas à ampliação da liberdade, impactando positivamente – embora tardiamente – o abolicionismo nas Américas. Por outro lado, foi difundida a perspectiva de que a ocorrência revolucionária haitiana deveria ser repreendida e negada.

Exemplo disso é a reflexão do abade Dominique-Georges-Frédéric De Pradt, teórico da Revolução Francesa que muito influenciou a independência das colônias europeias nas Américas, em especial a do Brasil (Morel, 2016, p. 112-129), e um dos intelectuais que mais se debruçaram sobre o “problema de Saint-Domingue”. Sua famosa teoria das “três idades coloniais” sinalizava que as colônias de domínio europeu, assim como os seres humanos, precisariam passar por três momentos de desenvolvimento: o início da vida, em que os laços de dependência para com a pátria-mãe se faziam mais fortes; o amadurecimento, uma espécie de preparação, com a ajuda da metrópole, para a vida independente; e, por fim, a separação final. Embora defendesse o fim do arranjo colonial, De Pradt pregava a necessidade de uma emancipação preparada e negociada, mediante reformas graduais e sem grandes rupturas. Refutava, assim, os pensadores franceses – em particular o abade Guillaume-Thomas Raynal, seu precursor – cujo entusiasmo revolucionário, no seu entender, havia estimulado os excessos e os fracassos da radicalização política. Obcecado pelo contraexemplo da Revolução Haitiana, De Pradt formulou, posteriormente, uma reflexão sobre como tratar o legado dos “rompantes insurrecionais” que haviam atravessado a ilha de Saint-Domingue. Segundo ele, para evitar que o caso

do Haiti fosse usado como modelo para sublevações futuras, era fundamental assumir duas posturas, a rejeição da repetição dos horrores e a ocultação das possibilidades revolucionárias. Em síntese, propunha o *maldito* – maldizer o extremismo e a violência – e o *não dito* – ocultar o exemplo haitiano de libertação e fundação de uma nova liberdade (Morel, 2017, p. 149-164). Execrar e ignorar, condenar e encobrir, amaldiçoar e esquecer, essa foi a fórmula que, com enorme eficácia, impôs ao legado da Revolução Haitiana uma sentença de desprezo e obliteração.

Não por menos, o prisma revolucionário da abolição da escravidão reverberou com força menor do que outros postulados e ideais no cenário político da primeira metade do século XIX. Apesar de o Haiti ter drasticamente afetado a política nos Estados Unidos, interna e externamente (Reinstein, 2013, p. 141-259), o posicionamento de negação do valor do modelo haitiano – posicionamento esse que, a despeito de certa revisão empreendida a partir dos anos 1980, influi até hoje na historiografia sobre as revoluções do século XVIII – impediu que os conceitos modernos de revolução e Constituição assumissem, na largada, uma substância efetivamente liberal. Em outras palavras, a perspectiva de maldizer e ignorar a experiência revolucionária haitiana, perspectiva que repercutiu muito nos Estados Unidos – em especial nos estados do Sul, onde a maior parte dos brancos fugidos da Revolução Haitiana se instalou –, impediu que a lição emancipatória de um movimento negro pela abolição da escravidão ecoasse mais fortemente no ambiente político norte-americano. Essa situação fortaleceu o caráter contraditório do legado da Revolução Norte-Americana.

6 – O itinerário da Revolução Norte-Americana

O prisma político do rei-no-Parlamento – ou, conforme já conceituamos, da ficção da supremacia do Parlamento (como metonímia da soberania do povo) em substituição à ficção do poder divino do monarca – impedia que se concebesse uma lei inconstitucional. Se o Parlamento era o senhor da política, e se ele havia, de maneira muito bem-sucedida, encarnado (e,

com isso, feito desaparecer) a noção de um poder constituinte do povo, a Constituição inglesa, o conjunto de princípios não escritos que ditavam a organização do Estado e da sociedade na Inglaterra, tinha, na verdade, o conteúdo que o próprio Parlamento lhe atribuía. Por essa razão, uma lei inconstitucional, isto é, uma lei contrária à Constituição, resultava uma contradição performativa, uma impossibilidade lógica.

Essa maneira de pensar o direito, que passou a definir a política inglesa, foi posta em revisão nas colônias da América do Norte, em especial a partir da década de 1760. No enfrentamento de discussões e conflitos pontuais com a metrópole, os colonos começaram a avaliar a necessidade de um novo conceito de Constituição, que traduzisse um conjunto de princípios limitadores da atividade das instituições. As consequências dessa mudança seriam decisivas, a ponto de John Adams, lembrando o primeiro registro, de 1761, em que a nova ideia foi sustentada, identificar tal momento como o do “nascimento da Independência” (Bailyn, 2017, p. 176).

A mente precursora da nova concepção de Constituição foi James Otis, político de Massachusetts. De acordo com ele, a Constituição que regia o mundo inglês era uma norma jurídica hierarquicamente superior às demais e, por tal motivo, qualquer lei que a contrariasse seria inválida. No conflito entre a Constituição e a lei, deveria prevalecer, sem exceção, a norma constitucional. Na eventualidade de um conflito dessa natureza surgir – como na hipótese concreta de a metrópole instituir tributação sobre as colônias sem permitir que representantes coloniais assumissem assentos no Parlamento –, caberia aos juízes e tribunais – ou seja, ao Poder Judiciário – tornar inaplicável a lei inconstitucional (Otis, 2015, p. 196-322; Bailyn, 2017, p. 177-181). A Constituição consistia, portanto, em um panorama normativo superior às instituições do Estado, e, por esse motivo, a imposição de cobranças tributárias pela metrópole inglesa sem que as colônias estivessem representadas no Parlamento resultava um ato de tirania. Para Otis, não poderia haver tributação sem representação; entender de modo diverso, como desejava impor a Inglaterra, implicava uma violação à Constituição inglesa. Embora com um

início trôpego e contraditório, esse modo de analisar as coisas logo se alastrou entre os colonos, reverberando em cartas, petições e panfletos. Como ocorreu com outras mudanças derivadas do processo revolucionário, a transformação conceitual partiu de uma realocação de ênfase e culminou em uma contribuição inédita ao vocabulário político: de uma Constituição garantidora dos direitos naturais dos cidadãos e *guardada pelo Parlamento* para uma Constituição garantidora dos direitos naturais dos cidadãos *imposta em face do Parlamento* (Bailyn, 2017, p. 184).

A insatisfação das colônias, que cresceu em largura e profundidade ao longo da década de 1760, causou perplexidade à metrópole. Rebeliões e insurgências eram eventos comuns em contextos de opressão acentuada, quando os oprimidos, por razões políticas ou sociais, se viam impelidos à *violência da ação* em reação à *violência da inércia* do sistema opressor (Arendt, 2006b, p. 16-17). Não era esse, porém, o caso dos homens da América do Norte. Usufruindo de liberdades que, como eles próprios reconheciam, possivelmente nenhum outro povo no mundo ocidental vivenciava à época, gozando de um invejável progresso social e de relativa estabilidade econômica, e distantes do regime arcaico de classes e estamentos feudais que ainda dominava os reinos europeus, os colonos, na visão da Inglaterra, tinham pouco ou nada de verdadeiramente substancial a reivindicar ou contestar. Na verdade, o que os moveu foi uma luta *antecipada* contra a tirania. Segundo escreveu o jurista John Dickinson em 1768, a maioria das nações precisava sentir o despotismo antes de pensar sobre ele; os políticos e intelectuais norte-americanos, contudo, mostraram-se capazes de pensar o despotismo antes de senti-lo, adiantando-se à luta e neutralizando a possibilidade da opressão, exatamente porque conheciam a fundo seus direitos e os limites do poder (Dickinson, 1999, p. 50).

A fonte desses direitos e limites era, no entender deles, a Constituição inglesa. Produto da iluminação racional humana e fiel aos propósitos essenciais da natureza e de Deus, a Constituição inglesa representava, para o imaginário colonial, um acontecimento formidável e definitivo; por meio dela se haviam concretizado a edificação e o funcionamento do sistema político

inglês, o mais avançado e livre de toda a história. Influenciados pelo pensamento político dos Whigs, os colonos se sentiam responsáveis pela guarda do regime constitucional inglês e estavam dispostos a defendê-lo até mesmo contra os próprios ingleses (Wood, 1998, p. 10-17).

Imbuídos dessa e de outras certezas, compartilhando teorias e ideologias, orientados pela defesa da liberdade, mas também pautados pela busca da felicidade e do bem comum, os homens da América do Norte fizeram uma revolução que, durante um longo começo, teve por principal arena o plano das ideias.⁸ Em correspondência a Thomas Jefferson, John Adams anotou que “a Revolução estava na mente das pessoas, e assim ela aconteceu, de 1760 a 1775, no decurso de quinze anos, antes que uma gota de sangue fosse derramada em Lexington” (Bailyn, 2017, p. 1).⁹ Traçamos a seguir uma retrospectiva dessa história, para explicar como a insatisfação colonial desembocou em um contributo inegável – indiscutivelmente relevante, embora não sem contradições – ao direito e à política na Modernidade: o conceito de Constituição.

Em 1765, com a aprovação do *Stamp Act* – lei que instituíu tributo sobre o uso de papel timbrado produzido na Inglaterra, obrigatório para impressões realizadas na América do Norte –, inúmeras petições de repúdio, pedindo a revogação da obrigação, foram endereçadas ao rei. O núcleo das manifestações indicava uma leitura específica da Constituição inglesa: conforme defendera James Otis, os colonos, sendo cidadãos ingleses, só poderiam ser tributados mediante seu próprio consentimento, situação a exigir que seus representantes eleitos participassem de quaisquer decisões que implicassem instituição de tributos.

8 As origens ideológicas da Revolução Americana estão mais próximas de um republicanismo cívico do que propriamente de um liberalismo. Sobre isso, ver (Bailyn, 2017, p. 230-319). Para a influência do pensamento iluminista na América do Norte, ver (Pocock, 2016b).

9 No original: “The revolution was in the minds of the people, and this was effected, from 1760 to 1775, in the course of fifteen years before a drop of blood was shed in Lexington.”

A Coroa, por sua vez, ignorou essas reclamações. Entre 1767 e 1768, o Parlamento passou as *Townshend Acts*, estabelecendo como inequívoco o direito da metrópole de tributar as colônias. A medida levou a uma crescente ebulição, com rebeliões e conflitos pipocando em diversos pontos da Pensilvânia, de Nova York, da Virgínia e de Massachusetts, a exemplo do massacre de Boston de 1770 (McCullough, 2001, p. 17-77).

Em maio de 1773, o Parlamento inglês aprovou a *Tea Act*, que isentava a Companhia Britânica das Índias Orientais de pagar tributo de exportação sobre o chá vendido nas colônias, embora tal obrigação continuasse a onerar os importadores coloniais. O objetivo da lei era reduzir o contrabando de chá na América do Norte e, ao mesmo tempo, desovar os carregamentos da Companhia Britânica, que estragavam retidos nos armazéns de Londres. Indignados, os colonos emitiram novas petições e manifestações de repúdio, e em alguns lugares foi debatida e aprovada a estratégia de boicotar o chá vendido pela Companhia. Em 16 de dezembro, um movimento liderado pelo grupo *Sons of Liberty* destruiu, lançando ao mar, um carregamento inteiro de chá que acabara de chegar ao Porto de Boston. O episódio teve um enorme impacto político. Depois dele, o ato de tomar chá passou a ser visto nas colônias como sinônimo de traição, e o consumo da bebida caiu drasticamente (Breen, 2005, p. 41). Em carta à sua esposa Abigail, John Adams narrou, em julho de 1774, que, após cavalgar por 35 milhas, chegou a uma hospedaria e perguntou à dona se ela poderia lhe servir uma xícara de chá, contanto que se tratasse de produto “honestamente contrabandeado” e, por tal razão, imune de tributação. A senhora respondeu que não, que seu estabelecimento havia renunciado a todo e qualquer tipo de chá, mas que ele poderia, se quisesse, tomar uma xícara de café. “Desde então, tenho tomado café todas as tardes, e a substituição me parece bastante aceitável”, escreveu Adams. “O chá deve ser abolido universalmente. Eu preciso fazer o desmame; quanto antes, melhor.” (Adams; Adams, 2010, p. 82).¹⁰

10 No original: “When I first came to this house, it was late in the afternoon, and I had ridden 35 miles at least. ‘Madam’, said I to Mrs. Huston, ‘is it lawful for a

O “desmame do chá” se revelou uma metáfora revolucionária: dizia respeito não apenas ao hábito de beber chá, mas a algo muito maior – a conexão com a “mãe” Inglaterra. A aceleração do tempo político nas colônias levou, progressivamente, a uma mudança de perspectiva sobre o vínculo metropolitano. Essa mudança demorou, no entanto, alguns anos para se assentar. No início do conflito, a ideia de romper com a metrópole foi defendida quase exclusivamente por segmentos políticos radicais (Arendt, 2006b, p. 34). Em meados dos anos 1770, entretanto, esse cenário viveu uma profunda mudança.

Em resposta às *Intolerable Acts*, leis criadas pelo Parlamento inglês para punir a rebelião no Porto de Boston, representantes de 12 das 13 colônias se reuniram, de setembro a outubro de 1774, no Primeiro Congresso Continental. Buscando uma ação coordenada face ao que denominavam de “despotismo inglês”, os colonos decretaram um amplo boicote contra o comércio proveniente da Inglaterra e redigiram um apelo ao rei, exigindo a aplicação da Constituição. Como o apelo não surtiu qualquer efeito, após as batalhas de Lexington e Concord – consideradas o início da violência aberta na Revolução Norte-Americana (Pocock, 2016a, p. 267) –, foi estabelecido o Segundo Congresso Continental, a partir de maio de 1775, dessa vez com a participação de todas as 13 colônias. Em 4 de julho de 1776, foi declarada a independência das colônias.

Isso detonou um surto constituinte. As novas repúblicas elaboraram cada uma a sua própria Constituição – “treze relógios batendo ao mesmo tempo”, como descreveu John Adams: um forte sinal de que a concepção de Constituição como *lei maior do ordenamento* estava definitivamente arraigada na cultura política dos norte-americanos (Arendt, 2006b, p. 132; Wood, 1998, p. 125). Ato contínuo, reconhecendo a necessidade de, ainda que separadas, viverem em concertação de interesses e objetivos,

weary traveler to refresh himself with a dish of tea provided it has been honestly smuggled, or paid no duties?’ ‘No, sir’, said she, ‘we have renounced all tea in this place. I can’t make tea, but I’ll make you coffee’. Accordingly, I have drunk coffee every afternoon since, and have borne it very well. Tea must be universally renounced. I must be weaned, and the sooner, the better.”

estatuíram, em novembro de 1777, os *Articles of Confederation and Perpetual Union*, um acordo que preservava a soberania e a independência das repúblicas, porém estabelecia um governo central responsável por tocar assuntos de âmbito externo, como a guerra, o comércio internacional e a relação com os nativos americanos. A intenção era os governos permanecerem minimamente unidos, mas a fragilidade inicial do poder central colocou tudo a perder. Em pouco tempo, rebeliões e levantes mostraram às lideranças locais a insuficiência da confederação.¹¹ Diante disso, as repúblicas formaram delegações para, em uma nova convenção realizada na Filadélfia, discutir a reforma dos *Articles of Confederation*. A presença de personalidades que haviam se notabilizado na guerra contra os ingleses, com destaque para o general George Washington, possibilitou que, a despeito da irregularidade desse novo encontro, agendado em desrespeito ao procedimento revisional previsto nos *Articles*, fosse travado um amplo e expressivo debate (Chernow, 2010, p. 520-532).

A Convenção operou de 25 de março a 17 de setembro de 1787. Não obstante o desejo inicial dos delegados fosse debater melhorias na organização confederativa, as primeiras sessões deixaram rapidamente evidente a urgência de se estabelecer um novo governo central, mais robusto e poderoso. A ideia foi defendida sobretudo por James Madison, delegado da Virgínia, e Alexander Hamilton, representante de Nova York (Wood, 1998, p. 472). Sob a presidência de Washington, a Convenção avançou erraticamente, titubeando em momentos nos quais, aos olhos assustados dos delegados, pareceu iminente a instalação do caos e da desunião. Dois pontos foram particularmente controvertidos. O primeiro foi a *questão representativa*. Madison defendia que as eleições para o Congresso fossem diretas e proporcionais à população de cada estado; os estados mais populosos teriam, assim, um número maior de representantes no Parlamento. Todavia, os estados menos populosos se recusaram a aceitar tal proposta, argumentando que o arranjo os sujeitaria à “intervenção despótica de autoridades exteriores”.

11 A mais relevante das insurgências foi a chamada Rebelião de Shays, ocorrida no oeste de Massachusetts. Ver em (Chernow, 2010, p. 517).

A solução foi um Poder Legislativo bicameral que contemplasse duas regras distintas de investidura: a Câmara dos Deputados, composta por representantes do povo (cujo número variaria de estado para estado segundo a população), e o Senado, composto por um número fixo de representantes para cada estado (Ketcham, 2003, p. 74-92).

O segundo ponto – e certamente o mais polêmico e impactante – foi o *problema da escravidão*. Os estados do Sul sustentaram a necessidade de manutenção do sistema escravagista, o qual, segundo eles, era crucial para o modelo econômico que implementavam, e ameaçaram abandonar a Convenção caso a questão fosse abordada em sentido contrário. O contratempo lançou luzes sobre a hipocrisia da Revolução. Poucos anos antes, durante a luta contra a Inglaterra, os colonos haviam reiteradas vezes usado a ideia da escravidão para ilustrar a situação injusta em que se encontravam sob o jugo da opressão metropolitana. Vencida a guerra, o argumento da liberdade e o prisma, plasmado na Declaração de Independência, de que “todos os homens nascem iguais” passaram a retumbar como sirenes no interior da sociedade norte-americana: como era possível que a luta pela liberdade convivesse com a escravização de homens e mulheres negras? O movimento abolicionista cresceu nos anos 1770 e 1780. Na visão de James Otis, Samuel Cooke e Thomas Hutchinson, a enorme contradição diminuía o poder da causa libertadora: a escravidão negra era para eles uma chocante violação do direito natural e da vontade de Deus (Bailyn, 2017, p. 232-246). Apesar disso, a Convenção, querendo preservar a adesão dos Estados sulistas à Constituição, anuiu com a possibilidade do regime escravocrata. Os delegados concordaram que a palavra não seria mencionada no texto constitucional, dando lugar a eufemismos. Com relação à dúvida sobre como computar os escravos para fins de cálculo do número de representantes de cada estado na Câmara dos Deputados, formulou-se a infame regra dos três quintos: um escravo corresponderia a três quintos de um homem na contagem geral da população. Essas soluções contaminaram, logo na origem, a higidez do constitucionalismo norte-americano. Segundo disse o abolicionista William Lloyd Garrison, a Constituição dos Estados Unidos resultou, antes

de mais nada, de “um pacto com a morte e um acordo com o inferno” (Chernow, 2010, p. 536-537).¹²

Com essas disfunções e incongruências, o documento foi promulgado em 28 de setembro de 1787, sendo então submetido a um longo rito de ratificação pelos estados. Sua vigência efetiva teve início em 4 de março de 1789. A Constituição nasceu mergulhada em problemas, muitos dos quais, embora aparentemente resolvidos, voltariam às margens da política para assombrar as gerações futuras. O exemplo mais evidente é, mais uma vez, o da escravidão, a maior e mais tormentosa questão a compor o debate público estadunidense no século XIX. Esses obstáculos não impediram, entretanto, que a promulgação da Constituição inaugurasse um novo tempo de estabilidade política: a Revolução Norte-Americana logrou chegar a um desfecho sem devorar seus próprios filhos.

7 – O legado da Revolução Norte-Americana

A Revolução Norte-Americana deixou algumas lições para o mundo moderno. Em primeiro lugar, a convicção de que a libertação é inútil se não vier acompanhada da fundação da liberdade. A libertação é, em regra, um ato orientado pela violência: rompendo com as amarras da opressão, os homens reivindicam uma nova posição no mundo, invertem e esticam a política para colocá-la em outros trilhos. Nesse sentido, a libertação está mais próxima da guerra, embora seja, evidentemente, uma etapa necessária do processo revolucionário. Por outro lado, a revolução exige a deflagração de um novo regime político e, por isso, não se resume à violência nem se encerra com a libertação. Para completar seu ciclo, a revolução precisa *constituir* uma nova liberdade. Os colonos da América do Norte entenderam isso, apesar de seus erros e contradições. Em 1787, Benjamin Rush escreveu que

não há nada mais comum do que confundir o fim da Revolução Americana com o fim da Guerra Americana.

12 Para uma crítica abrangente do constitucionalismo estadunidense, ver (Meyer, 2018, p. 9-32).

A Guerra está encerrada, mas isso não significa que a Revolução tenha também acabado. Pelo contrário, nada além do primeiro ato dramático está terminado. Resta, ainda, estabelecer e aperfeiçoar novas maneiras de governar (Niles, 2018, p. 398).¹³

Essa primeira convicção – de que a libertação e a revolução têm meios e propósitos distintos – foi acompanhada por uma segunda, igualmente relevante: a certeza de que a política moderna depende da emergência e da permanência de uma Constituição. Com o desaparecimento do absoluto no cenário público, com o colapso da monarquia e o esgotamento do poder divino do rei, a nova política – que é republicana e garantidora da liberdade – precisa estar limitada pela Constituição; essa nova política só será de fato *política*, e não *tirânica*, se sua operação estiver baliçada pelos pilares do constitucionalismo: o Estado de Direito, a separação dos poderes e a proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, afirmou John Adams que “nem a moral, nem as riquezas, nem a disciplina das tropas, nem tudo isso combinado funcionará sem uma Constituição” (Arendt, 2006b, p. 133).¹⁴

Além disso, o êxito da Revolução é tributário da capacidade dos norte-americanos de isolar a autoridade política, distinguindo-a e separando-a do poder representativo. Eis o “milagre que salvou a Revolução Americana”, impedindo que, terminada a guerra contra os ingleses, as ex-colônias sucumbissem à anarquia, ao caudilhismo ou a conflitos fratricidas. Esse “milagre”, no entanto, só se fez possível, porque as colônias da América do Norte souberam usufruir de sua experiência com a política dos pequenos grupos, feita de baixo para cima, uma experiência de deliberações tomadas pela lógica da promessa e do pacto e disseminada nos inúmeros corpos políticos cujo funcionamento já se encontrava

13 No original: “(...) there is nothing more common, than to confound the term of American Revolution with those of the late American war. The American war is over: but this is far from being the case with the American Revolution. On the contrary, nothing but the first act of the great drama is closed. It remains yet to establish and perfect our new forms of government”.

14 No original: “neither morals, nor riches, nor discipline of armies, nor all these together will do without a Constitution”.

azeitado na prática social. Incompreensível para os europeus da época, essa bagagem revelava “um país completamente articulado – de províncias ou estados até cidades e distritos, municípios, vilarejos e condados – em corpos plenamente constituídos, cada um formando sua própria comunidade” (Arendt, 2006b, p. 167).¹⁵

A Revolução Inglesa foi um processo direcionado à restauração. Embora com mudanças e transformações, os ingleses promoveram um movimento circular de retorno à monarquia: uma monarquia modificada, assentada sobre novas bases, porém uma monarquia. As revoluções do século XVIII, no entanto, basearam-se em um novo vocabulário político. Na Revolução Norte-Americana e na Revolução Francesa, o curso revolucionário esteve dirigido não a um retorno, mas ao rompimento com o regime anterior e à inauguração de uma nova ordem.

Os norte-americanos e os franceses concordavam quanto ao propósito da revolução – fundar a liberdade e instaurar a república –, mas pareciam divergir sobre um elemento fundamental: a impossibilidade de a própria revolução fundar, instaurar, constituir qualquer coisa. Na Revolução Francesa, prevaleceu a concepção de que o processo revolucionário seria um fim em si mesmo. Em busca de um novo absoluto que substituísse o carisma da monarquia, os franceses se negaram a encerrar a revolução, temendo que esse encerramento significasse o desaparecimento da nação e o conseqüente esvaziamento de seu poder legitimador. Nenhuma instância ou instituição foi capaz de reunir autoridade suficiente para estabelecer a lei, porque, na visão dos revolucionários, faltava a elas o poder de constituir (Arendt, 2006b, p. 155). Na América do Norte, por outro lado, venceu o entendimento de que a revolução, mesmo superando a guerra, precisava terminar. O processo revolucionário chegou a um desenlace com a aprovação da Constituição e, uma vez acabado, passou a viver no imaginário político como *ato de fundação*. A Constituição dos Estados Unidos é encarada, assim, como

15 No original: “(...) a country which was articulated from top to bottom – from provinces or states down to cities and districts, townships, villages, and counties – into duly constituted bodies, each a commonwealth of its own (...)”.

um projeto *do passado para o futuro*, e a fundação, marcada no tempo, transmite às gerações futuras a tarefa de honrar e atualizar esse projeto. O poder do Estado republicano, exercido dali em diante nos termos da Constituição, é ao mesmo tempo legitimado e limitado pela autoridade de sua origem fundacional (Oliveira, 2020, p. 401-402; Oliveira; Gomes, 2020, p. 205).

O constitucionalismo se estabelece como um novo modo de pensar o direito e a política. A Constituição moderna – um documento escrito, produzido mediante um ato soberano do poder constituinte originário, dotado de superioridade face às demais leis, que organiza os poderes do Estado e estipula os direitos fundamentais – é uma conquista de especial importância, uma vez que possibilita conciliar a alocação do povo como fonte de legitimidade e o exercício do poder por intermédio de instituições representativas. Autoridade e poder, soberania e representação, poder constituinte e poderes constituídos, o que ao mesmo tempo separa e une essas dimensões – e, nessa dialética, torna possível viver politicamente – é a Constituição. Ademais, foi também nos Estados Unidos que se consolidou a ideia de que, em função de traduzir a matéria essencial do Estado – suas possibilidades e seus limites –, a Constituição precisa ser guardada e protegida por uma instância externa à política. Como vimos na argumentação desenvolvida por Hamilton no *Federalista* nº 78 – posteriormente solidificada e expandida em decisões da Suprema Corte norte-americana –, essa instância, nos Estados Unidos, é o Poder Judiciário.¹⁶

No entanto, a herança da Revolução Norte-Americana deve ser dimensionada de maneira adequada. Em primeiro lugar, apesar de significativos, os legados da supremacia constitucional e do controle judicial de constitucionalidade não foram planejados ou previstos pelos revolucionários da América do Norte (Pinto, 2004, p. 146-167). São, ao contrário, construções que, embora acionadas por esses homens, impuseram-se por conta

16 O marco inicial desse processo de solidificação e expansão é *Marbury v. Madison*, caso julgado pela Suprema Corte em 1803. Para uma abordagem crítica do julgamento, ver (Godoy; Chueiri, 2017).

própria como avanços triunfantes, e assim o fizeram a despeito da vontade predominante na época e, muitas vezes, contra ela. Em segundo lugar, junto ao espólio das liberdades, da organização e da limitação do poder político, da afirmação da igualdade entre os homens e da estabilização do governo representativo pela separação entre poder e autoridade, ficaram também as feridas abertas da escravidão e da segregação racial. Esses problemas, tão decisivos quanto aterradores, iluminam a vitória do pensamento capitalista sobre o ideário liberal, isto é, deixam claro o caráter profundamente antiliberal da Revolução. Coube aos séculos XIX e XX, herdeiros ao mesmo tempo das promessas e das frustrações, lidar com essa contradição e, honrando o espírito revolucionário, buscar superá-la.

8 – Conclusão

A construção das ideias modernas de Constituição e poder constituinte segue um percurso acidentado e repleto de reviravoltas políticas. Neste trabalho, buscamos recuperar a história dos debates conceituais que aconteceram na Inglaterra do século XVII e na América do Norte da segunda metade do século XVIII. Demonstramos que, no contexto da restauração da monarquia inglesa, a ficção política da soberania do povo – e, por conseguinte, do poder constituinte do povo – foi lentamente suplantada pela ficção da supremacia do Parlamento. Embora tenha se prestado a iniciar um longo e complexo processo de racionalização e limitação do poder, sob essa nova lógica, nenhuma lei aprovada pelo Parlamento poderia ter sua constitucionalidade questionada. A revisão foi feita pelos colonos da América do Norte, os quais, insatisfeitos com a imposição de tributação e a falta de representação colonial no Parlamento, lutaram pelo reconhecimento de seus direitos constitucionais e, posteriormente, de sua independência. A promulgação da Constituição dos Estados Unidos marca a fundação de um projeto político de longo prazo – um ato que dá vida aos ideais de igualdade e liberdade e, dando vazão à pretensão de edificar uma nova ordem, estabelece uma narrativa que, ao mesmo tempo encerrada em um momento específico e aberta à revisão das gerações futuras, legitima o direito e o poder.

Entretanto, o constitucionalismo norte-americano nasce imerso em problemas e contradições, dentre os quais merece realce a tolerância com a escravidão negra.

Sobre essas contradições, antes de finalizar, entendemos necessário tecer uma última consideração. Para a compreensão da tensão que, oriunda das discussões na Revolução Inglesa e na Revolução Norte-Americana, define a Constituição moderna, é fundamental acrescentar à reflexão uma variável até então deixada de lado: a lógica capitalista, ou, em outras palavras, a imposição da autovalorização do capital. Quem analisa o problema da Modernidade sob esse prisma é David Gomes. Segundo ele, a Modernidade consolida o modo de produção capitalista, fundado na alocação da troca (entre capital e força de trabalho) como momento necessário da produção, e impõe a autovalorização do capital como critério organizacional da vida social. No entanto, a essa imposição emerge uma reação da sociedade, por meio da liberação de uma potencialidade comunicativa que torna possível estabilizar expectativas normativas baseadas na igualdade. Em resumo, a Modernidade expressa a tensão entre “o domínio do imperativo de autovalorização do capital” e “as expectativas normativas igualitárias oriundas de um mundo da vida estruturado comunicativamente” (Gomes, 2020, p. 259-267).¹⁷ Gomes explica que, além de ser um documento escrito supralegal, oriundo do poder constituinte originário, que organiza o Estado e estabelece os direitos básicos, a Constituição incorpora tanto os meios para a imposição da autovalorização do capital quanto as soluções comunicativas de realização da igualdade (Gomes, 2020, p. 268-269). Como vimos, isso fica evidente nos debates da Revolução Inglesa e da Revolução Norte-Americana, notadamente no que respeita à institucionalização da escravidão.

A articulação entre essas dimensões revela as faces do constitucionalismo e define sua herança complexa e multifacetada: a violência, a discriminação, a perpetuação da desigualdade, mas também a emancipação política, a proteção das minorias, o

¹⁷ Sobre a experiência constitucional brasileira, ver (Gomes, 2019).

combate à pobreza. Controle e emancipação, violência e proteção, subordinação e liberdade, eis a eterna contradição humana.

9 – Referências

ADAMS, John; ADAMS, Abigail. **My dearest friend: letters of Abigail and John Adams**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

ARENDDT, Hannah. **Between past and future**. New York: Penguin Books, 2006a.

ARENDDT, Hannah. **On revolution**. New York: Penguin Classics, 2006b.

ARIÈS, Philippe. **O homem diante da morte**. Trad. Luiza Ribeiro. São Paulo: Unesp, 2014.

BAILYN, Bernard. **The ideological origins of the American Revolution**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2017.

BEHRENS, Catherine Betty. The Whig theory of the constitution in the reign of Charles II. **Cambridge Historical Journal**, v. 7, n. 1, p. 42-71, 1941.

BREEN, Timothy H. **The marketplace of Revolution: how consumer politics shaped American independence**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

BLOCH, Marc. **Os reis taumaturgos**. Trad. Laurent de Saes. São Paulo: Edipro, 2020.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Tempo cairológico da Constituição e democracia sem espera: uma reflexão a partir da crítica aos discursos sobre a transição política, do resgate da memória do processo constituinte e da legitimidade da Constituição brasileira trinta anos depois. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 381-413.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; GOMES, David Francisco Lopes. A Constituição entre o direito e a política: novas contribuições para a teoria do poder constituinte e o problema da fundação moderna da legitimidade. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 191-218.

CLARK, Jonathan C. D. **The language of liberty (1660-1832)**: political discourse and social dynamics in the Anglo-American world. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

CHERNOW, Ron. **Washington**: a life. New York: The Penguin Press, 2010.

DICKINSON, John. Letters from a farmer in Pennsylvania to the inhabitants of the British Colonies. *In*: MCDONALD, Forrest. **Empire and nation**. Washington, D. C.: Liberty Fund, 1999.

DUBOIS, Laurent. **Avengers of the New World**: the story of the Haitian Revolution. Cambridge: The Belknap Press, 2005.

FICK, Carolyn E. **The making of Haiti**: Saint-Domingue Revolution from below. Knoxville: University of Tennessee Press, 1990.

FIGGIS, John Neville. **The divine right of kings**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

FOXLEY, Rachel. **The Levellers**: radical political thought in the English Revolution. Manchester: Manchester University Press, 2014.

GODOY, Miguel Gualano de; CHUEIRI, Vera Karam de. **Marbury versus Madison**: uma leitura crítica. Curitiba: Juruá, 2017.

GOMES, David Francisco Lopes. **A Constituição de 1824 e o problema da modernidade**: o conceito moderno de Constituição, a história constitucional brasileira e a teoria da Constituição no Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

GOMES, David Francisco Lopes. O Brasil e o problema da modernidade: uma abordagem a partir da história constitucional brasileira. *In*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coord.). **Constitucionalismo e história do direito**. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020. p. 259-275.

HABERMAS, Jürgen. **Die Einbeziehung des Anderen**: Studien zur politischen Theorie. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2019.

HAZAREESINGH, Sudhir. **O maior revolucionário das Américas**: a vida épica de Toussaint Louverture. Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

JAUME, Lucien. **Le discours jacobin et la démocratie**. Paris: Fayard, 1989.

JAMES, C. L. R. **The black jacobins**: Toussaint L'Ouverture and the San Domingo Revolution. New York: Vintage Books, 1989.

KANTOROWICZ, Ernst. **The king's two bodies**: a study in medieval political theology. Princeton: Princeton University Press, 2016.

KETCHAM, Ralph (ed.). **The anti-federalist papers and the constitutional convention debates**. New York: Signet Classics, 2003.

LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, v. 9, n. 1, p. 176-220, 1990.

LOUGHLIN, Martin. Constituent power subverted: from English constitutional argument to British constitutional practice. *In*: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (ed.). **The paradox of constitutionalism**: constituent power and constitutional form. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 27-48.

MADDICOTT, John R. **The origins of the English Parliament (924-1327)**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The federalist papers**. New York: The Tribeca Books, 2014.

MCCULLOUGH, David. **John Adams**. New York: Simon & Schuster, 2001.

MEYER, Emilio Peluso Neder. Um processo de desmistificação: compreendendo criticamente o constitucionalismo estadunidense. **Revista Direito Público**, v. 15, n. 83, p. 9-32, 2018.

MOREL, Marco. O caminho incerto das luzes francesas: o abade De Pradt e a Independência brasileira. **Almanack**, Guarulhos, n. 13, p. 112-129, 2016.

MOREL, Marco. **A Revolução do Haiti e o Brasil escravista**: o que não deve ser dito. Jundiaí: Paco, 2017.

MORGAN, Edmund. **Inventing the people**: the rise of popular sovereignty in England and America. New York: W. W. Norton, 1989.

NILES, Hezekiah. **Principles and acts of the revolution**. New York: Palala Press, 2018.

OTIS, James. The rights of the British Colonies asserted and proved. *In*: SAMUELSON, Richard. **Collected political writings of James Otis**. Washington, D. C.: Liberty Fund Inc., 2015. p. 196-322.

PINCUS, Steven. **1688: the first modern revolution**. New Haven: Yale University Press, 2011.

PINTO, Cristiano Otávio Paixão Araújo. **A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo**: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito. 2004. 417f. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2004.

POCOCK, John G. A. 1776: the Revolution against Parliament. *In*: POCOCK, John G. A. **Three British revolutions: 1641, 1688, 1776**. Princeton: Princeton University Press, 2016a.

POCOCK, John G. A. **The Machiavellian moment**: Florentine political thought and the Atlantic republican tradition. Princeton: Princeton University Press, 2016b.

PONS, Frank Moya. **History of the Caribbean**. Princeton: Markus Wiener, 2012.

REINSTEIN, Robert. Slavery, Executive Power, and international law: the Haitian Revolution and American Constitutionalism. **American Journal of Legal History**, n. 53, p. 141-259, 2013.

RICHARDSON, Henry Gerald. The English coronation oath. **Transactions of the Royal Historical Society**, v. 23, p. 131-156, 2020.

SOMMERVILLE, Johann. **Royalists and patriots**: politics and ideology in England (1603-1640). London: Routledge, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

WOOD, Gordon S. **The creation of the American Republic (1776-1787)**. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 1998.

WOOLRYCH, Austin. **Britain in revolution (1625-1660)**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

WOOTTON, David. Leveller democracy and the puritan revolution. *In*: BURNS, James (ed.). **The Cambridge history of political thought (1450-1700)**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995. p. 412-442.

2

Controle externo do Poder Legislativo sobre as políticas públicas tributárias

Legislative Power's external control over public tax policies

Bernardo Motta Moreira¹

Resumo: Este trabalho busca identificar como os instrumentos constitucionais disponíveis para o Poder Legislativo exercer o controle externo da administração pública têm sido utilizados para fiscalização das políticas públicas tributárias.

Palavras-chave: Poder Legislativo. Controle externo. Políticas públicas tributárias. Fiscalização. Administração Pública.

Abstract: *This paper seeks to identify how the constitutional instruments available to the Legislative Power to exercise external control of the public administration have been used to monitor public tax policies.*

Keywords: *Legislative power. External control. Tax public policies. Inspection. Public administration.*

1Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Consultor da Assembleia Legislativa de Minas Gerais – ALMG. Coordenador do Núcleo de Estudos e Pesquisas da Escola do Legislativo – Nepel – e Professor da Escola do Legislativo. Professor de Direito Tributário do IBMEC e de cursos de pós-graduação em Direito Tributário. Contato: bermmoreira@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/3151991642446995>.

1 – Introdução

Há um certo consenso quanto à existência de uma governamentalização do poder de tributar, que vem reduzindo o papel do parlamento na elaboração das políticas tributárias. Alguns autores já identificaram uma crise de legitimidade democrática na tributação brasileira (Moreira, 2021; Batista Júnior, 2003), na medida em que a decisão do legislador – para agravar ou exonerar – não se tem dado entre amplas balizas, sendo condicionada, por um lado, pela força da opinião pública e, por outro, por limites decorrentes da necessidade de estabilidade orçamentária e de funcionamento da máquina burocrática estatal.

A despeito de o parlamentar brasileiro estar autorizado constitucionalmente a propor projetos de lei versando sobre tributos – ainda que impliquem renúncia de receita, conforme o julgamento do tema 682, de repercussão geral, do Supremo Tribunal Federal (STF), a maioria das propostas apresentadas acabam não sendo aprovadas, por não atenderem aos critérios de responsabilidade fiscal ou carecerem de respaldo técnico, em face da complexidade do tema e da consequente exclusão por *expertise* (Magalhães, 2020). Ao fim e ao cabo, a maior parte das alterações da lei tributária, sobretudo as que majoram tributos, são iniciadas e lideradas pelos governos, nas três esferas federativas, e o parlamento tem servido apenas como órgão homologatório de tais pretensões para dar cumprimento ao princípio da reserva legal.

Não se pode negar que há respaldo democrático na atuação de um governo eleito pelo povo e que o governo deve mesmo propor melhorias no sistema tributário, até porque ele concentra as informações cruciais a serem analisadas e sopesadas (arrecadação, grau de evasão, setores econômicos mais onerosos, etc.), sendo certo que a lei tributária se sujeita a constante revisibilidade (*lex tributaria semper reformanda*) (Sanchez, 2002, p. 80). Contudo, o chefe do Poder Executivo representa a decisão da maioria, ao passo que o Poder Legislativo representa tanto as maiorias quanto as minorias, sendo este o Poder que espelha genuinamente as distintas tendências e orientações

populares. No campo tributário, há que se reconhecer que os parlamentares têm buscado mais participação e protagonismo nos últimos anos, dialogando mais intensamente com o Executivo e aprovando projetos meritórios, idealizados por eles próprios.² Apesar disso, ainda há muito o que se avançar em busca do devido processo legislativo tributário no Brasil e de (r) estabelecer o consentimento ao tributo.

Abstraindo os vícios comunicativos do processo de criação e alteração das leis tributárias do país, vale notar que o Poder Legislativo não se limita a legislar. Com efeito, entre as várias atribuições constitucionais do Poder Legislativo – funções normativa, deliberativa, julgadora, político-parlamentar e educativa – a função fiscalizadora, que será objeto deste estudo, abarca o conjunto de ações voltadas para o controle externo dos atos da administração pública, sobretudo no âmbito do Poder Executivo (Resende, 2015).

O exercício efetivo do poder fiscalizatório por parte do parlamento é fundamental para o direito tributário democrático, uma vez que este é um ramo em que são caudalosas as normas infralegais, como decretos, instruções normativas, portarias etc., e que possui uma particularidade sem paralelo em outra área, a saber: a concentração da tríplice função estatal no Poder Executivo (Costa, 1992, p. 277). *Grosso modo*, o Estado produz a lei obrigacional tributária para si mesmo, executando seus comandos enquanto sujeito ativo da relação de crédito e, por fim, ainda na condição de credor, executa o título por ele constituído, eventualmente julgando os litígios no qual figura como parte (Marins, 2009, p. 23-31).

Cabe ao parlamento, assim, de acordo com o sistema de freios e contrapesos, realizar a contenção de eventuais abusos do Exe-

2 Sem o objetivo de propor mera desoneração tributária, mediante o Projeto de Lei nº 2.918/2021, um deputado da ALMG propôs alterar a forma de tributação pelo Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação – ITCD –, quando ocorrer a sobrepartilha de bens, tornando-a mais racional. A proposta foi transformada na Lei nº 24.221, de 2022.

cutivo, de modo que, mais do que legislar sobre tributos, deve estar plenamente apto a exercer sua função de controle, como o verdadeiro fiscal do governo. O controle parlamentar impõe que a administração pública exerça sua função de modo transparente e sem arbitrariedades, isto é, esse controle se concretiza, também, como uma função preventiva (Medauar, 2012, p. 16).

O objetivo do presente trabalho, portanto, é examinar como o Poder Legislativo tem exercido tal controle, voltando os olhos para as políticas tributárias. O controle externo³ exercido pelo Poder Legislativo sobre a administração pública ocorre mediante a utilização de diversos instrumentos.⁴ Assim, este estudo analisará – sem a pretensão de tecer críticas mais aprofundadas sobre tais mecanismos ou avaliar sua efetividade, algo propício para outro momento – como eles vêm sendo utilizados, se é que o são, para a fiscalização da matéria tributária.

3 Segundo o art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil, “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.”

4 Os instrumentos constitucionais previstos para a efetivação do controle externo que, por força do princípio da simetria, devem ser reproduzidos nas demais casas legislativas podem ser: convocação de ministro/secretário; convocação de titular de órgão diretamente subordinado ao chefe do Poder Executivo; convocação de dirigente de entidade da administração indireta (autarquia, fundação pública, sociedade de economia mista e empresa pública); pedido escrito de informações a ministro/secretário e a outras autoridades, por meio da Mesa; constituição de Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI – para investigar indícios de irregularidades na administração pública; sustação dos atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar (decretos, regulamentos, instruções normativas, resoluções, etc.); sustação das leis delegadas editadas pelo chefe do Poder Executivo que exorbitarem dos limites fixados em resolução ou decreto legislativo; acompanhamento da execução das políticas públicas (saúde, educação, assistência social, meio ambiente, etc.); aprovação de nomes indicados pelo Executivo para ocupar determinados cargos ou funções; apreciação das contas do chefe do Poder Executivo após o parecer prévio do Tribunal de Contas; autorização para o chefe do Executivo praticar determinados atos ou providências previstos na Constituição ou leis orgânicas.

2 – Convocação de autoridades para prestarem informações

A convocação de ministros de Estado ou titulares de órgãos subordinados diretamente à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assuntos previamente determinados é um instrumento de controle político previsto no art. 50, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 –, que determina, ainda, que a ausência injustificada da autoridade implica na prática de crime de responsabilidade. A redação vigente do referido dispositivo foi dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 1994, uma vez que a redação originária abrangia apenas os ministros de Estado.

Tal mecanismo já foi utilizado diversas vezes pelas casas legislativas em temas envolvendo o direito tributário, nas diversas esferas federativas.

No início do ano de 2022, o presidente da República editou decretos reduzindo as alíquotas do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – da maioria dos produtos fabricados no país. As normas foram criticadas por parlamentares e empreendedores da Região Norte, uma vez que os decretos reduziriam a vantagem competitiva da Zona Franca de Manaus.

Em face disso, deputados da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços da Câmara dos Deputados aprovaram o Requerimento nº 2/2002, convidando o então ministro da Economia para prestar esclarecimentos. Como o ministro descumpriu o “acordo de cavalheiros” (Paulo, 2023) e não compareceu à audiência designada, a comissão reagiu, aprovando, pouco tempo depois, o Requerimento de Convocação nº 13/2022. Isto é, o ministro teria que comparecer, sob pena de enquadramento em crime de responsabilidade.

Houve alteração do quadro normativo, com a edição de um novo decreto, que acabou solucionando a questão, e a Câmara dos Deputados perdeu o interesse em dar prosseguimento à discussão. De qualquer forma, o caso é interessante para demonstrar como a comissão parlamentar atuou politicamente

diante de uma alteração tributária que pode, excepcionalmente, ser realizada pelo chefe do Poder Executivo, em face do caráter extrafiscal do IPI, e como a casa legislativa se posicionou na defesa da Região Norte. Igualmente, é interessante notar a diferença entre um mero “convite” e uma “convocação” (sujeita à responsabilização) e como tal requerimento pode provocar reações por parte dos grupos políticos envolvidos.

Outra experiência importante relacionada ao tema deste tópico se dá no âmbito da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais – ALMG –, com o “Assembleia Fiscaliza”, convocação semestral automática de autoridades estaduais. Instituído pela Emenda Constitucional nº 99, de 2019, que alterou o art. 54 da Constituição do Estado de Minas Gerais, e aprimorado pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019, cuida-se de um processo de prestação de contas permanente em que dirigentes de órgãos e entidades da administração pública estadual devem comparecer ao Parlamento mineiro para prestar esclarecimentos sobre a gestão governamental (Cf. Deliberação da Mesa nº 2.705, de 23/04/2019). O objetivo do procedimento é permitir um acompanhamento mais sistemático da atuação do Poder Executivo no atendimento das demandas da população por meio da atuação das comissões (Minas Gerais, 2019).

As políticas públicas tributárias, evidentemente, foram objeto de várias reuniões do Assembleia Fiscaliza, envolvendo a gestão das mais variadas pastas. Mas, como não poderia deixar de ser, o tema se destaca nas reuniões de prestação de informações por parte do secretário de Estado de Fazenda. Na reunião relativa ao primeiro ciclo de 2022, as Comissões de Defesa do Consumidor e do Contribuinte, de Desenvolvimento Econômico, de Fiscalização Financeira e Orçamentária e Extraordinária das Privatizações receberam o referido secretário, que prestou informações sobre a gestão de sua área de competência e abordou diversos temas tributários, como, por exemplo, os relacionados a reclamações de contribuintes no tocante a atrasos em processos de ~~para~~ cobrança do Imposto sobre Transmissões *Causa Mortis* e Doações – ITCMD. Na própria reunião, o secretário se comprometeu a aperfeiçoar o tratamento dos processos

referentes ao ITCD, com vistas à melhoria no atendimento ao contribuinte (Minas Gerais, 2022a).

Apesar de não envolver necessariamente a convocação de autoridades, é de bom alvitre ressaltar que, seguindo a lógica do Assembleia Fiscaliza e objetivando o fortalecimento das ações de fiscalização do Poder Legislativo – além do fato de que a Emenda à Constituição da República nº 109, de 2021, acrescentou o § 16 ao art. 37, dispondo que os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas –, no ano de 2022, foi instituído o Fiscaliza Mais, um novo modelo de monitoramento intensivo das políticas públicas, com foco em indicadores específicos que permitem aferir a efetividade das ações do Estado em benefício dos cidadãos (Deliberação da Mesa nº 2.783, de 27/01/2022). A ideia é que cada uma das comissões permanentes da ALMG escolha um tema específico para se aprofundar durante o ano, promovendo audiências públicas, visitas e votações de requerimentos, isto é, valendo-se do uso de instrumentos fiscalizatórios para a produção de um relatório.

Na primeira oportunidade, o tema escolhido pela Comissão de Defesa do Consumidor e do Contribuinte foi eminentemente tributário, relativo ao cálculo do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS – devido por substituição tributária nas operações com gasolina, tema que ganhou relevância nacional a partir da edição das Leis Complementares Federais nºs 192 e 194, de 2022. A mencionada comissão permanente encaminhou diversos requerimentos à pasta da Fazenda, promoveu audiência pública – com a presença de membros da fiscalização e responsáveis pela condução da política tributária mineira –, analisou julgados dos tribunais superiores, recebeu informações dos órgãos de governo, e produziu um relatório final (Minas Gerais, 2022b). Tais informações certamente contribuirão para futuras ações fiscalizadoras por parte do Legislativo mineiro.

3 – Pedido escrito de informação

Nas relações entre poderes, aquele que tem ciência mais profunda dos dados, das repercussões e dos impactos jurídicos das propostas tem mais condição de fazer prevalecer seus interesses. O Poder Executivo, como principal detentor de informações, tem logrado fazer prevalecer seus interesses na produção legislativa, pois ele pode munir os parlamentares (líderes, presidentes de comissões, relatores) de conhecimentos, de forma a assegurar a aprovação das propostas legislativas iniciadas pelo governo. Trata-se de uma tendência que acompanhou o crescimento das competências do Poder Executivo.

Em que pese a notória evolução do acesso à informação, incrementada pelo uso da tecnologia, o Poder Legislativo, por meio da mesa diretora, tem uma importante prerrogativa constitucional, nos termos do § 2º do art. 50, a de encaminhar pedidos escritos de informações a ministros de Estado ou a titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

Trata-se de um instrumento que pode ser utilizado pelo controle externo direto, auxiliando na fiscalização e, eventualmente, no trabalho de produção legislativa. No âmbito do direito tributário, são diversos os requerimentos de pedidos escritos de informações; objetivando esclarecer o impacto arrecadatório de certos tributos, o “gasto tributário” decorrente de certas desonerações fiscais, o interesse em determinadas obrigações acessórias, etc. Note-se que um parlamentar diligente, antes de propor benefícios tributários, deve buscar a real dimensão financeira de sua proposta, até porque, teoricamente, deve apresentar medidas compensatórias para promover uma renúncia fiscal.

De forma a demonstrar a relevância do pedido de informação (e da informação prestada pelo Poder Executivo) para a formulação de políticas tributárias, veja-se o seguinte caso, envol-

vendo o ITCD de Minas Gerais. Como se sabe, o referido imposto estadual tem uma única alíquota de 5%, como a previsto no art. 10, da Lei nº 14.941, de 2003. Em algumas oportunidades, parlamentares propuseram o (r)estabelecimento do sistema progressivo de alíquotas e o aumento da carga tributária do mencionado tributo.⁵

Apesar (i) da revisão da jurisprudência do STF, que passou a admitir a progressividade de alíquotas do ITCD, (ii) da realização de tal alteração por vários estados nos últimos anos, (iii) da recomendação do Comitê Nacional dos Secretários da Fazenda dos Estados e do Distrito Federal – Consefaz – para utilização da alíquota máxima (8%), e, ainda, (iv) da situação de crise financeira que se encontra o Estado, há sempre muita resistência do Parlamento mineiro na aprovação de tal medida, embora existam interessantes argumentos advogando em favor da majoração (Domingues, 2017).

Em vez de simplesmente propor um projeto de lei implementando o ITCD progressivo, um determinado parlamentar decidiu solicitar, previamente, informações por escrito ao secretário de Estado de Fazenda, mediante a apresentação do Requerimento nº 2.389/2019, a fim de elaborar com mais precisão a sua proposta de alteração da legislação tributária. Solicitou, assim, informação sobre o percentual de contribuintes que declararam, nos últimos 10 anos, para fins de recolhimento do ITCD, a transferência de bens ou direitos em diversas faixas de valor venal. Pediu, ainda, que se separassem as informações por fato gerador (*causa mortis* e doações). Justificou o requerimento alegando a necessidade de analisar o perfil de contribuintes do ITCD no Estado desde a adoção de alíquota uniforme, de modo a subsidiar eventual proposta de adoção de alíquotas progressivas para o imposto. Para o autor, por meio das informações sobre a arrecadação e a fiscalização do referido imposto detidas pelo Poder Executivo, poder-se-ia chegar a uma proposta que observasse a capacidade contributiva do

5 Cf. PL nº 3.298/2016, que tem por objetivo reinstaurar no Estado de MG a progressividade de alíquotas do ITCD.

sujeito passivo e que, ao mesmo tempo, não prejudicasse a situação fiscal do Estado.

A resposta do governo estadual se deu com o Memorando SEF/SRE nº 54/2019 (Minas Gerais, 2019) e é bastante interessante, pois desconstrói o argumento que geralmente aparece nessas discussões de que a instituição da progressividade do ITCD levaria a um aumento substancial da carga tributária. Isso porque a maioria das declarações do imposto (80%) envolve heranças com valores de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Nos últimos 10 anos, menos de 2% das heranças envolviam patrimônios acima de 5 milhões de reais e apenas 0,18% das declarações eram de patrimônios acima de 20 milhões). Ou seja, realmente, o debate técnico sobre o aumento e instituição da progressividade do ITCD deve envolver análises mais profundas, que podem, eventualmente, revelar a desnecessidade de sua implementação. O próprio autor do requerimento não chegou a propor alteração da lei, devido à resposta a ele encaminhada.

O mais interessante é que a doutrina e a academia, que também promovem relevantes discussões sobre a justiça fiscal e o ITCD, chegaram a utilizar a própria resposta do mencionado requerimento; em discussão realizada sobre o assunto (Moreira, 2020). O estudo desse caso é relevante para demonstrar claramente dois pontos fundamentais: (1) de fato, é o Poder Executivo que detém os dados que podem dar azo à implementação da política tributária e (2) é possível que o parlamento, na sua função fiscalizatória, incremente o fluxo informacional para poder participar, dialogar e decidir melhor.

4 – Comissão Parlamentar de Inquérito

As Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs – representam relevantes instrumentos de atuação fiscalizatória por parte do Poder Legislativo, sobretudo por não dependerem de

aprovação da maioria parlamentar.⁶ O art. 58, § 3º, da CRFB/88 estabelece que elas terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas, e serão criadas mediante requerimento de um terço dos parlamentares, para a apuração de fato determinado e por prazo certo. São, portanto, detentoras de poderes fiscalizatórios bem mais amplos se comparados às demais comissões parlamentares e aos próprios parlamentares.

No âmbito tributário, várias CPIs de câmaras municipais já se debruçaram sobre discussões a respeito de Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – IPTU–, por exemplo.⁷ No Município de Divinópolis, Minas Gerais, foi instaurada uma CPI para investigar o cadastramento de imóveis pelo Poder Executivo Municipal, que “tiveram valores lançados de IPTU abaixo do valor de cota básica, com indício de possível caracterização de renúncia de receita tributária”.⁸ Alguns fatos chamaram muito a atenção e causaram estranheza aos vereadores e à imprensa, como o de que várias pessoas pagariam R\$ 0,10 (dez centavos) a título de imposto, a despeito da valorização imobiliária dos últimos anos (Meneses, 2019).

O relatório final da referida comissão confirmou os fatos investigados, mas considerou não ter havido renúncia de receita

6 “Como regra, as ações do Poder Legislativo dependem da aprovação da maioria, o que reduz a efetividade de sua função fiscalizadora, uma vez que a maioria tende a compartilhar as funções de governo em detrimento de suas atribuições parlamentares de controle.” (RIBEIRO, 2012).

7 Em Limeira, São Paulo, a comissão foi instalada com o Ato da Presidência nº 12/2022, a partir do Requerimento nº 390/2022, após a deflagração da Operação Parasitas, mediante a qual o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado – Gaeco – do Ministério Público de SP desarticulou um grupo que praticava fraudes no cancelamento de IPTU e de transferência de titularidade de imóveis.

8 Segundo o Requerimento nº 350/2018, “os fatos preliminares [...] apontam para uma possível caracterização de renúncia de receita tributária como ato de improbidade administrativa lesivo ao erário pelo Poder Executivo, através do cadastramento de cerca de 26.200 de imóveis com valores mais baixos que os da cota básica” (DIVINÓPOLIS, 2018).

ou crime de improbidade. A conclusão foi de que a desatualização da planta de valores (constante da Lei Municipal nº 3.518, de 1993) foi o fator responsável pela defasagem identificada (Divinópolis (MG), 2022). Note-se que o prefeito à frente do Executivo em 2017, ano em que houve a denúncia que gerou a CPI, fez várias tentativas de atualizar a Planta de Valores, entretanto, a própria Câmara Municipal deixou de votar tais proposições.

A guerra fiscal do ICMS e a concessão unilateral de benefícios tributários ilegítimos também já provocou importantes discussões em CPIs, em diversos estados da Federação. Mais recentemente, no Estado de Goiás, a “CPI dos Incentivos Fiscais”, instalada em março de 2019, investigou irregularidades decorrentes da concessão de incentivos fiscais de ICMS e apresentou relevantes dados acerca de fraudes e desvio de verba pública, mediante a venda de crédito outorgado do imposto e a falta de contrapartida das empresas beneficiadas com incentivos (Goiás, 2020). É digno de nota que tal investigação parlamentar foi objeto de interessante análise acadêmica por parte de um de seus assessores técnicos (Lolli, 2022), que, inclusive, expôs as dificuldades e limites do exercício do controle externo por parte da Assembleia de Goiás e propôs mais transparência fiscal.

5 – Sustação de ato normativo do Poder Executivo que exorbita do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa

A previsão para sustar a eficácia de ato normativo do Executivo que exorbita do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa foi uma importante novidade da CRFB/88 (art. 49, inciso V), em especial para aumentar o papel de controle por parte do parlamento. Nas esferas federal e estadual, a medida ainda não produziu relevantes frutos, embora vários parlamentares tenham apresentado propostas para sustação de atos produzidos pelos respectivos chefes dos governos em matéria tributária.

A CRFB/88 previu, no § 1º do art. 153, a faculdade de o Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar alíquotas de impostos de caráter extrafiscal. Observe-se que os tribunais admitiram que a alteração das alíquotas dos mencionados impostos pudesse ser feita por portarias e resoluções, além de decretos. Dizer que tais impostos têm caráter extrafiscal, significa afirmar que possuem função regulatória – e não meramente arrecadatória –, o que justificaria a flexibilidade de alteração de alíquotas, competência reservada ao legislador para os demais tributos do sistema.

Como o Poder Executivo Federal, historicamente, fez um uso deturpado da faculdade de majorar as alíquotas de tais impostos, utilizando tal poder para fins meramente arrecadatórios, algumas vezes o parlamento tentou sustar os efeitos dos atos normativos em questão. De fato, a mitigação do princípio da reserva legal somente se justificaria em virtude do caráter extrafiscal do imposto. O seu desvirtuamento, mediante utilização com fins arrecadatórios, implica desvio de finalidade.

Para ilustrar, na tentativa de evitar o abuso do Executivo e a prolação de uma decisão político tributária sem o respaldo do Poder Legislativo, o Projeto de Decreto Legislativo nº 353/16 objetivou sustar os efeitos do Decreto nº 8.731/16, mediante o qual o presidente da República majorou de 0,38% para 1,10% a alíquota do Imposto sobre Operações Financeiras – IOF – incidente sobre a aquisição de moeda estrangeira em espécie, com o objetivo de um aumento da arrecadação estimado em R\$ 2,4 bilhões anuais. Tal proposição não foi apreciada por nenhuma comissão e acabou arquivada (Brasil, 2016). Vários outros projetos de decretos legislativos propondo a sustação dos efeitos de medidas que alteraram as alíquotas dos impostos extrafiscais federais foram apresentados, mas também não chegaram a ser aprovados.

Em que pese a utilização do referido instrumento de controle parlamentar não tenha se mostrado profícua na esfera federal,

no âmbito municipal há diversas experiências bem-sucedidas.⁹ No Município de Alto Rio Doce (MG), dois vereadores apresentaram o Projeto de Decreto Legislativo nº 5, de 2022 para sustar os efeitos do art. 3º do Decreto Municipal nº 2.827, de 2022, que autorizava a atualização monetária dos valores do IPTU, desde janeiro de 2017 até a data de emissão do IPTU do exercício de 2022 (Alto Rio Doce (MG), 2022a). Segundo os autores do projeto, teria sido promovido “absurdo e desproporcional aumento do IPTU, sob a escusa de tratar-se de correção monetária”, uma vez que o percentual acumulado no período em questão chegaria a 79,19% (Alto Rio Doce (MG), 2022b).

De fato, ao estipular verdadeira majoração do IPTU, o decreto em apreço exorbitou o poder regulamentar atribuído ao chefe do Poder Executivo, ensejando o controle externo do Poder Legislativo. Assim, a referida proposição foi aprovada, dando origem ao Decreto Legislativo nº 4, de 2022 (Alto Rio Doce (MG), 2022c), evitando-se a implementação de uma medida que violava a reserva legal (art. 150, I, da CRFB/88 e art. 97, §§ 1º e 2º do Código Tributário Nacional) e o entendimento pacificado dos tribunais.

Outras câmaras municipais brasileiras também lograram aprovar decretos legislativos sustando decretos que dispunham sobre matérias relacionadas ao IPTU, em claro intuito fiscalizador por parte dos parlamentares.¹⁰

Também vem a lume nesse tópico a eventual extrapolação dos limites da delegação legislativa. Da mesma forma que um decreto do chefe do Poder Executivo que exorbita do poder regulamentar merece controle, por sua inconstitucionalidade,

9 Há diversas causas que justificam um maior ou menor acionamento da função fiscalizadora pelos parlamentos. Comparando o tamanho dos municípios, a ciência política logrou demonstrar variações (Ribeiro, 2012).

10 Vide, por exemplo, o Decreto Legislativo nº 1, de 2018, aprovado pela Câmara Municipal de Goiânia, para suspender a cobrança complementar do valor do IPTU, que gerou grande repercussão. (MARTINS, 2018). Após litígio judicial, acabou prevalecendo o entendimento de que o Poder Executivo não teria abusado do poder regulamentar.

se uma lei delegada editada pelo Poder Executivo extrapolar os limites da competência legislativa delegada pelo Congresso Nacional, ensejará o controle de constitucionalidade político parlamentar (Ferraz, 1994, p. 210) e poderá ser sustada. É relevante deixar claro que a delegação prevista no art. 49, inciso V, da CRFB/88, se refere apenas às leis delegadas, instrumento legislativo, iniciativa exclusiva do Poder Executivo, raramente utilizado na esfera federal e com pouca aplicabilidade para a matéria tributária.

Por outro lado, não se pode confundir a lei delegada com a lei iniciada pelos parlamentares que faz algum tipo de delegação ou autorização legislativa, que não são raras no direito tributário e têm sofrido críticas pela doutrina especializada (Scaff, 2020), por violar o princípio da estrita legalidade. Nesse último caso, cabe a utilização da resolução sustando o ato normativo que eventualmente extrapole o poder regulamentar. Pretensão dessa modalidade tramita no âmbito da ALMG, mediante o Projeto de Resolução nº 31/2015, que objetiva sustar os efeitos de um decreto do governador do Estado, que revogou normas do Regulamento do ICMS que reduziam as alíquotas do referido imposto, a partir de uma prévia delegação legislativa.

6 – Atos de aprovação

A CRFB/88 impõe a participação do Poder Legislativo em certos atos do Poder Executivo como uma forma de controle externo prévio. São comuns as leis que autorizam o Executivo a praticar determinados atos, de modo que tal autorização legislativa antecedente funciona como condição de validade das decisões tomadas pelo poder administrador. Tais leis se encartam, portanto, na função fiscalizadora do Poder Legislativo sobre atos do Poder Executivo, uma vez que, submetida a questão à apreciação dos representantes do povo, eles verificarão a conveniência, a oportunidade e a utilidade das medidas a serem tomadas pelo chefe do Poder Executivo, bem como sua repercussão no interesse da coletividade.

Em tais casos, expressamente previstos na CRFB/88 – e isso é importante de ser destacado –, a falta de deliberação formal do Legislativo torna inconstitucionais os atos editados pelo Executivo. Não se pode confundir a autorização legislativa prévia imposta pela Constituição com as chamadas leis meramente autorizativas, simplesmente simbólicas, que, infelizmente, se tornaram praxe nos parlamentos brasileiros, em que pese a orientação já firmada pelo STF e o enunciado da Súmula de Jurisprudência nº 1, de 1994, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

Atos que demandam a autorização legislativa prévia, conforme exigência constitucional, geralmente não tem relação direta com o tema tributário, pois envolvem a realização de operação de crédito, a criação de empresas estatais, etc.

Por outro lado, os tratados em matéria tributária – assim como em qualquer outra matéria –, para se tornarem obrigatórios, devem ser aprovados pelo Congresso Nacional. Como se sabe, conforme previsão constitucional (art. 84, VIII), o presidente da República, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, após concluir a negociação de um tratado, submete-o à aprovação do Congresso para dar continuidade, ou não, ao processo determinante do consentimento, demonstrando mais uma forma de exercício da função de controle e fiscalização dos atos do Poder Executivo (art. 49, I).

Foi assim que, por meio da mensagem nº 796/2018 (Brasil, 2018), o presidente da República submeteu à apreciação do Congresso Nacional o texto da convenção entre o Brasil e Singapura para eliminar a dupla tributação da renda, assinado em 7 de maio de 2018. Tais tipos de acordos internacionais têm grande importância e são muito presentes nas discussões tributárias, pois visam incentivar e facilitar o comércio e o investimento bilaterais, evitando que a mesma renda, de uma mesma pessoa, física ou jurídica, seja tributada pelo mesmo imposto nos dois países signatários. Após deliberação do Poder Legislativo, em ambas as casas parlamentares, foi aprovado o Decreto Legislativo nº 2/2021. Posteriormente à aprovação/referendo

do Congresso Nacional, o chefe do Poder Executivo promulgou o mencionado acordo internacional na forma do Decreto nº 11.109, de 2022, que passou a gerar efeitos internos.

Note-se que, de modo diferente do rito de incorporação de tratados, não há na CRFB/88 nenhuma norma que exige a prévia autorização legislativa para a celebração de convênios em geral. Aliás, os convênios, considerados normas complementares tributárias pelo art. 100 do Código Tributário Nacional – CTN –, são celebrados de modo recorrente pelos entes políticos, para possibilitar uma melhor fiscalização do sujeito passivo tributário.

Por isso, em razão do princípio da simetria, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 165/MG, o Plenário do STF declarou inconstitucional a norma constante do art. 62, inciso XXV, da Constituição do Estado de Minas Gerais, que estabelecia a competência privativa da Assembleia Legislativa de “autorizar celebração de convênio pelo Governo do Estado com entidade de direito público ou privado e ratificar o que, por motivo de urgência, ou de interesse público, for efetivado sem essa autorização”. Em seu voto, o relator Min. Sepúlveda Perence observou que aquela corte já havia distinguido a autorização da Assembleia para convênios governamentais, no plano estadual, do referendo do Congresso Nacional para tratados internacionais celebrados pelo presidente da República e que o controle do Legislativo sobre os atos do Executivo não envolve participar no exercício de competência do Poder controlado.

Outra atuação parlamentar relacionada à fiscalização de atos do Executivo é a aprovação de autoridades. A Constituição estabeleceu que cabe privativamente ao Senado Federal aprovar, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de autoridades como ministros do Tribunal de Contas da União, procurador-geral da República, presidentes e diretores do Banco Central, entre outras autoridades determinadas em leis infraconstitucionais (art. 52, III, da CRFB/88). Através das sabatinas, a Câmara Alta verifica se a pessoa indicada pelo presidente da República reúne as condições necessárias para assumir o cargo, em um claro exercício de controle e fiscalização. O procedimento de

nomeação segue um rito determinado no regimento da casa, com o objetivo de que o Senado conheça a pessoa indicada, avalie suas opiniões e verifique sua aptidão para assumir as funções que almeja. Seguindo o devido processo legal e a publicidade, a indicação é encaminhada à comissão parlamentar com pertinência temática e o relator da matéria emite o respectivo parecer, opinando sobre a indicação. Após a sabatina e a aprovação da comissão é que a questão é submetida ao Plenário, em escrutínio secreto.

Embora ainda não haja cargos para autoridades diretamente relacionadas ao tema tributário, existem propostas legislativas que pretendem inaugurar a participação parlamentar em certas escolhas do Executivo. Durante a tramitação da Medida Provisória nº 1.160, de 2023 – conhecida como “MP do Voto de Qualidade” –, que dispunha sobre a proclamação do resultado do julgamento na hipótese de empate na votação no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF –, foram apresentadas emendas parlamentares propondo que a escolha dos conselheiros do órgão recaia sobre um dos candidatos indicados em lista tríplice, que deverão ser sabatinados pelas comissões de finanças e tributação das casas congressuais e aprovados por maioria absoluta. Além disso, a escolha do presidente do CARF, além da lista tríplice e sabatina, deverá ser submetida à votação pelo plenário da Câmara e do Senado.

O CARF é um tribunal administrativo que julga litígios relativos a tributos federais, de composição paritária, de modo que os conselheiros julgadores são indicados por confederações representativas de categorias econômicas e centrais sindicais (representantes dos contribuintes) ou pela Receita Federal do Brasil (representantes fiscais) e são nomeados pelo ministro da Fazenda. A intenção dos autores das propostas de emenda seria aprimorar o procedimento de escolha de conselheiros e do presidente do referido órgão, com a submissão das indicações ao parlamento, uma vez que a forma atual não atenderia ao interesse da sociedade, por concentrar demasiado poder nas mãos da Receita Federal e do Poder Executivo.

7 – Apreciação das contas do chefe do Executivo após o parecer prévio do Tribunal de Contas

No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, a orientação firmada pelo STF reconhece a distinção entre a competência da Corte para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo, prevista no art. 71, inciso I, da CRFB/88 e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, constante no art. 71, inciso II, da mesma Carta. Dessa forma, cabe ao Tribunal de Contas elaborar o parecer prévio, sem conteúdo deliberativo, sobre as contas prestadas e a competência para julgá-las fica a cargo do Congresso Nacional (art. 49, inciso IX, da Constituição), que não se vincula ao teor do parecer.

A Constituição atribuiu o julgamento das contas do administrador público ao Poder Legislativo, por considerar que tal decisão comporta em si uma natureza política e não apenas técnica ou contábil, haja vista que, além das exigências legais para aplicação de despesas, é necessário perquirir se a atuação do chefe do Poder Executivo atendeu ou não aos anseios da sociedade. Assim, cabe ao Poder Legislativo, além desempenhar suas funções institucionais legislativas, a função de controle e fiscalização das contas prestadas, a qual se desenvolve por meio de um processo político-administrativo cuja instrução se inicia na apreciação técnica do Tribunal de Contas.

O parecer prévio permite a harmonização entre as duas dimensões do controle externo: o controle político, efetivado no julgamento realizado pelo Poder Legislativo sobre as contas prestadas pelo Poder Executivo, e o controle técnico, efetivado pela emissão do parecer pelo Tribunal de Contas, permitindo que esse julgamento, além de um caráter político, possa ser dotado também de um caráter técnico especializado (Andrada; Barros, 2010).

Por estarem relacionados à captação de receitas e eventuais renúncias fiscais, é comum a referência a alguns temas tributá-

rios nos pareceres prévios dos Tribunais de Contas. A competência do Tribunal de Contas da União – TCU – para fiscalizar as renúncias de receitas tem por fundamento o art. 70 da CRFB/88, sendo disciplinada no art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.443, de 1992 – Lei Orgânica do TCU –, que dispõe que o tribunal, no julgamento das contas e na fiscalização que lhe compete, decidirá sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

Vale notar que a necessidade de que as regras da Lei Complementar nº 101, de 2000, – Lei de Responsabilidade Fiscal – que objetivam evitar a renúncia de receita sejam cumpridas previamente à implementação dos benefícios tributários foi reconhecida pelo TCU em diversos acórdãos, nos quais foram expedidas recomendações ao Poder Executivo Federal para adequações (vide, por exemplo, o Acórdão nº 747/2010).

No parecer sobre as contas do presidente da República referentes ao exercício de 2016, a Corte de Contas registrou a irregularidade, aduzindo que as medidas de compensação e previsão de impacto orçamentário, entre outras, devem ocorrer quando o Poder Executivo propõe o ato normativo ou sanciona o projeto de lei originário do Poder Legislativo que conceda ou amplie benefícios tributários. O parecer prévio do TCU foi pela aprovação das contas, com ressalvas, e, após a manifestação da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização, passou a tramitar o Projeto de Decreto Legislativo nº 6, de 2022.

Infelizmente, o Congresso Nacional não vem exercendo plenamente esse poderoso instrumento de controle externo. Ao contrário do que ocorre com o presidente da República e com o TCU, a Constituição não determinou prazo para a apreciação e o julgamento das contas pelo Congresso Nacional, razão pela qual as últimas contas aprovadas datam de 2002 (referentes ao exercício financeiro de 2001). Existem propostas de emenda à Constituição objetivando a fixação de prazo para que o Congresso julgue as contas anuais (PECs 120 e 164, ambas de 2015), ou mesmo estabelecendo que a sessão legislativa não

seja encerrada sem a deliberação das contas relativas ao ano imediatamente anterior (PEC 219/2016), no claro intuito de obstar a omissão reiterada do Poder Legislativo e impor o exercício efetivo dessa importante atividade fiscalizadora.

No âmbito municipal, há uma riqueza de situações e, em alguns casos, algumas câmaras municipais decidiram reprovaram as contas do prefeito, seguindo a opinião do Tribunal de Contas, que, por seu turno, vislumbrou irregularidades tributárias.

Verbi gratia, no julgamento das contas do Poder Executivo do Município de Campo Novo de Rondônia relativas ao exercício financeiro de 2017, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia constatou infringência às disposições insertas no artigo 150, § 6º, da CRFB/88 e na Lei de Responsabilidade Fiscal, pela renúncia de receita sem atendimento às disposições legais. Verificou-se uma falha no planejamento da municipalidade, na medida em que o chefe do Poder Executivo arrecada poucos impostos de sua competência e depende das transferências de competências da União e do estado para se manter. A câmara municipal, mediante o Decreto Legislativo nº 12/2020, houve por bem reprovaram as mencionadas contas.

8 – Conclusão

O direito de o cidadão fiscalizar as atividades tributárias e financeiras do Estado remonta, no mínimo, a 1789, ano da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), que definiu, entre os direitos individuais e coletivos, o de que “todos os cidadãos têm o direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, a necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração” (artigo 14º).

O Poder Legislativo tem papel fundamental não só para a criação de tributos ou o seu aumento, mas também para fiscalizar como ocorre a tributação e se desenvolvem as políticas tri-

butárias. O famoso *slogan* “*no taxation without representation*” (“nenhuma tributação sem representação”), que fundamentou tantas revoltas e que propugnava a participação do contribuinte no processo de criação das leis que instituíam tributos, deve ser ampliado para abarcar a função fiscalizatória do Poder Legislativo, isto é, a representação popular deve, também, atuar como fiscal do governo em matéria de tributação, além da já consagrada matéria orçamentária.

A despeito de os mecanismos de controle parlamentar ainda permanecerem desacreditados quanto à eficácia fiscalizatória, percebe-se que parlamentares brasileiros, nas diversas esferas da Federação, têm utilizado tais instrumentos com frequência cada vez maior, inclusive e por diversas vezes, para o controle e fiscalização de políticas tributárias.

A matéria tributária possui uma carapaça técnico-discursiva que dificulta o debate legislativo, razão pela qual o Poder Executivo a domina. Por isso, o Poder Legislativo deve preparar-se para realizar uma fiscalização concreta e constante dos atos administrativos tributários como forma de reequilibrar os poderes e incrementar o consentimento para a tributação.

Os mecanismos de controle parlamentar examinados são extremamente relevantes para o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos e para o aperfeiçoamento Direito Tributário Democrático. Combinando tais atuações do Poder Legislativo com uma maior participação popular, certamente haverá um incremento significativo no nível de eficiência desse controle, colaborando-se indiretamente, inclusive, para uma atuação mais transparente da administração pública tributária.

9 – Referências

ALTO RIO DOCE (MG). **Decreto nº 2.827, de 29 de agosto de 2022**. 2022a. Disponível em: <https://www.portal.altoriodoce.mg.gov.br/edital/3957/Decreto-nº-2.827,-de-29-de-agosto-de-2022>. Acesso em: 30 jan. 2023.

ALTO RIO DOCE (MG). **Projeto de Decreto Legislativo nº 5, de 14 de dezembro de 2022**. Autores: Éder de Souza; Dárcio Vieira. 2022b. Disponível em: <https://www.altorio doce.mg.leg.br/processo-legislativo/projetos-de-decreto-legislativo/projetos-de-decretos-legislativos-2022/projeto-de-decreto-no-005-de-14-de-dezembro-de-2022/view>. Acesso em: 30 jan. 2023.

ALTO RIO DOCE (MG). **Decreto Legislativo nº 4, de 23 de dezembro de 2022**. Susta os efeitos dos Art. 3º e 6º do Decreto Municipal nº 2.827, de 29 de agosto e dá outras providências. 2022c. Disponível em: <https://www.altorio doce.mg.leg.br/leis/decretos-legislativos/decretos-legislativos-2022/decreto-legislativo-no-004-de-23-de-dezembro-de-2022/view>. Acesso em: 30 jan. 2023.

ANDRADA, Antônio Carlos Doorgal de; BARROS, Laura Correa de. O parecer prévio como instrumento de transparência, controle social e fortalecimento da cidadania. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 77, n. 4, p. 53-75, out./dez., 2010.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A “governamentalização” do poder de decisão tributário. *In*: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). **Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. V. 1, p. 393-428.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25.10.1966**. Código Tributário Nacional. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 192, de 11.03.2022**. Define os combustíveis sobre os quais incidirá uma única vez o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), ainda que as operações se iniciem no exterior; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp192.htm. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. **Lei Complementar nº 194, de 23.06.2022**. Altera a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e a Lei

Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996 (Lei Kandir), para considerar bens e serviços essenciais os relativos aos combustíveis, à energia elétrica, às comunicações e ao transporte coletivo, e as Leis Complementares nºs 192, de 11 de março de 2022, e 159, de 19 de maio de 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp194.htm. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Súmula de Jurisprudência nº 1, de 1994**. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/normas-internas/s1.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 120/2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/1700995>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 164/2015**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2084335>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 219/2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2084335>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Decreto Legislativo nº 353/2016**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083237>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Mensagem nº 796/2018**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198954>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Pareceres prévios sobre as contas do presidente da República do exercício de 2016**, item 3.2.2, p. 14, Relator Ministro Bruno Dantas, sessão de 28 de junho de 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/internet/comissao/index/mista/orca/contas/2016/03-TCU_-_Contas_do_Governo_-_Exercicio_de_2015/01-TC-029-130-2016-6-PARECER-PREVIO-Exercicio_de_2016.pdf. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Requerimento nº 2/2022**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2320555>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Requerimento nº 13/2022**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2324279>. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emendas nºs 77 e 80. **Medida Provisória nº 1.160, de 2023**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9254162&ts=1675793548843&disposition=inline>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Decreto Legislativo nº 6, de 2002**. Aprova as Contas do Presidente da República relativas ao exercício de 2016. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/pesquisa/-/materia/155476>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.109, de 29/6/2022**. Promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República de Singapura para Eliminar a Dupla Tributação em Relação aos Tributos sobre a Renda e Prevenir a Evasão e a Elisão Fiscais e seu Protocolo, firmados em Singapura, em 7 de maio de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/decreto/D11109.htm. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 2/2021**. Aprova os textos do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República de Singapura para Eliminar a Dupla Tributação em relação aos Tributos sobre a Renda e Prevenir a Evasão e a Elisão Fiscais e de seu Protocolo, assinados em Singapura, em 7 de maio de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/33263156/publicacao/33263629>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 682 da repercussão geral do Supremo Tribunal Federal**. ARE nº 743480, Rel. Min. Gilmar Mendes, pub. 20/11/2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6083656&numeroProcesso=1306505&classeProcesso=ARE&numeroTema=682#:~:text=Tema%20682%20%2D%20Reserva%20de%20iniciativa,ao%20Chefe%20do%20Poder%20Executivo>. Acesso em: 23 fev. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 747/2010**, do Plenário, Relator Augusto Nardes, referente ao processo nº 015.052/2009-7,

sessão do dia 14/04/2010. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/resultado/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A747%2520ANOACORDAO%253A2010. Acesso em: 23. fev. 2023.

CAMPO NOVO DE RONDÔNIA (RO). **Decreto Legislativo nº 12/2020**. Disponível em: https://www.camponovoderondonia.ro.leg.br/leis/decretos/2020/decreto-legislativo-no-012-2020/at_download/file. Acesso em: 23 fev. 2023.

COSTA, Ramón Valdés. **Instituciones de derecho tributario**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

DIVINÓPOLIS (MG). **Lei municipal nº 3.518, de 1993**. Aprova a planta de valores imobiliários, para efeito de lançamento do imposto predial e territorial urbano, para o exercício de 1994. Disponível em: https://www.divinopolis.mg.leg.br/leis/copy_of_legislacao-municipal. Acesso em: 23 fev. 2023.

DIVINÓPOLIS (MG). Câmara Municipal. **Requerimento 350/2018**. Disponível em: https://sapl.divinopolis.mg.leg.br/media/sapl/public/materialegislativa/2018/24388/350_req_-_cpi_abaixo_da_cota_basica_ao_presidente.pdf. Acesso em: 30 jan. 2023.

DIVINÓPOLIS (MG). **Decreto do Legislativo nº 32, de 10 de março de 2022**. Homologa relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito instituída pela Portaria nº CM 048, de 21/01/2019 para apurar eventuais irregularidades no cadastramento de imóveis pelo Poder Executivo Municipal no ano de 2017 com lançamento de IPTU – Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana – abaixo do valor da cota básica com eventual renúncia de receita fiscal. Disponível em: <https://www.divinopolis.mg.leg.br/processo-legislativo/materias-legislativas>. Acesso em: 30 jan. 2023.

DOMINGUES, Nathália Daniel. **Tributação da herança**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Conflito entre poderes: o poder congressual de sustar atos normativos do poder executivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GOIÁS. Assembleia Legislativa. **Relatório final: CPI dos Incentivos Fiscais**. 2020. Disponível em: <https://portal.al.go.leg.br/comissoes/36>. Acesso em: 30 jan. 2023.

LOLLI, Eduardo Henrique. **Controle dos incentivos fiscais de ICMS no estado de Goiás**: um estudo de caso múltiplo das instituições de controle interno e externo nos âmbitos da atuação, transparência e articulação. 2022. 473 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2022.

MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Teoria crítica do direito tributário internacional**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2020.

MARINS, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

MARTINS, Vanessa. Decreto suspende cobranças de IPTU por uso de imagens aéreas, em Goiânia. **Portal G1**, 16 fev. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/go/goias/mercado-imobiliario/noticia/decreto-suspende-cobranças-de-iptu-por-uso-de-imagens-aereas-em-goiania.ghtml>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MINAS GERAIS. [Constituição Estadual (1989)]. Constituição do estado de Minas Gerais. 30. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2022. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70446>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MINAS GERAIS. **Lei nº 14.941, de 29/12/2003**. Dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/texto/LEI/14941/2003/?cons=1>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MINAS GERAIS, Assembleia Legislativa. **Projeto de Resolução nº 31/2015**. Susta os efeitos do Decreto nº 46.859, de 1º de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/atividade-parlamentar/projetos-de-lei/texto/?tipo=PRE&num=31&ano=2015>. Acesso em: 16 fev. 2023.

MINAS GERAIS, Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 3.298/2016**. Altera a Lei 14.941, de 29 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/3298/2016>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Requerimento nº 2.389/2019**. Requer seja encaminhado ao secretário de Estado de Fazenda pedido de informações constanciadas no percentual de contribuintes que declararam, nos últimos 10 anos, para fins de recolhimento do ITCD, a transferência de bens ou direitos nas seguintes faixas de valor venal, separando-se as informações por fato gerador (“causa mortis” e doações): até R\$ 100.000,00; de R\$ 100.000,00 a R\$ 250.000,00; de R\$ 250.000,00 a R\$ 500.000,00; de R\$ 500.000,00 a R\$ 1.000.000,00; de R\$ 1.000.000,00 a R\$5.000.000,00; de R\$ 5.000.000,00 a R\$10.000.000,00; de R\$ 10.000.000,00 a R\$ 20.000.000,00; e acima de R\$ 20.000.000,00; e sejam informados os valores arrecadados pelo Estado, se possível com a aplicação de índice oficial de correção, no período em que vigorava a alíquota progressiva de ITCD. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/RQN/2389/2019>. Acesso em: 26 jan. 2023.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Projeto de Lei nº 2.918/2021**. Altera a Lei 14.941, de 29 de dezembro de 2003, que dispõe sobre o Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos – ITCD. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/projetos-de-lei/PL/2918/2021>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Deliberação da Mesa nº 2.705, de 23/04/2019**. Dispõe sobre o comparecimento semestral dos secretários de Estado, dirigentes das entidades da administração indireta e titulares de órgãos diretamente subordinados ao governador do Estado às comissões da Assembleia Legislativa para prestarem informações sobre a gestão das respectivas secretarias, entidades e órgãos, conforme disposto no art. 54 da Constituição do Estado. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/DLB/2705/2019/>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Deliberação da Mesa nº 2.783, de 27/01/2022**. Dispõe sobre o acompanhamento intensivo anual de temas de políticas públicas pelas comissões permanentes da Assembleia Legislativa e altera a Deliberação da Mesa nº 2.705, de 23 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/legislacao-mineira/DLB/2783/2022/>. Acesso em: 23 fev. 2023.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Hotsite do Assembleia Fiscaliza**. Disponível em: https://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/fiscalizacao/assembleia_fiscaliza/index.html. 2019. Acesso em: 30 jan. 2023.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Relatório de reunião:** prestações de informações sobre a gestão da Secretaria de Estado de Fazenda. 2022a. Disponível em: <https://www2.almg.gov.br/export/sites/default/acompanhe/eventos/hotsites/2022/assembleia-fiscaliza/2022-ciclo1/documentos/Secretaria-de-Estado-da-Fazenda-Sef/04-relatorio-reuniao.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa. **Relatório final.** Comissão de Defesa do Consumidor e do Contribuinte. Relator: Deputado Elismar Prado, 2022b. Disponível em: <https://mediaserver.almg.gov.br/acervo/728/451/1728451.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MINAS GERAIS. Secretária de Fazenda. **Memorando SEF/SRE nº 54/2019.** Disponível em: <http://mediaserver.almg.gov.br/stl/sma/RQN2019023890001>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MOREIRA, André Mendes. ITCD: reflexões sobre a (in)viabilidade do aumento de alíquotas. **Mesa de Debates.** Comissão de Direito Tributário da OAB/MG. 30 jun. 2020. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=t_qbG4M0zPU&ab_channel=2KProdu%C3%A7%C3%B5es. Acesso em: 3 fev. 2023.

MENESES, Bruno. Câmara de Divinópolis abre CPI para apurar IPTU de apenas R\$ 0,10. **Jornal “O Tempo”.** 9 fev. 2019. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/aparte/camara-de-divinopolis-abre-cpi-para-apurar-iptu-de-apenas-r-0-10-1.2134128>. Acesso em: 30 jan. 2023.

MOREIRA, Bernardo Motta. **A governamentalização do poder de tributar:** desafios do processo legislativo tributário. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2021.

PAULO, Antônio. Guedes dá ‘bolo’ na Câmara e será convocado a explicar decretos do IPI. **Brasil Norte Comunicação.** Disponível em: <https://bncamazonas.com.br/poder/guedes-bolo-camara-convocado-explicar-decretos-ipi/>. Acesso em: 20 jan. 2023.

RESENDE, Antônio José Calhau de. O controle de legalidade da Assembleia de Minas sobre os atos normativos do Poder Executivo. *In:* RESENDE, Antônio José Calhau de (org.). **25 anos da Constituição mineira de 1989:** teoria, prática, história, inovações. 1. ed. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2014. p. 53-68.

RESENDE, Antônio José Calhau de. **As funções do Poder Legislativo**. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Escola do Legislativo, 2015.

RIBEIRO, Guilherme Wagner. O tamanho do município e o desempenho no exercício da função fiscalizadora. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 13, n. 21, p. 111-135, jan./jun. 2012.

Rondônia. Tribunal de Contas. **Processo nº 1753/2018**. Prestação de Contas. Relator Conselheiro Benedito Antônio Alves. Disponível em: <http://tce.ro.gov.br/AbrirPdfConvocado/acbd6a62c8d325ac68eae142b08c1682>. Acesso em: 23 fev. 2023.

SANCHES, José Luís Saldanha. **Manual de direito fiscal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. A alarmante relativização da reserva legal tributária pelo STF. **Revista Consultor Jurídico**, 14 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-14/alarmante-relativizacao-reserva-legal-tributaria-stf>. Acesso em 16 fev. 2023.

3

Debates parlamentares sobre a criminalização da LGBTQIAPN+fobia

Parliamentary deliberations about the criminalization of LGBTQIAPN+phobia

Maria Clara Brito da Gama¹

Resumo: O artigo analisou discursos de parlamentares sobre projetos de lei federais brasileiros que visavam criminalizar as discriminações decorrentes da orientação sexual e da identidade de gênero. Esses projetos tramitaram entre 2001 e 2014. Foram investigadas principalmente as concepções das parlamentares feministas e dos seus opositores nesses debates, parlamentares evangélicos, sobre os seguintes temas: 1) diferentes visões sobre a homossexualidade; 2) a (im)pertinência de enquadrar a lgbtqiapn+fobia na mesma lei que criminalizou o racismo; 3) o problema da severidade das penas previstas pelos projetos em discussão. A criminalização da lgbtqiapn+fobia foi reconhecida posteriormente, em 2019, pelo Supremo Tribunal Federal. O artigo apresenta reflexões sobre o fenômeno da judicialização da política aplicado ao caso em questão. Finalmente, também reflete sobre as implicações dos posicionamentos das parlamentares

1 Maria Clara é doutora em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia, do Instituto de Estudos Sociais e Políticos, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGS/Iesp/Uerj), mestra em Sociologia pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia, da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGS/Fafich/UFMG) e bacharela em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Atualmente é bolsista Proatec no Centro Latino- Americano em Sexualidade e Direitos Humanos, do Instituto de Medicina Social, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (CLAM/IMS/Uerj). E-mail: mariaclaragama@yahoo.com.br Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4342047020658553>

feministas em relação às lutas das minorias sexuais, especialmente no que concerne à luta contra a dominação masculina.

Palavras-chave: Debates parlamentares. LGBTQIAPN+. Minorias sexuais. Discriminações. Congresso nacional.

Abstract: *The article analyzed speeches by parliamentarians on Brazilian federal law projects that aimed to criminalize discrimination arising from sexual orientation and gender identity. These projects were processed between 2001 and 2014. The conceptions of feminist parliamentarians and their opponents in these debates, evangelical parliamentarians, on the following topics were mainly investigated: 1) different views on homosexuality; 2) the (im)pertinence of framing lgbtqiapn+phobia in the same law that criminalized racism; 3) the problem of the severity of the penalties provided for by the projects under discussion. The criminalization of lgbtqiapn+phobia was later recognized, in 2019, by the Federal Supreme Court. The article presents reflections on the phenomenon of judicialization of politics applied to the case in question. Finally, it also reflects on the implications of feminist parliamentarians positions in relation to the struggles of sexual minorities, especially with regard to the fight against male domination.*

Keywords: *Parliamentary deliberations. LGBTQIAPN+. Sexual minorities. Discriminations. National Congress.*

1 – Introdução

Os movimentos feministas e os movimentos LGBTQIAPN+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, *Queer*, Intersexuais, Assexuais, Pansexuais, Não-Binários e demais orientações sexuais e identidades de gênero não hegemônicas) formularam diversas críticas à dominação masculina, mas se desenvolveram por caminhos independentes no Brasil (Pereira, 2018).

A primeira fase dos movimentos feministas se iniciou no País no final do século XIX e início do século XX, tendo como principal bandeira o direito ao voto feminino (Pinto, 2003). Embora espaços de sociabilização homoerótica vinham se constituindo no Brasil desde os anos 1950 (Gomes, 2016), os movimentos políticos das minorias sexuais emergiram no País apenas no

final dos anos 1970. Entre as principais bandeiras levantadas na época pelos movimentos das minorias sexuais estiveram as lutas contra violências e discriminações, além da despatologização da homossexualidade (Simões; Facchini, 2008).

Os movimentos feministas foram pioneiros nas problematizações relacionadas ao patriarcado e à dominação masculina, desenvolvendo campos de estudos sobre gênero que abriram espaço para discussões sobre sexualidade, que ocorreram posteriormente no Brasil, fomentadas principalmente pelos movimentos das minorias sexuais (Pereira, 2018). Esses últimos também influenciaram os movimentos feministas. Como exemplo, podemos citar a influência exercida pelas lésbicas sobre as feministas heterossexuais ao reforçarem as pautas relacionadas à liberdade sexual, ao direito ao prazer e a crítica à heterossexualidade compulsória (Fernandes, 2018).

Entretanto, apesar das influências recíprocas, as convivências entre integrantes desses movimentos nem sempre foram harmônicas. Ao contrário, houve tensões entre feministas e diferentes identidades que constituem os atuais movimentos LGBTQIAPN+, como lésbicas cis, travestis e mulheres trans.

Grupos militantes de lésbicas começaram o ativismo político no Brasil a partir da inserção em grupos de militância homossexual, que também agregavam homens gays, no final da década de 1970. Contudo, as lésbicas se sentiam recorrentemente discriminadas pelos gays, o que acabou gerando o desligamento delas desses grupos e a formação de organizações independentes, constituídas exclusivamente por lésbicas. Isto ocorreu, por exemplo, no grupo *Somos*, que inicialmente incluía lésbicas e gays, até que as primeiras saíram e constituíram um grupo próprio, o *Galf* (Grupo de Ação Lésbica Feminista) (Trevisan, 2011; 2018). Houve também o engajamento de militantes lésbicas em grupos feministas. Entretanto, frequentemente as feministas heterossexuais consideravam os discursos das lésbicas excessivamente radicais e essas últimas se sentiam discriminadas por aquelas (Fernandes, 2018).

É importante ressaltar que até meados dos anos 1970, o movimento feminista era composto principalmente por mulheres brancas de classe média e o “sujeito” do movimento feminista era concebido no singular, correspondendo a esse perfil de mulheres. A partir da metade da década de 1970, o movimento feminista passou a receber críticas de feministas negras e lésbicas, que fomentaram debates acerca do sujeito do feminismo, que deveria ser concebido no plural, considerando-se a diversidade de classes, raças, nacionalidades, idades, entre outras variáveis, que se entrecruzam à dominação de gênero (Coacci, 2014). A partir dos anos 1980, a própria composição do movimento feminista foi se diversificando, passando a incluir mulheres negras e indígenas, pertencentes às classes trabalhadoras (Coacci, 2014).

Judith Butler, no livro *Gender Trouble: feminism and the subversion of identity* (1990), refletindo a respeito das ondas do feminismo e sobre as críticas elaboradas por feministas negras e lésbicas, questiona a universalidade da categoria “mulheres” como sujeito do feminismo e enfatiza os processos excludentes presentes nas constituições de identidades coletivas. Considerando as desigualdades interseccionais, Butler dessaca a pluralidade de condições nas quais as mulheres se encontram e afirma que o termo “mulheres”, por si só, não indica necessariamente o compartilhamento de uma identidade comum. Assim, pensando no feminismo e em suas bandeiras, Butler especula se esse movimento poderia prescindir da categoria “mulheres” como sujeito, ao que responde afirmativamente. Segundo a autora, não é preciso que haja um agente por trás das ações ou movimentos sociais, a não ser que esses movimentos e ações sejam múltiplos, constituídos por diversos grupos e de variadas maneiras. Ao pensarmos no feminismo sem sujeito, ou constituído por múltiplos sujeitos, focamos nas bandeiras levantadas por esse movimento, em especial, a luta contra o patriarcado, contra o sexismo e contra a hierarquização das pessoas a partir do gênero. Nesse sentido, o feminismo assume feições mais amplas, podendo ser engendrado por sujeitos plurais.

Entretanto, para além dessas reflexões teóricas, na prática, as tensões entre feministas heterossexuais/cis, travestis e mulheres trans permaneceram. No IX EBGLT (Encontro Brasileiro de Gays, Lésbicas e Travestis), em 1997, por exemplo, ao se discutir o acesso a políticas públicas para mulheres, algumas participantes hétero e cis defenderam a não inclusão das travestis em tais políticas, alegando que elas seriam, em última instância, homens (Facchini, 2005).

Além da exclusão das travestis, as mulheres trans também foram historicamente excluídas de reuniões feministas, como os grandes encontros latino-americanos, por exemplo. Foi apenas em 2005 que os debates sobre suas participações ganharam centralidade, após pedidos formais de participação nesses encontros, apresentados por grupos trans feministas. A permissão para a participação só foi possível após deliberações, que transcorreram cercadas de controvérsias. Os debates não se concentraram nos possíveis sujeitos do feminismo e na inclusão de novos agentes, mas se detiveram em especulações se mulheres trans seriam realmente mulheres. Tal enfoque revelou que, até aquele momento, as feministas concebiam as mulheres cis como sujeitos exclusivos do feminismo, ainda que a partir de uma perspectiva mais plural. Apesar de terem, finalmente, recebido permissão formal para participarem dos encontros, as participações das mulheres trans não ocorreu sem resistências por parte de mulheres cis (Coacci, 2014).

Considerando as complexas relações e interconexões entre os movimentos feministas e os movimentos das minorias sexuais no Brasil no âmbito da esfera civil, cabe indagar como essas relações têm ocorrido na esfera política institucionalizada. Trata-se de uma questão ampla, que exige diferentes estudos empíricos para a elaboração de respostas. Esse artigo visa contribuir com esses estudos, apresentando os resultados de pesquisa sobre os discursos e posicionamentos de parlamentares feministas nos debates parlamentares sobre projetos de lei que visavam criminalizar discriminações relacionadas à orientação sexual e à identidade de gênero, ambas importantes demandas dos atuais movimentos LGBTQIAPN+.

Os projetos que serão analisados tramitaram nas duas casas do Congresso Nacional entre 2001 e 2014, fornecendo um panorama de quase 15 anos de deliberações.

Estudar esse tema é importante devido à sua relevância para as minorias sexuais, ainda mais levando-se em conta a posição relativamente secundária que a questão ocupa nas pesquisas que envolvem as instituições políticas (Barbabela, 2021). Além disso, é importante salientar que ao longo do período no qual os debates sob análise transcorreram, o único parlamentar assumidamente gay que se posicionou como representante das minorias sexuais foi o deputado federal Jean Wyllys (PSOL/RJ) (Barbabela, 2021). Esse fato aumenta a importância de estudarmos os discursos das parlamentares feministas em relação aos direitos pleiteados por LGBTQIAPN+, pois, apesar de conflitos identitários, tais como os mencionados anteriormente, elas estão entre as maiores defensoras dos direitos das minorias sexuais no Congresso Nacional.

No que tange às mulheres parlamentares é preciso destacar que elas são minoria no Congresso Nacional. Ainda que as posições sociais das mulheres venham se transformando, com a ampliação do seu acesso ao sistema de ensino, com o seu ingresso maciço no mercado de trabalho, com os novos arranjos familiares, o público feminino ainda possui remunerações em média 26% mais baixas que os homens para o exercício das mesmas funções. Além disso, da redemocratização ao ano de 2014, o número de mulheres eleitas para as duas casas do Congresso Nacional não alcançou 10% do número de homens eleitos (Mariano; Biroli, 2014).

Após essa breve explanação em torno da problemática desse artigo, passemos à sua organização. Esse artigo apresenta sete seções. A primeira é essa introdução, que apresenta o tema e as questões em torno das quais a pesquisa se concentrou. A segunda seção aborda a metodologia empregada na pesquisa, bem como conceitos que a guiaram teoricamente, entre os quais: orientação sexual, identidade de gênero, heterossexismo,

cissexismo, homofobia e LGBTQIAPN+fobia. A terceira seção desenvolveu uma breve reconstituição da articulação política em torno da criminalização da discriminação relacionada à orientação sexual e à identidade de gênero no Brasil. A quarta seção apresentou os parlamentares envolvidos nesses debates, enfatizando as trajetórias das congressistas feministas. A quinta seção se dedicou às análises dos debates em pauta. Três temas que emergiram nos debates foram selecionados como objetos de análise: as diferentes concepções sobre a homossexualidade, que estiveram em disputa; a (im)pertinência de enquadrar a LGBTQIAPN+fobia na mesma lei que criminalizou o racismo; o problema da severidade das penas previstas pelos projetos de lei debatidos. A sexta seção tratou do desfecho da criminalização da LGBTQIAPN+fobia, que foi reconhecida no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Tal reconhecimento foi um caso de judicialização da política. As considerações finais apresentam reflexões sobre os desdobramentos dessa criminalização, ocorrida no âmbito do STF, e sobre os posicionamentos das parlamentares feministas em relação aos temas analisados, considerando as implicações de tais posicionamentos nas lutas contra o sistema patriarcal e a dominação masculina.

2 – Metodologia e conceitos fundamentais

O material empírico que compôs a pesquisa foi coletado nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a partir do acompanhamento dos trâmites dos projetos de lei que propuseram a criminalização das discriminações decorrentes da orientação sexual e da identidade de gênero. Os projetos de lei, os pareceres dos relatores, os votos em separado, os discursos e debates parlamentares nas audiências públicas e sessões plenárias constituíram os materiais empíricos da pesquisa.

A partir desses materiais coletados, foram identificados os parlamentares que mais se destacaram nos debates, tendo sido levantadas informações sobre suas trajetórias políticas. Uma vez identificados os parlamentares que participaram

dos debates em pauta, o foco recaiu sobre os discursos desses congressistas. Seguindo uma inspiração foucaultiana, baseada no livro *História da sexualidade*, especialmente no primeiro volume, *A vontade de saber*, buscou-se investigar quem fala, de onde fala, sobre o que fala, assim como os saberes mobilizados nessas falas (Foucault, 1980). Buscaram-se os sentidos atribuídos aos conceitos empregados, assim como algumas concepções que organizam os discursos, como, por exemplo, compreensões a respeito da sexualidade.

O foco das análises recaiu sobre os discursos das parlamentares feministas. Entretanto, esses discursos se desenvolveram através de diálogos e processos relacionais, tendo sido fundamental destacar os interlocutores com quem essas parlamentares debateram, apresentando também os argumentos deles.

O conceito “parlamentares feministas” empregado na pesquisa abrangeu as parlamentares que se definem como feministas as que são reconhecidas como tais e, ainda, as que apresentaram projetos de lei voltados aos direitos das mulheres.

Os conceitos “orientação sexual” e “identidade de gênero” foram empregados segundo as definições de Yogyakarta, legislação internacional que regula os direitos humanos desde 2006. Segundo tais definições, orientação sexual é a capacidade individual de sentir atração emocional e sexual por outros indivíduos. Homossexualidade implica na atração amorosa e sexual de um indivíduo por outro ou outros do mesmo gênero; heterossexualidade, na atração de um indivíduo por outro ou outros de gênero diferente (Princípios de Yogyakarta, 2007); bissexualidade e pansexualidade se referem às atrações amorosas e sexuais de um indivíduo por indivíduos de mais de um gênero (Facchini, 2018).

Já a identidade de gênero se refere a sentimentos subjetivos do indivíduo em relação a ele mesmo, no que concerne às questões de gênero (Princípios de Yogyakarta, 2007). O indivíduo pode se identificar ou não com o gênero que lhe foi atribuído socialmente. Caso haja essa identificação, é um indi-

víduo cisgênero, caso não haja, é um indivíduo transgênero (Facchini, 2018).

O heterossexismo consiste na valorização da heterossexualidade em relação à bi, à pan e à homossexualidade (Welzer-Lang, 2001). O cissexismo consiste na valorização das pessoas cisgênero em relação às pessoas trans (Jesus, 2018).

A homofobia implica a rejeição em relação às pessoas que exibam características que não estejam de acordo com o binômio sexo / gênero que lhe foi atribuído no nascimento. Também implica a rejeição de pessoas não heterossexuais e não cisgêneras (Welzer-Lang, 2001). Posteriormente surgiram demandas para enfatizar as discriminações específicas contra lésbicas, bissexuais e trans, originando, respectivamente, os termos “*lesbifobia*”, “*bifobia*” e “*transfobia*” (Facchini, 2018).

O termo LGBTQIAPN+fobia visa evidenciar as discriminações contra cada uma das identidades que compõem o movimento das minorias sexuais. Essas últimas são definidas como grupos heterogêneos que sofrem discriminações decorrentes de suas identidades de gênero e orientações sexuais fora dos padrões hegemônicos, que por sua vez, são, heterossexistas e cissexistas (Silva Júnior, 2013).

3 – Contextualizando a articulação política em torno da criminalização das discriminações decorrentes da orientação sexual e da identidade de gênero

No início da articulação política dos movimentos de minorias sexuais emergiu o Movimento Homossexual Brasileiro, composto basicamente por gays e lésbicas (Trevisan, 2011). Nesse contexto, as travestis não participavam dessa organização e as pessoas transexuais seguiam invisibilizadas (Carvalho; Carrara, 2013).

Desde o início de suas organizações políticas, as minorias sexuais lutaram contra as diversas discriminações a que

estavam sujeitas. A primeira articulação na esfera política institucional ocorreu durante a Assembleia Nacional Constituinte (ANC), entre 1987 e 1988 (Simões; Facchini, 2008). O Movimento Homossexual Brasileiro reivindicou a inclusão na Constituição Federal de 1988 da proibição de discriminação a partir da orientação sexual (Câmara, 2002).

No contexto da Constituinte não se discutiu sobre a identidade de gênero. Essa omissão pode ser explicada devido à invisibilidade das travestis e pessoas trans na época, tanto dentro quanto fora do então Movimento Homossexual Brasileiro. O conceito “identidade de gênero” ainda não era empregado nesse contexto. As teorias *queer*, desenvolvidas a partir dos anos 1990, colaboraram com as reflexões em torno da identidade de gênero (Colling, 2018).

À medida que o movimento foi se expandindo, novas identidades foram sendo aglutinadas e as denominações e siglas do movimento das minorias sexuais foram acompanhando essas mudanças. Em 2008, grupos militantes estabeleceram durante a I Conferência Nacional GLBT que a sigla seria LGBT e se referiria às lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (Simões; Facchini, 2008). Contudo, a sigla LGBTQIAPN+, por ser mais inclusiva, tem sido cada vez mais empregada e, por essa razão, foi adotada nessa pesquisa.

Apesar da reivindicação do Movimento Homossexual Brasileiro não ter sido atendida pela Assembleia Nacional Constituinte, projetos de lei anti-discriminatórios em relação à orientação sexual passaram a ser apresentados e aprovados nos níveis municipais e estaduais (Coacci, 2016). Nos estados de São Paulo (São Paulo, 2001) e Minas Gerais (Minas Gerais, 2002), por exemplo, projetos assim obtiveram aprovação.

A partir de 2001, foram apresentados na Câmara Federal projetos de lei visando criminalizar as discriminações decorrentes da orientação sexual e da identidade de gênero no âmbito nacional. Alguns desses projetos, por tratarem de temas correlatos, passaram a tramitar conjuntamente. Os seguintes projetos

compuseram essa tramitação conjunta: o PL 5.003/2001 (Brasil, 2001), o PL 5/2003 (Brasil, 2003a), o PL 381/2003 (Brasil, 2003b), o PL 3.143/2004 (Brasil, 2004a), o 3.770/2004 (Brasil, 2004b,) e o PL 4.243/2004 (Brasil, 2004c).

O PL 5.003/2001, da deputada federal Iara Bernardi (PT/SP), determinava sanções administrativas às pessoas jurídicas que praticassem atos discriminatórios relacionados à orientação sexual. Entre essas sanções se incluíam a inabilitação para contratos com órgãos públicos, para acesso a créditos ou isenções tributárias (Brasil, 2001).

O PL 5/2003, também de autoria da deputada federal Iara Bernardi (PT/SP), propunha alterar os arts. 1º e 20º da Lei nº 7.716/1989, que criminalizou o racismo no Brasil, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, que trata da injúria racial, para incluir em ambos a criminalização da discriminação devido ao gênero e à orientação sexual (Brasil, 2003a).

O PL 381/2003, do deputado Maurício Rabelo (PL/TO), também visava alterar os artigos 1º e 20º da Lei 7.716/1989, incluindo a proibição de discriminação devido à cultura (Brasil, 2003b).

O PL 3.143/2004, da deputada federal Laura Carneiro (PFL/RJ), também objetivava modificar os artigos 1º e 20º da Lei 7.716/1989, incluindo as categorias “sexo” e “orientação sexual” em ambos (Brasil, 2004a).

O PL 3.770/2004 do deputado federal Eduardo Valverde (PT/RO) visava promover a liberdade de orientação sexual e identidade de gênero e punir discriminações contra minorias sexuais. Entre as punições estavam previstas multas e detenção de dois a quatro anos (Brasil, 2004b).

Finalmente, o PL 4.243/2004, do deputado federal Edson Duarte (PV/BA), também visava incidir sobre a Lei 7.716/89, criminalizando os atos discriminatórios devido à orientação sexual e propondo a inafiançabilidade desses crimes (Brasil, 2004c).

Em 2005, na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, foi designado como relator desses projetos o deputado federal Luciano Zica (PT/SP), que apresentou um relatório e um projeto substitutivo em relação aos projetos em tramitação. Em seu relatório, Luciano Zica (PT/SP) considerou que dois desses projetos deveriam ser retirados da tramitação conjunta e arquivados. O PL 381/2003 foi retirado da tramitação conjunta por visar criminalizar condutas discriminatórias devido à cultura das pessoas. O termo “cultura” foi considerado pelo relator vago e impreciso para ocupar papel central em um projeto de lei. E o PL 4243/2004 foi retirado da tramitação conjunta por visar a inafiançabilidade dos crimes lgbtqiapn+fóbicos, o que foi considerado pelo relator um agravante às penas, além de ineficaz para combater as práticas discriminatórias. Os demais projetos foram aprovados pelo relator, tendo sido considerados constitucionais e meritosos (Brasil, 2005).

Quanto ao projeto substitutivo apresentado pelo relator Luciano Zica (PT/SP), a proposição foi elaborada a partir da síntese dos quatro projetos aprovados por ele na tramitação apensada. O projeto substitutivo visava alterar artigos da Lei 7.716/1989, que criminaliza discriminações raciais, incluindo as categorias “gênero”, “sexo”, “orientação sexual” e “identidade de gênero”; o §3º do art. 140 do Decreto-Lei 2.848/1940 do Código Penal, que criminaliza injúria racial, incluindo as mesmas categorias; o art. 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, que veda discriminações no trabalho, incluindo as categorias “orientação sexual” e “identidade de gênero”. As penas variavam entre multas, sanções econômicas e até reclusão de um a cinco anos (Brasil, 2005).

Ainda em 2005, o projeto substitutivo do deputado federal Luciano Zica (PT/SP) foi aprovado na Comissão de Justiça e Cidadania. No final de 2006, foi aprovado no plenário da Câmara Federal. Diante da aprovação do projeto substitutivo do deputado federal Luciano Zica (PT/SP), os quatro projetos apensados que haviam sido aprovados pelo relator foram con-

siderados prejudicados e retirados de tramitação (devido à redundância de seus temas, já que partes substanciais de cada projeto foram sintetizadas no projeto substitutivo aprovado). Em 2006, o projeto substitutivo seguiu para o Senado Federal onde foi renumerado, tornando-se o Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 (Brasil, 2006).

No Senado, o PLC 122/06 tramitou na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDHLP) e na Comissão de Assuntos Sociais (CAS), ao longo da 53ª e 54ª Legislaturas. Em 2014, após resistências e polêmicas, o projeto não foi aprovado e acabou sendo arquivado, situação na qual se encontra até a presente data (Brasil, [s.d] a).

4 – Parlamentares envolvidos nos debates

Nessa seção serão apresentados brevemente os perfis dos congressistas apoiadores e opositores ao PLC 122/2006, com ênfase nos perfis das parlamentares feministas. Dos cinco projetos de lei que tramitaram conjuntamente transformando-se no PLC 122/2006, dois foram propostos pela deputada federal Iara Bernardi (PT/SP).

No que se refere à trajetória dessa parlamentar, destaca que Iara Bernardi foi a primeira mulher a ser eleita vereadora em Sorocaba, em 1983. Ao longo da sua trajetória, participou de comissões parlamentares relacionadas à educação e aos direitos das mulheres. Defendeu o projeto de lei que visava estabelecer a cota mínima de 30% de candidaturas femininas apresentadas pelos partidos políticos. Além disso, foi relatora de projeto de lei que propôs que o Sistema Único de Saúde atendesse vítimas de violências domésticas (Moraes, 2010).

A deputada federal Laura Carneiro (PFL/RJ) apresentou um dos projetos de lei que tramitou com os demais projetos que constituíram o PLC 122/2006 (Brasil, 2004 a). Ao longo de sua trajetória política, a deputada federal Laura Carneiro propôs projetos de lei voltados aos direitos das mulheres. Como

exemplo, o Projeto de Resolução de Alteração de Regimento e Outros, que instituiu um comitê de defesa das mulheres contra assédios morais e sexuais na Câmara Federal (Brasil, 2017).

A senadora Fátima Cleide (PT/RO) foi relatora do PLC 122/2006 na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDHLP) e na Comissão de Assuntos Sociais (CAS) (Brasil, [s.d] a). Nas duas comissões, a senadora Fátima Cleide (PT/RO) emitiu pareceres favoráveis ao projeto (Brasil, 2009a; 2009b). A senadora, formada em Letras, iniciou sua atuação política nos movimentos sindicais ligados à educação e se filiou ao Partido dos Trabalhadores em 1988 (Brasil, [s.d] b).

Marta Suplicy (PT/SP) foi eleita senadora na 54ª Legislatura e se tornou relatora do PLC 122/2006 na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. A senadora Marta Suplicy se empenhou na aprovação do projeto, tendo desenvolvido dois projetos substitutivos ao projeto original (Brasil, 2011a; 2011b). Em ambos, propôs modificações visando superar problemas apontados pelos opositores ao PLC 122/2006, para que o projeto fosse aprovado.

Antes de ingressar na política Marta Suplicy (PT/SP) teve intensa militância nos movimentos feministas brasileiros. Entre 1989 e 1992, elaborou e implementou um programa sobre educação sexual nas escolas municipais de São Paulo. Em 1994 foi eleita deputada federal por São Paulo. Nesse mandato apresentou, embora sem sucesso, o PL 1151/1995, que visava o reconhecimento da união civil homoafetiva (Xavier; Aldé; Joffily, 2017). Ao longo de sua carreira política, Marta Suplicy se pronunciou favoravelmente à descriminalização do aborto, importante pauta da articulação política feminista (Mariano; Biroli, 2017).

A senadora Marinor Brito (PSOL/PA) também lutou pela aprovação do PLC 122/2006. Ela considerou o primeiro projeto substitutivo apresentado pela senadora Marta Suplicy, no qual essa última inseriu uma cláusula de defesa da liberdade religiosa, como um abrandamento do projeto original. Assim,

apresentou um voto em separado, contrariamente ao projeto substitutivo da senadora Marta Suplicy, visando à manutenção do projeto original (Brasil, 2011c).

Como parlamentar, a senadora Marinor Brito atuou em questões relacionadas à cultura, à educação e à sexualidade e gênero. No Congresso Nacional, integrou a coordenação da Frente Parlamentar Mista pelo Respeito à Cidadania LGBTI+ (Kahwage, 2019, p.82).

As demais parlamentares que defenderam o PLC 122/2006 tiveram atuações pontuais. Entre elas, estiveram as deputadas federais Manuela d'Ávila (PCdoB/RS) e Cida Diogo (PT/RJ) e as senadoras Serys Slhessarenko (PT/MT), Patrícia Saboya (PSB/CE) e Lídice da Mata (PSB/BA) (Brasil, [s.d] a; Brasil, 2007; 2008).

Entre os defensores desses projetos, aliados às parlamentares feministas nesses debates, estiveram os deputados federais Aloysio Nunes (PSDB/SP), Edson Duarte (PV/BA), Eduardo Valverde (PT/RO), Iran Barbosa (PT/SE), Luciano Zica (PT/SP), além do senador Paulo Paim (PT/SP) (Brasil, [s.d] c; Brasil, [s.d] a; 2007; 2008).

No que se refere aos partidos políticos dos parlamentares que apoiaram os projetos sob análise, a maioria integrava partidos de esquerda e centro/esquerda, como o PT, o PSOL, o PSB e o PV. Entretanto, partidos de centro e centro/direita também se fizeram representar, como o PSDB e o PFL (Brasil, [s.d] c; Brasil, [s.d] a).

Os especialistas que se pronunciaram em defesa do PLC 122/2006, durante a 24ª reunião da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, do Senado Federal, em maio de 2007, foram o professor de História, Jean Wyllys, que, em 2010 viria a ser eleito deputado federal pelo PSOL/RJ, representando os movimentos LGBTQIAPN+; a procuradora da República, Lívya Tinôco; o representante do Conselho Nacional

de Combate à Discriminação, Ivair Santos; e o advogado penal, Evandro Pizza (Brasil, 2007).

Ente os parlamentares que se manifestaram contrariamente ao PLC 122/2006, com exceção do deputado federal José Divino (PMDB/RJ) e do senador presbiteriano Wilson Matos (PSDB/PR), todos os demais são pastores evangélicos. O deputado federal Robson Rodovalho (PFL/DF) pertence à Igreja Sara Nossa Terra (Nossa história [s.d]), o deputado Pedro Ribeiro (PMDB/CE) é membro da Igreja Assembleia de Deus (Folha de São Paulo, 2006), assim como o deputado Marco Feliciano (Fundação Getulio Vargas/CPDOC, [s.d]). O senador Marcelo Crivella (PRB/RJ) é vinculado à Igreja Universal do Reino de Deus (Silva *et al.*, [s.d]) e o senador Magno Malta (PR/ES) é membro da Igreja Batista (Folha de S. Paulo, 2006).

O pertencimento religioso desses parlamentares é constitutivo das suas trajetórias políticas, pois todos se elegeram com o apoio das igrejas às quais pertencem (Luna, 2017). Na época dos debates, esses parlamentares integravam partidos de direita ou centro/direita, como o PFL, o PSC, o PR, o PRB e o PMDB.

Destaca-se também, ao longo da tramitação dos projetos analisados, o aumento da presença dos parlamentares evangélicos no Congresso Nacional. Em 2003, na 52ª legislatura, foi criada a Frente Parlamentar Evangélica (FPE), organização suprapartidária que agrega parlamentares evangélicos e acompanha os projetos de lei considerados nocivos aos preceitos cristãos. Além disso, nessa legislatura foram eleitos 59 deputados evangélicos. Na 54ª Legislatura, esse número subiu para 63 (Cassota, 2015). Ademais, aos poucos, evangélicos foram aumentando suas influências, ao conquistarem presidências de comissões relevantes para os temas das minorias sexuais, como por exemplo, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias, que foi presidida pelo pastor neopentecostal associado à Assembleia de Deus, Marco Feliciano, ao longo do ano de 2013.

Entre os convidados que se posicionaram contrariamente ao PLC 122/2006, nas audiências públicas do Senado Federal, estiveram o integrante da União dos Juízes Católicos do Rio de Janeiro, Paulo Leão, o membro da Academia Evangélica de Letras do Brasil, Guilhermino Cunha, o pastor da Assembleia de Deus, Silas Malafaia, o advogado Paulo Costa, e o presidente da Frente Nacional Cristã de Ação Social e Política, Wilton Acosta (Brasil, 2007).

5 – Análises dos debates

Entre as diversas questões debatidas, três foram selecionadas como objetos de análises: 1) as distintas concepções sobre homossexualidade, que foram expressas nos discursos dos parlamentares; 2) questionamentos sobre a pertinência de enquadrar a criminalização da LGBTQIAPN+fobia na lei que criminalizou o racismo; 3) preocupações em relação à severidade das penas previstas. Passemos às análises de cada uma dessas questões.

5.1. Diferentes concepções sobre a homossexualidade

Durante os debates parlamentares, distintas concepções sobre a homossexualidade foram manifestadas nos discursos dos congressistas. As parlamentares feministas que apoiaram os projetos manifestaram concepções positivas sobre a homossexualidade, relacionando-a à diversidade sexual humana. Citemos, como exemplos, dois discursos de parlamentares feministas:

[...] a pessoa quer apenas exercer a sua orientação sexual, ela não quer agredir ninguém, ela não quer passar na frente de ninguém, ela não quer ser diferente de ninguém. Ela só quer exercer a sua orientação de uma forma livre, democrática, num país que se diz livre e democrático. Deputada federal Cida Diogo (PT/RJ), em pronunciamento na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, no Senado Federal.

Vivemos em uma sociedade moderna que tenta se livrar desses ranços excludentes e preconceituosos. Vamos sim, senhores e senhoras, celebrar a diversidade de nossa gente, a pluralidade de nossa sociedade e aceitar o amor como caminho do bem. Senadora Serys Slhessarenko (PT/MT), em pronunciamento na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, no Senado Federal (Brasil, 2007).

Em seu pronunciamento, Cida Diogo ressaltou a liberdade do exercício da orientação sexual em uma democracia. Slhessarenko, por sua vez, enfatizou que sociedades modernas se caracterizam pelo abandono de preconceitos e pela maior aceitação da diversidade e da pluralidade.

Em contrapartida, alguns dos parlamentares que se opuseram aos projetos manifestaram concepções negativas sobre a homossexualidade e sobre performances de gênero fora dos padrões heterossexistas e cissexistas. Vejamos alguns exemplos:

[...] quando falamos que homossexualismo é considerado na Bíblia uma abominação, não fazemos com desprezo, pelo contrário, nos sentimos honrados. E Deus sabe que falo a verdade quando um homossexual vem à nossa Igreja, quando está triste, quando nos liga, quando pede oração, isso para nós é um encher de glória, independente de mudar ou não por questões de amor ao próximo. Duvido que algum de nós aqui, evangélico, em qualquer momento da sua vida, tenha pregado violência contra homossexuais. A Bíblia também fala de adúlteros, nem por isso se diz aqui que estão matando gente que trai marido e mulher porque a Bíblia fala de adultério. Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ), em pronunciamento na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, no Senado Federal.

Como educador quero continuar tendo o direito e a liberdade de orientar os milhares de crianças, adolescentes e jovens da minha instituição, da instituição em que trabalho, e orientá-los também na área sexual em conformidade com a arquitetura humana, na qual de forma inequívoca somos homens e mulheres, sem que haja direitos especiais para quem faz opções diferentes - Senador Wilson Matos (PSDB/PR), em pronun-

ciamento na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, no Senado Federal (Brasil, 2007).

Em seu pronunciamento, apesar de se manifestar contrariamente à violência contra homossexuais, o senador Marcelo Crivella (PRB/RJ) afirmou que considera a homossexualidade uma abominação. Além disto, ele não utilizou o termo “homossexualidade”, que se refere à orientação homossexual, mas o termo “homossexualismo”, que apresenta uma conotação relacionada à doença. Além disto, associou a homossexualidade a algo condenado socialmente, como o adultério, em uma sociedade monogâmica. O senador Wilson Matos (PSDB/PR), por sua vez, negou o reconhecimento de direitos às minorias sexuais e afirmou que políticas sociais voltadas a essas minorias são privilégios. Além disso, apresentou em seu pronunciamento concepções naturalistas relacionadas aos papéis de gênero, utilizando a expressão “arquitetura humana”, que sugere uma complementaridade entre os gêneros feminino e masculino, a partir de uma base biológica.

A respeito das concepções naturalistas sobre os papéis de gênero, Judith Butler (1990) afirma que elas se baseiam em pressupostos cissexistas e heterossexistas. Segundo a autora, a concepção dicotômica de gênero propicia claras distinções entre os papéis de gênero, hierarquizando os homens em relação às mulheres e delimitando uma correspondência linear entre sexo, gênero e desejo. Qualquer comportamento ou identidade que não corresponda a tais padrões pode ser considerado como desviante.

Daniel Welzer-Lang (2001) também reflete sobre a naturalização do binarismo de gênero, da hierarquia entre homens e mulheres, e da heterossexualidade compulsória. O autor afirma que as classificações dos indivíduos com base no gênero e na orientação sexual se mantêm através de diversas violências que, por seus turnos, perpetuam a dominação masculina. Essas violências incidem sobre mulheres e homens de modos diferentes ao longo dos processos de socialização deles. Enquanto as mulheres são educadas de modo mais recatado, os homens

são encorajados a serem viris e a se afastarem de características associadas à feminilidade, para não correrem o risco de serem tratados como mulheres. Os homens que se assumem homossexuais são, de certo modo, rebaixados de suas posições dominantes, equiparando-se simbolicamente às mulheres.

5.2. Racismo e LGBTQIAPN+fobia

Uma questão que gerou controvérsia foi a adequabilidade de enquadrar a criminalização da discriminação devido à orientação sexual e à identidade de gênero na Lei que criminalizou o racismo no Brasil, a 7.716/1989 (Brasil, 1989). Além disso, a pertinência de ampliar as categorias contempladas pela Lei 2.848/1940 (Brasil, 1940), que criminalizou a injúria racial, incluindo a orientação sexual e a identidade de gênero também foi debatida.

Algumas das parlamentares feministas que apoiaram os projetos sob análise defenderam a adequabilidade de tais inclusões. Vejamos alguns dos discursos dessas congressistas:

Assente, hoje, na jurisprudência, inclusive a do Supremo Tribunal Federal, que o conceito de racismo, para os fins previstos na Carta Magna, não se restringe à discriminação ou preconceito em razão da cor. Faz-se imperioso complementar a redação da citada lei, a fim de alargar seu raio de alcance, tendo em vista punir a discriminação ou preconceito oriundos do sexo da pessoa ou de sua orientação sexual. Deputada federal Laura Carneiro (PFL/RJ), Projeto de Lei 3143/2004, apresentado à Câmara dos Deputados (Brasil, 2004 a).

O direito à orientação sexual é uma faceta da dignidade da pessoa humana tanto quanto o direito a não discriminação em vista da raça ou cor. Não cabe dar a uma delas um tratamento diferente. Senadora Marinor Brito (PSOL/PA), voto em separado apresentado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (Brasil, 2011a).

A deputada federal Laura Carneiro (PFL/RJ) defendeu a necessidade de ampliar o conceito de racismo, englobando

outros tipos de discriminações, como as relacionadas à orientação sexual e à identidade de gênero. A senadora Marinor Brito (PSOL/PA) endossou essa ideia, defendendo o direito de as pessoas não serem discriminadas devido à raça, à cor, à etnia, à orientação sexual e à identidade de gênero. Para a senadora Marinor Brito tal direito é questão de dignidade.

Os deputados José Divino (PMDB/RJ) e Marco Feliciano (PSC/SP), e os senadores Marcelo Crivella (PRB/RJ) e Magno Malta (PR/ES), que se opuseram ao PLC 122/2006, defenderam a inadequabilidade de inserção das criminalizações em pauta na Lei 7.716/1989. Segundo eles, seriam discriminações distintas, cabendo, portanto, regulações em leis diferentes. Esses deputados afirmaram que a orientação sexual diria respeito à esfera comportamental, enquanto a cor e a etnia estariam relacionadas à genética. Vejamos, por exemplo, o seguinte discurso do deputado José Divino (PMDB/RJ):

A orientação sexual, a meu ver, é uma opção, e não um gênero de vida, raça e cor. Trata-se de uma escolha humana para um determinado comportamento, assim como a orientação religiosa, política etc... A opção sexual não é nativa; o ser humano não nasce hétero ou homossexual, ele opta pela vida íntima que levará a partir de um determinado período ao longo de sua existência. (...) Não cabe a inclusão na Lei nº 7.716 e no § 3º do art. 140 do Código Penal, de punições por não aceitação de uma orientação sexual, cujos parâmetros fogem das orientações familiares e sociais. Deputado federal José DIVINO (PMDB/RJ) - voto em separado apresentado à Comissão de Constituição Justiça e Redação, da Câmara dos Deputados (Brasil, 2005b).

O deputado federal José Divino (PMDB/RJ) defendeu diferentes tratamentos para a discriminação devido à orientação sexual e ao racismo. Isso porque, segundo ele, o primeiro tipo de discriminação se daria em relação a um comportamento escolhido, enquanto o segundo, em relação a algo inato, involuntário. O deputado federal José Divino (PMDB/RJ) alegou também que a orientação homossexual foge aos parâmetros aceitos socialmente.

Esse tipo de especulação desenvolvida pelo deputado federal José Divino (PMDB/RJ) em torno da orientação sexual (se essa última se refere à esfera comportamental ou genética) tem suscitado críticas de pesquisadores da área da sexualidade. Em primeiro lugar, porque questionamentos sobre as origens da homossexualidade partem de perspectivas heteronormativas, enquanto as origens da heterossexualidade não são alvo de especulações e investigações (Trevisan, 2011).

Além disso, ao pesquisarem as teorias formuladas em torno dessa questão, os autores Peter Fry e Sérgio Carrara (2016) identificaram dois tipos de explicações para as supostas origens da homossexualidade: essencialistas e construtivistas. As primeiras relacionam a homossexualidade à genética, enquanto as segundas aos processos de socialização. Enquanto as explicações essencialistas apostam na impossibilidade de alteração da homossexualidade, as explicações construtivistas dividem-se em dois tipos: as que acreditam que os comportamentos advindos dos processos de socialização não podem ser mudados e as que acreditam na possibilidade de mudança. Embora alguns cidadãos LGBTQIAPN+ possam simpatizar com a ideia de que as orientações sexuais (e as identidades de gênero) não possam ser alteradas, pois assim se sentem seguros em serem quem são (devido, inclusive, à impossibilidade de mudança), esse argumento é complicado. Até porque, o oposto (a possibilidade de alteração das orientações sexuais) é apresentado como argumento por adeptos da “cura” da homossexualidade.

Diante de todas essas explicações e possibilidades de respostas às origens da homossexualidade, Fry e Carrara (2016) rejeitam todas, afirmando que elas partem de marcos divisórios rígidos entre heterossexuais e homossexuais. Os autores relembram os relatórios de Alfred Kinsey, Wardell Pomeroy e Clyde Martin (1948), que baseados em inúmeras entrevistas, revelaram as complexidades dos comportamentos sexuais das pessoas, bem como certa fluidez nas categorias (Fry; Carrara, 2016). Afinal, como classificar alguém como heterossexual ou homossexual? A partir da auto-declaração? E no caso de homens que fazem sexo

com homens (HSH), mas que não se consideram homossexuais? Quais e quantas experiências classificariam uma pessoa como homo ou heterossexual? Com base nesses tipos de reflexões, os autores questionaram a rigidez com que as categorias classificatórias em relação à orientação sexual são concebidas tanto pelas explicações essencialistas, como pelas explicações construtivistas, refutando, portanto, ambas (Idem, 2016).

5.3. O PLC 122/2006 e a questão da severidade penal

Alguns parlamentares e convidados que debateram o PLC 122/2006 nas reuniões das comissões destacaram a abrangência e a severidade das penalidades previstas no projeto. Esse último antevia um leque amplo de situações criminalizáveis e penalidades que poderiam variar entre o fechamento temporário de estabelecimentos comerciais, a perda de cargos públicos, o pagamento de multas, a interrupções de convênios públicos e até mesmo detenção de um a cinco anos (Brasil, 2008).

Um dos fatores que pode ter contribuído para o desenvolvimento da amplitude de situações criminalizáveis foi a tramitação apensada dos cinco projetos de lei que constituíram o PLC 122/2006. Cada projeto previa determinados tipos de pena. Quando as proposições foram apensadas, essas penalidades foram se somando.

Parlamentares e convidados que se opuseram ao projeto se pronunciaram contra a severidade penal prevista. O senador Marcelo Crivella (PRB/RJ) observou o fenômeno mencionado anteriormente. Segundo ele, as penas foram aumentando à medida que os diferentes projetos de lei sobre o tema foram sendo apensados e passaram a tramitar conjuntamente:

[...] a formulação original da proposta não fazia menção a nenhuma forma de crime, prevendo, sim, sanções de natureza administrativa. Como outros projetos foram apensados à proposição original, os PLs 05 e 381, de 2003, e os PLs 3143, 3770 e 4243, de 2004, passando a tramitar conjuntamente, surgiu a ideia de criminalizar

uma série de condutas. Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ), em pronunciamento na 24ª Reunião extraordinária da Comissão de Assuntos Sociais, no Senado Federal (Brasil, 2008).

Além disso, o senador Marcelo Crivella (PRB/RJ) falou sobre o risco de penalidades severas aumentarem o ódio contra aqueles que motivaram a criação das leis, com as suas respectivas penalidades:

Penas excessivas têm um peso. Elas trazem contra nós uma contração natural. Penas pesadas afetam os amigos, os parentes, os vizinhos, que acabam sentindo ódio contra aquela pessoa que foi a razão pela qual a pena foi aplicada. Não é inteligente para nós. Nós não queremos mais homofobia, nós não queremos mais ódio contra homossexuais. Nós queremos respeito na convivência entre desiguais. Senador Marcelo Crivella (PRB/RJ), em pronunciamento na 24ª Reunião da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, no Senado Federal (Brasil, 2007).

A preocupação em relação às penalidades previstas pelo PLC 122/2006 foi manifestada até mesmo por defensores do projeto. A procuradora da República Lívia Tinoco, por exemplo, se manifestou favoravelmente à criminalização de condutas LGBTQIAPN+fóbicas, mas argumentou que penas severas tornam os operadores do direito refratários às aplicações das leis, o que diminui a eficácia delas. Assim, sugeriu que os relatores do projeto amenizassem as penas previstas, visando aumentar a eficácia e a aplicabilidade da lei (Tinoco, 2007).

Com o intuito de contornar esse problema, a senadora Marinor Brito (PSOL/PA) elaborou um voto em separado, no qual sugeriu a inclusão de um parágrafo na Lei 7.716/1989, que previsse penas alternativas em casos de discriminações perpetradas por réus primários. Marinor Brito sugeriu, entre essas penas, a prestação de serviços às comunidades LGBTQIAPN+, além de medidas educativas referentes à diversidade sexual (Brasil, 2011c).

6 – Desfecho da criminalização da LGBTQIAPN+fobia no Brasil

Conforme exposto na terceira seção desse artigo, seis projetos de lei concernentes à criminalização de condutas lgbtqiapn+fóbicas foram apresentados à Câmara dos Deputados, entre 2001 e 2004. Por possuírem teores semelhantes, foram apensados, passando a tramitar conjuntamente. Entre eles, estiveram o PL 5.003/2001 (Brasil, 2001); o PL 5/2003 (Brasil, 2003a); o PL 381/2003 (Brasil, 2003b); o PL 3.143/2004 (Brasil, 2004a); o PL 3.770/2004 (Brasil, 2004b); e o PL 4.243/2004 (Brasil, 2004c).

Em 2005, o relator desses projetos na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o deputado federal Luciano Zica (PT/SP), apresentou um relatório (sobre os projetos) e um projeto substitutivo (em relação aos projetos em tramitação). O relatório propôs a retirada e o arquivamento de dois projetos da tramitação conjunta: o PL 381/2003 (Brasil, 2003b), por visar criminalizar condutas discriminatórias devido à cultura das pessoas, termo considerado impreciso; e do PL 4.243/2004 (Brasil, 2004c), por visar a inafiançabilidade dos crimes lgbtqiapn+fóbicos, o que foi considerado agravante às penas e ineficaz no combate às práticas discriminatórias. Os demais projetos foram aprovados pelo relator (Brasil, 2005).

O projeto substitutivo resultou da síntese dos quatro projetos aprovados pelo relator Luciano Zica (PT/SP) e propunha alterar artigos da Lei 7.716/1989 (Brasil, 1989), com o intuito de adicionar as seguintes categorias: gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. O projeto também visava alterar o Decreto Lei 2.848/1940 (Brasil, 1940), referente à criminalização da injúria racial, incluindo as mesmas categorias. Finalmente, o PL substitutivo pretendia alterar o Decreto Lei 5452 (Brasil, 1943), da Consolidação das Leis do Trabalho, que prevê igualdade salarial entre trabalhadores para o exercício das mesmas funções, independentemente do sexo, visando incluir os termos “orientação sexual” e “identidade de gênero”. As penas previstas poderiam variar entre sanções econômicas, fechamentos tem-

porários de estabelecimentos, perdas de cargos públicos e até mesmo reclusão de um a cinco anos (Brasil, 2005).

Tanto o parecer, quanto o projeto substitutivo do deputado federal Luciano Zica (PT/SP) foram aprovados na Câmara Federal. Com a aprovação do parecer, os dois projetos que não foram aprovados pelo relator foram retirados de tramitação e arquivados. Com a aprovação do projeto substitutivo, formulado a partir da síntese dos quatro projetos aprovados pelo relator, os projetos que inspiraram o projeto substitutivo foram considerados prejudicados e retirados de tramitação, já que os seus conteúdos substanciais foram contemplados pelo projeto substitutivo. Esse último, por sua vez, seguiu para o Senado Federal, em 2006, tendo sido renumerado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 (Brasil, [s.d] c; Brasil, 2006).

No Senado, o projeto tramitou na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDHLP) e na Comissão de Assuntos Sociais (CAS). Após quase 14 anos de tramitação nas duas casas legislativas, o projeto foi arquivado em 2014 sem obter aprovação, situação na qual se encontra atualmente (Brasil, [s.d] a).

Diante da não aprovação do PLC122/2006, que visava criminalizar a LGBTQIAPN+fobia, duas ações foram ajuizadas visando à equiparação das discriminações devido à orientação sexual e à identidade de gênero ao crime de racismo. Essas ações foram: o Mandato de Injunção (MI) 4733, de 2012, movido pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros (ABGLT) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, movida pelo Partido Popular Socialista, em 2013 (Freitas, 2023).

Em 2019, ambas as ações foram levadas conjuntamente a julgamento, por tratarem de temas correlatos. Em decisão histórica, oito ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceram que havia omissão por parte do Congresso Nacional ao não criminalizar a LGBTQIAPN+fobia, enquanto três se opuse-

ram a tal reconhecimento. Foi deliberado que a Lei 7.716/1989 é aplicável às discriminações LGBTQIAPN+fóbicas.

O reconhecimento da criminalização da LGBTQIAPN+fobia por parte do STF constitui um caso de judicialização da política. Esse fenômeno, que se intensificou ao longo do século XX em diversos países democráticos, é alvo de controvérsia, sendo considerado por alguns como extrapolação das competências do judiciário, enquanto por outros, como ampliação da cidadania e da participação popular, através de canais alternativos à representação política (Vianna, 2002).

Para além das visões políticas divergentes sobre o tema, as confusões conceituais em torno dele aumentam as controvérsias sem, contudo, lançarem luz sobre questões que o perpassam. Nelson Matos e Deborah Detmam (2023) apontam, por exemplo, a confusão entre ativismo judicial e judicialização da política. Ambos destacam que o primeiro termo se refere às situações nas quais o protagonismo judicial não tenha respaldo institucional. Nesses casos, as atuações dos juízes representariam extrapolações da ordem normativa. Já a judicialização da política se refere aos casos nos quais as atuações dos juízes estejam de acordo com o desenho institucional. Ambos os autores endossam o conceito desenvolvido por Torbjörn Vallinder, no capítulo “When the courts go marching in”, no livro organizado por Tate e Vallinder (1997). Segundo Vallinder, a judicialização da política está relacionada a dois fenômenos: 1) a transferência do poder de tomada de decisões dos legisladores para os juízes ou ministros do Judiciário e 2) a disseminação dos métodos de tomadas de decisões dos tribunais, para outras esferas da vida social (Matos; Detmam, 2023). Nessa pesquisa, desconsideramos o fenômeno do ativismo judicial e empregamos o conceito de judicialização da política, segundo a primeira dimensão da definição de Vallinder.

Matos e Detmam (2023) refletem sobre contextos sociais e políticos que propiciaram ou fomentaram o desenvolvimento da judicialização da política. Os autores destacam o advento do Estado social, que ampliou o arcabouço de direitos dos cida-

dãos e benefícios prestados pelo Estado, gerando aumento das demandas legislativas e das políticas públicas. Além disto, o desenvolvimento do Estado constitucional, com a supremacia da Constituição e das leis, contribuiu para o fortalecimento do Judiciário e da judicialização da política. Além disso, crises de legitimação dos poderes Legislativo e Executivo, ambos eletivos, também favoreceram esses processos de judicialização.

Sobre as crises de legitimidade dos Poderes representativos, Tibério Santos (2022) destaca que o presidencialismo de coalizção favorece a formação de conchavos, trocas de favores e relações políticas espúrias, gerando as crises de legitimidade desses Poderes (Santos, 2022). Nesse contexto, críticas à judicialização da política que se baseiam na falta de representatividade do Poder Judiciário se enfraquecem. Inclusive, contrariamente a tais críticas, o fato de o poder judiciário não ser representativo garante a ele a independência necessária para o exercício do seu papel. As decisões judiciais estão sujeitas à lei, mas precisam ser independentes do controle popular.

Santos (2022) destaca que os impasses do Legislativo diante de questões controversas fortalecem o fenômeno da judicialização da política. A impossibilidade de aprovação de determinados projetos de lei pelo Congresso Nacional faz com que entidades e cidadãos interessados recorram ao sistema judiciário, que precisa responder as demandas quando incitado. Inclusive, o autor enfatiza que o Judiciário só atua quando requisitado.

Avritzer e Marona (2014) afirmam que analisar o fenômeno da judicialização da política para além dos marcos teóricos liberais possibilita reconhecer lutas por cidadania, especialmente em contextos desiguais e plurais, como é o caso do Brasil.

Apesar de reconhecerem a possibilidade da judicialização ampliar a cidadania, Avritzer e Marona (2014) também enfatizam a perda deliberativa do Poder Legislativo nos casos nos quais o STF julga matérias típicas do Legislativo, como a respeito do regimento interno desse último. Apesar de conceberem a judicialização da política de modo positivo, os autores defendem

a recuperação das prerrogativas do Legislativo. Um dos caminhos para isto pode ser através da pluralização dos representantes do Poder Legislativo e do fortalecimento das representações das minorias.

Mesmo diante dos desafios a serem superados nos processos de judicialização, é possível afirmar que esses processos garantiram conquistas importantes. Nos Estados Unidos, por exemplo, a judicialização resolveu a questão da segregação racial (Vianna, 2011). No Brasil, no que concerne aos direitos LGBTQIAPN+, podemos citar o reconhecimento da união civil homoafetiva, por parte do STF, em 2011. Além disso, conquistas como o fornecimento de medicamentos através da rede pública de saúde para pessoas vivendo com HIV/aids, o reconhecimento de direitos de heranças referentes a uniões estáveis homoafetivas, o direito a mudanças no nome social de pessoas transgênero, entre outras, foram obtidas no âmbito do STF. O reconhecimento de que discriminações LGBTQIAPN+fóbicas representam condutas criminosas foi mais uma conquista das minorias sexuais obtidas através do STF.

7 – Considerações finais

A pesquisa cujos resultados foram expostos nesse artigo analisou os posicionamentos e discursos das parlamentares feministas em torno de projetos de lei que visavam criminalizar as discriminações decorrentes da orientação sexual e da identidade de gênero, demandas fundamentais para os movimentos LGBTQIAPN+.

As parlamentares feministas apoiaram fortemente essa reivindicação, tanto através dos seus discursos quanto por meio de ações como elaborações de projetos de lei, pareceres e votos em separado e organização de grupos de estudos sobre o tema, além da convocação de uma audiência pública. Essas parlamentares, salvo uma exceção, integravam (no período dos debates) partidos de esquerda, centro/esquerda e centro, como o PT, o PSOL, o PV, o PSB e o PSDB.

Além dessas parlamentares feministas, outros congressistas também apoiaram esses projetos. Esses parlamentares também integravam (no momento dos debates) partidos de esquerda e centro, e se destacaram ao longo de suas trajetórias na defesa de bandeiras progressistas.

Os parlamentares que se manifestaram contrariamente aos projetos formaram um grupo composto por pastores evangélicos de variadas igrejas, entre as quais, a Assembleia de Deus e a Igreja Universal do Reino de Deus. Na época dos debates, esses parlamentares integravam partidos de direita, centro/direita ou centro, como o PFL, o PSC, o PR, o PRB e o PMDB.

Entre os temas que emergiram dos debates, três foram selecionados como objeto de análise da pesquisa. O primeiro tema concerniu às diferentes concepções sobre sexualidade manifestadas pelos parlamentares. As congressistas feministas relacionam as orientações sexuais e as identidades de gênero não hegemônicas à diversidade sexual humana. Essas parlamentares defenderam a livre orientação sexual e identidade de gênero como direitos democráticos.

Os parlamentares evangélicos, em contrapartida, manifestaram concepções negativas em relação a orientações sexuais e identidade de gênero não hegemônicas. Esses parlamentares empregam o termo “homossexualismo”, o qual é associado a concepções patologizantes da homossexualidade, para se referirem à orientação homossexual. Eles apresentaram concepções naturalistas sobre os papéis de gênero e defenderam as finalidades reprodutivas dos atos sexuais. Finalmente, esse grupo se posicionou contrariamente às políticas públicas voltadas às minorias sexuais, por conceberem tais políticas como privilégios ou direitos especiais.

O segundo tema concerniu à pertinência de enquadrar a criminalização da LGBTQIAPN+fobia na Lei 7.716/1989, que criminalizou o racismo. Tal questão suscitou posicionamentos distintos entre os participantes dos debates. Parlamentares feministas apoiaram a adequabilidade dessa inclusão, defendendo a

ampliação do conceito de racismo, para que ele passe a englobar categoriais como orientação sexual, identidade de gênero, entre outras.

Os parlamentares evangélicos defenderam a inadequabilidade de inserção da criminalização da LGBTQIAPN+fobia na Lei 7.716/1989. Eles alegaram que as discriminações motivadas por racismo são diferentes das motivadas por LGBTQIAPN+fobia e constituem, portanto, outro tipo de crime. Esses parlamentares afirmaram que a raça, a etnia ou a cor dos indivíduos são definidas geneticamente, enquanto a orientação sexual pertence à esfera comportamental.

No que concerne à severidade penal, parlamentares em ambos os grupos reconheceram que as penas previstas pelos projetos em pauta eram muito severas. Os parlamentares que demonstraram receio com essa questão argumentaram que penalidades excessivas possuem consequências sociais duras, aumentando o encarceramento, os níveis de violência e o ódio entre os indivíduos. Além disso, penas severas podem fazer com que juízes fiquem refratários à aplicação da lei, diminuindo a eficácia da norma.

Apesar de não ter sido criminalizada pelo Congresso Nacional, a criminalização da LGBTQIAPN+fobia foi reconhecida pelo STF em 2019. Tratou-se de um caso de judicialização da política. Outros direitos das minorias sexuais no Brasil foram reconhecidos através do Poder Judiciário, como a união civil homoafetiva e a adoção de filhos por casais homoafetivos, entre outros. Esses casos de judicialização ocorreram diante dos impasses no âmbito do Poder Legislativo, no que se refere à aprovação de leis que tratam de temas polêmicos e suscitam resistências, tais quais determinados direitos das minorias sexuais. Diante de tais impasses, cidadãos, grupos e entidades recorrem ao Poder Judiciário, pleiteando direitos.

Finalmente, é importante refletir sobre o apoio das parlamentares feministas aos projetos em torno dos direitos das minorias sexuais. Considerando-se que a representação LGBTQIAPN+ no

Congresso Nacional é pequena, é fundamental granjear apoio para qualquer projeto de lei que vise Ao reconhecimento de direitos para esses cidadãos. Mas como interpretar o significado do apoio das parlamentares feministas aos direitos das minorias sexuais em termos da luta contra a dominação masculina?

Para refletirmos sobre essa questão, é interessante resgataremos algumas considerações de Judith Butler (1999) que foram apresentadas ao longo das análises desenvolvidas nesse artigo. Butler destaca que a dicotomia de gênero se baseia em concepções bem definidas sobre ambos os sexos, assim como aos gêneros que devem, necessariamente, lhes corresponder. Assim, pessoas identificadas ao sexo masculino, devem se tornar homens, enquanto as identificadas ao sexo feminino, mulheres. Os desejos aceitos e vistos como normais são os heterossexuais. Há, também, uma forte hierarquia entre os gêneros, segundo a qual, homens são concebidos como superiores às mulheres.

Na mesma linha de raciocínio, Daniel Welzer-Lang (2001), destaca que a hierarquização entre os gêneros masculino e feminino, com a sobreposição do primeiro em relação ao segundo, só é possível devido às concepções dicotômicas do gênero. Essas se baseiam na percepção de que há dois gêneros, claramente definidos: o masculino e o feminino. Há uma linearidade entre o sexo, o gênero e o desejo, que deve ser heterossexual. Nessa perspectiva, homossexuais masculinos são rebaixados e relegados às posições sociais semelhantes às das mulheres (Welzer-Lang, 2001). O autor afirma, portanto, que o sistema de dominação das mulheres e dos homossexuais (aos quais podemos acrescentar as demais minorias sexuais) opera sobre as mesmas bases. Portanto, as lutas feministas e as das minorias sexuais, embora sejam independentes e possuam especificidades, combatem comumente estruturas de dominações masculinistas, patriarcais, heterossexuais e cissexistas.

Nos debates analisados, as parlamentares feministas se destacaram na defesa das demandas concernentes às minorias sexuais. Ao fortalecerem as lutas contra a LGBTQIAPN+fobia, o

heterossexismo e o cissexismo, as feministas combateram alicerces fundamentais da dominação masculina.

8 – Referências:

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº.15, p. 69- 94, set./dez. 2014.

BANCADA evangélica no Congresso encolhe, aponta DIAP. [online]. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u85068.shtml>. Acesso em: 6 set. 2023.

BARBABELA, Pedro. Os dilemas da representação política LGBTI+: notas sobre as eleições legislativas municipais de 2020 no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 04, n. 14, maio/ago. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Fátima Cleide – RO: dados pessoais**. Senado Federal, *Brasília*, [s.d] b. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/senador/-/perfil/3371>. Acesso em: 06 set. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5003/2001**, de 7 de agosto de 2001. Determina sanções às práticas discriminatórias em razão da orientação sexual das pessoas. [online]. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2001. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=31842>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5/2003**, de 18 de fevereiro de 2003. Altera os arts.1º e 20º da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual. [online]. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2003 a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104327>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 381/2003**, de 18 de março de 2003. Altera a redação dos arts. 1º e 20º da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, incluindo como passível de punição legal a discriminação envolvendo a cultura ou os valores culturais. **Câmara dos Deputados**,

Brasília, 2003 b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=106927> Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3.143/2004**, de 16 de março de 2004. Altera a Lei 7.716/89, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor. [on-line]. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2004 a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=156327> Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 3.770/2004**, de 9 de junho de 2004. Dispõe sobre a promoção e reconhecimento da liberdade de orientação, prática, manifestação, identidade, preferência sexual e dá outras providências. [on-line]. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2004 b. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=226920&filename=PL+3770/2004. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.243/2004**, de 7 de outubro de 2004. Estabelece o crime de preconceito por orientação sexual, alterando a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. [on-line]. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2004 c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=266196> . Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Resolução de Alteração do Regimento e outros 9PRC 281/ 20170**, de 17 de setembro de 2017. Altera a Resolução 25, de 2001, para instituir o ‘Comitê de Defesa da Mulher contra Assédio Moral ou Sexual no âmbito da Câmara dos Deputados. [online]. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node011in5vo3nm6rwh896wnai0dew13672432.node0?codteor=1602119&filename=PRC+281/2017. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto substitutivo do relator**, de 20 de abril de 2005, sobre os Projetos de Lei 5.003/2001; 5/03; 381/2003; 3.143/2004; 4.243/2004 e 3.770/2004. **Câmara dos Deputados**, Brasília, Congresso Nacional, 2005. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=297961&filename=Tramitacao-PL+5003/2001 Acesso em: 26 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Trâmite do Projeto de Lei 5.003/2001**, de 7 de agosto de 2001. **Câmara dos Deputados**, Brasília, [s.d] c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/31842> . Acesso em: 30 nov. 2023

BRASIL. Câmara dos Deputados.. **Voto em separado sobre o Projeto de Lei 5/2003**, de 12 de agosto de 2005. Altera os arts. 1º e 2º da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989 e o § 3º do art. 140 do Código Penal, para incluir a punição por discriminação ou preconceito de gênero e orientação sexual. [online]. **Câmara dos Deputados**, Brasília, 2005b. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD12AGO2005.pdf#page=253> Acesso em 29 nov 2023.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto 2.848/ 1940**, de 7 de dezembro de 1940. Dos crimes contra a organização do trabalho. Brasília: Presidência da República, 1940.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto 5.452/1943**, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Brasília: Presidência da República, 1943.

BRASIL. Presidência da República. **Lei 7.716**, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de raça ou de cor. Presidência da República, 1989.

BRASIL. Senado Federal. **12ª Reunião Extraordinária da Comissão de Assuntos Sociais**, da 2ª Sessão Legislativa Ordinária da 53ª legislatura realizada no dia 15 de maio de 2008, quinta-feira, às 10 horas. **Brasília**: Senado Federal, 2008. Disponível em: https://www.academia.edu/107598990/Reuni%C3%A3o_Comiss%C3%A3o_de_Assuntos_Sociais_PL_122_06 Acesso em: 29 nov. 2023

BRASIL. Senado Federal. **24ª Reunião Extraordinária da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa**, da 1ª Sessão Legislativa Ordinária da 53ª Legislatura, ocorrida em 23 de maio de de 2007, quarta-feira, às 14 horas. **Brasília**: Senado Federal, 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/107598913/Reuni%C3%A3o_Comiss%C3%A3o_Direitos_Humanos_e_Legisla%C3%A7%C3%A3o_Participativa_PL_122_06 Acesso em 29 nov. 2023

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 122/2006**, de 15 de dezembro de 2006. Altera a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 _ Código Penal_

e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584077&ts=1630421107838&disposition=inline&_gl=1*dr8lqq*_ga*MTkxMjcxNTA1OC4xNjk2MzY4OTcz*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMTI4MTQ0MC41LjEuMTcwMTI4MTUzMj4wLjAuMA. Acesso em: nov. 2023

BRASIL. Senado Federal. **Relatório legislativo. Parecer sobre o Projeto de Lei 122/2006**, de 29 de abril de 2009. **Senado Federal**, Brasília, 2009- a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584086&ts=1594021254756&disposition=inline>. Acesso em: 29 nov. 2023

BRASIL. Senado Federal. **Relatório legislativo. Parecer sobre o Projeto de Lei 122/2006**, de 14 de setembro de 2009. **Senado Federal**, Brasília, 2009- b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584095&ts=1594021254940&disposition=inline>. Acesso em: 20 nov. 2023.

BRASIL. Senado Feral. **Relatório Legislativo. Parecer sobre o Projeto de Lei 122/2006**, de 10 de maio de 2011. **Senado Federal**, Brasília, 2011a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584131&ts=1594021255455&disposition=inline>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Legislativo. Parecer sobre o Projeto de Lei 122/2006**, de 5 de dezembro de 2011b. [online]. **Senado Federal**, Brasília, 2011c. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3584149&ts=1630421108485&disposition=inline&_gl=1*dkrmgf*_ga*MTkxMjcxNTA1OC4xNjk2MzY4OTcz*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMTI4MTQ0MC41LjEuMTcwMTMwNjI5NC4wLjAuMA. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Trâmite do PLC 122/2006**. Brasília: Senado Federal, [s.d] a. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-5003-2001>. Acesso em: 29 nov. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Voto em separado sobre o Projeto de Lei da Câmara 122/2006**, de 8 de dezembro de 2011. [on-line]. **Senado Federal**, Brasília, 2011c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/>

sdleg-getter/documento?dm=3584167&ts=1594021255867&dispositivo=online. Acesso em: 21 set. 2022.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira: 1999.

CÂMARA, Cristina. **Cidadania e orientação sexual**: a trajetória do grupo Triângulo Rosa. Rio de Janeiro: Academia Avançada, 2002.

CARVALHO, Mario Felipe Lima; CARRARA, Sérgio. Em direção a um futuro trans? Contribuição para a história do movimento de travestis e transexuais no Brasil. **Sexualidad, Salud y Sociedad - Revista Latinoamericana**, n. 14, p. 319-351, 2013.

CASSOTA, PRISCILA. **Avaliando a atuação dos deputados evangélicos na Câmara dos Deputados: comportamento partidário ou religioso?**. Dissertação Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de São Carlos, 2015.

COACCI, Thiago. Encontrando o transfeminismo brasileiro: um mapeamento preliminar de uma corrente em ascensão. **Revista História Agora. A revista de História do tempo presente**, n.1, p. 134 - 161, 2014.

_____. Como o direito se relaciona com o gênero e a sexualidade?. In: RAMOS, Marcelo; NICOLI, Pedro; BRENER, Paula. **Gênero, sexualidade e direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.

COLLING, Leandro. Impactos e/ ou sintonias dos estudos *queer* no movimento LGBT do Brasil. In: GREEN, James; QUINALHA, Renan; CAETANO, Márcio; FERNANDES, Marisa. **História do movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 515 - 531.

FACCHINI, Regina. **Sopa de Letrinhas?**: movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

FACCHINI, Regina. Múltiplas identidades, diferentes enquadramentos e visibilidades: um olhar para os 40 anos do movimento LGBT. In: GREEN, James; QUINALHA, Renan; CAETANO, Márcio; FERNANDES, Marisa. **História do movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 311-329.

FERNANDES, Marisa. Ações Lésbicas. In: GREEN, James; QUINALHA, Renan; CAETANO, Márcio; FERNANDES, Marisa. **História do Movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 91-120.

FOUCAULT, Michel. **A história da sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

FREITAS, Mateus Nunes Vigilato. **A criminalização da LGBTfobia e o STF**: análise da efetivação do precedente vinculante da ADO 26 pela via da reclamação. Trabalho de conclusão de curso Bacharelado em Direito - Universidade Federal de Goiás, 2023.

FRY, Peter; CARRARA, Sérgio. “Se oriente, rapaz!” Onde ficam os antropólogos em relação a pastores, geneticistas e tantos “outros” na controvérsia sobre as causas da homossexualidade?”. **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 59, n 1, p. 258 - 280, jun. 2016.

GOMES, Juliana. **Por um constitucionalismo difuso**: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. Salvador: JusPODVM, 2016.

JESUS, Jaqueline. Travessia: caminhos da população trans na história. In: GREEN, James; QUINALHA, Renan; CAETANO, Márcio; FERNANDES, Marisa. **História do movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Alameda, 2018. p. 379- 392.

KAHWAGE, Nathália. **Representação política, gênero e relações de poder**: análise de aspectos discursivos da atuação das vereadoras de Belém e de Manaus no Facebook. 2019. Mestrado (Programa de Pós-Graduação Comunicação, Cultura e Amazônia) - Universidade Federal do Pará, Belém, 2019.

KINSEY, Alfred; POMEROY, Wardell; MARTIN, Clyde. **Sexual behavior in the human male**. Philadelphia: W.B. Saunders Company, 1948.

LUNA, Naara. A criminalização da “ideologia de gênero”: uma análise do debate sobre diversidade sexual na Câmara dos Deputados em 2015. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 50, 2017.

Marco Antônio Feliciano: verbete. Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, [s.d]. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/marco-antonio-feliciano>. Acesso em: 6 set. 2023.

MARIANO, Rayani; BIROLI, Flávia. O debate sobre aborto na Câmara dos Deputados (1991-2014): posições e vozes das mulheres parlamentares. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 50, 2017.

MATOS, Nelson Juliano Cardoso; DETTMAM, Deborah. O mal-essar da judicialização da política: o princípio da separação de poderes sob a hegemonia democrática. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 21, n. 36, p. 148-180, fev. 2023.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa de Minas Gerais. **4.170/2002**. Determina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa de Minas Gerais, 2002.

MORAES, Letícia. Bernardi, Iara. Centro de Documentação e Pesquisa de História Contemporânea do Brasil. **CPDOC-FGV**, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: **Iara Bernardi | CPDOC - Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (fgv.br)**. Acesso em: 6 set. 2023.

PEREIRA, Cleiton Feitosa. “Conexões entre o movimento feminista e LGBT no Brasil”. **Caderno Espaço Feminino**, Uberlândia, v. 31, n.1, p. 345-369, outubro, 2018.

PINTO, Céli Regina PINTO, Céli Regina. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e à identidade de gênero. Indonésia, 2007. Disponível em: **http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf**. Acesso em: 6 set. 2023.

SANTOS, Tibério Celso. O desequilíbrio institucional entre os Poderes Republicanos: elementos estruturais, circunstanciais e o fenômeno da judicialização da política. **Revista de Ciências do Estado**, Belo Horizonte, v. 8, n. 1, p. 1-23, 2023.

SÃO PAULO. **Lei 10.948/2001**. Dispõe sobre as penalidades a serem aplicadas à prática de discriminação em razão de orientação sexual. Disponível em: www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10948-05.11.2001.html. Acesso em 5 set. 2023.

NOSSA história. [online]. **Saranossaterra**, Brasília, [s.d]. Disponível em: <https://saranossaterra.com.br/nossa-historia/>. Acesso em 6 set. 2023.

SILVA, Fabrício Pereira da; MARQUES, Bruno; URBINATI, Inoã. **Marcelo Bezerra Crivella: verbete**. Centro FGV: CPDOC, Rio de Janeiro, [s.d]. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/crivella-marcelo>. Acesso em: 6 set. 2023.

SILVA JÚNIOR, Assis Moreira. As minorias sexuais e as políticas públicas do governo federal: entre avanços e retrocessos. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 2, n.º 2, p. 21- 54, ago., 2013.

SIMÕES, Júlio; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Perseu Abramo, 2008.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

TREVISAN, João Silvério. "Somos o que mesmo?". In: GREEN, James; QUINALHA, Renan; CAETANO, Márcio; FERNANDES, Marisa. **História do movimento LGBT no Brasil**. São Paulo: Editora Alameda, 2018. p.137 - 155.

VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching. In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjorn (orgs). **The global expansion of judicial power. Nova Iork**, New York Universit Press, 1997. p.2-13.

VIANNA, Luiz Werneck (org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck . **A modernização sem o moderno: análises de conjuntura na era Lula**. Brasília: Contraponto, 2011.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v.9, n. 2, p. 460 - 482, jan., 2001.

XAVIER, Libânia; ALDÉ, Lorenzo; JOFFILY, Mariana. **Marta Tereza Suplicy**. FGV- CPDOC, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/marta-teresa-suplicy>. Acesso em 6 set. 2023.

Recebido em 20/09/23

Aprovado em 16/11/23

A

Avaliação legislativa no Brasil: efeitos da Emenda Constitucional nº 109, art. 37, § 16

Roberta Simões Nascimento¹

SOARES, Fabiana de Menezes; HERMONT, Thiago; MAGALHÃES, Paula Gomes de (orgs.). **Avaliação legislativa no Brasil: efeitos da Emenda Constitucional nº 109, art. 37, § 16.** Belo Horizonte: Dialética, 2023. 248 p.

Palavras-chave: Avaliação legislativa; Poder Legislativo; Políticas públicas; Legística; Processo legislativo.

Keywords: *Legislative evaluation; Legislative power; Public policies; Legistics; Legislative process.*

“Os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”. Esse é o conteúdo do art. 37, § 16, da Constituição Federal, inserido pela EC nº 109/2021, mote do livro “Avaliação legislativa no Brasil: efeitos da Emenda Constitucional nº 109, art. 37, § 16”, organizado por Fabiana de Menezes Soares, Thiago Hermont e Paula Gomes de Magalhães. A obra reúne a colaboração de diversos autores tendo como pilares temas relacionados à iniciativa e à implementação da

1 Professora adjunta na Universidade de Brasília. Advogada do Senado Federal desde 2009. Doutora cum laude em Direito pela Universidade de Alicante, na Espanha. Doutora e mestre pela Universidade de Brasília – UnB. Professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Minas Gerais – UFMG. Professora do Curso de Experto *Bases para una Legislación Racional* na Universidade de Girona, na Espanha.

avaliação de políticas públicas no Brasil nos planos federal, estadual e municipal; à utilização dos instrumentos de avaliação de impacto para a proteção de dados pessoais; às possibilidades de utilização da jurisprudência pelos legisladores; à utilização da linguagem e da racionalidade na argumentação legislativa; à utilização de evidências na legislação tributária e os reflexos da utilização da legística na sistematização do saneamento básico na cidade de Manaus.

A disparidade nos temas tratados é apenas aparente. Existe um claro fio condutor ao longo de todos os capítulos: a preocupação com os “efeitos da Emenda Constitucional nº 109, art. 37, § 16”, fazendo jus precisamente ao subtítulo do livro. Os capítulos podem ser lidos fora da ordem em que apresentados, o que confere ao leitor a vantagem de poder lê-los em doses homeopáticas e sem prejuízo de que algum intervalo de tempo medeie a leitura, já que cada capítulo reúne uma unidade autônoma de argumento. Traz o tipo de formato que exige a modernidade e atende a quem tem pressa: no livro “Avaliação legislativa no Brasil”, o leitor encontrará contribuições que aliam perspectiva teórica e visão realista e concreta sobre os problemas e desafios relacionados à institucionalização da avaliação das políticas públicas no Brasil. Recém-publicado, já se pode dizer que é uma obra de referência sobre legislação e regulação no país. Além de bem estruturado, o livro faz recomendações importantes a partir do diagnóstico revelado, com foco no incremento da atuação legislativa e da avaliação das políticas públicas no Estado brasileiro.

Passa-se a uma breve síntese de cada um dos nove capítulos para que o leitor tenha um panorama do valor da leitura.

O primeiro capítulo é *“A implementação da análise do cumprimento das leis no Brasil: contexto, governança, instrumentos”* de autoria da Fabiana de Menezes Soares, professora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – e coordenadora do Observatório para a Qualidade da Lei. Já no início, a autora se debruça sobre a natureza do novo mandato de avaliação criado pela EC nº 109/2021. Conforme o raciocínio desenvolvido, trata-se de norma constitucional de

eficácia contida, não limitada, não sendo possível admitir sua mitigação pela necessidade de novas normas infraconstitucionais ou infralegais. A autora apoia seu argumento, de forma especial, na riqueza de fontes do direito referentes ao sistema constitucional de avaliação da aplicação da lei via serviços públicos, arcabouço normativo necessário e suficiente para dar conta da efetividade do art. 37, § 16, da Constituição Federal. A própria atuação do Tribunal de Contas no controle da qualidade dos gastos públicos – afirma a autora – disponibiliza informações importantes e indicadores do insucesso da legislação que servem de amparo para viabilizar a avaliação constitucional.

Por outro lado, Fabiana de Menezes Soares observa que um dos obstáculos à implementação da avaliação legislativa diz respeito à necessidade de dados oficiais legíveis, estatísticos e cartográficos, o que se conecta com a competência da União nos termos do art. 21, inciso XV, e art. 22, inciso XVII, da Constituição Federal, para “organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional” e para legislar sobre “sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais”. De fato, sem insumos informacionais, não há avaliação possível. Da mesma forma, apoiando-se no magistério pioneiro do suíço Luzius Mader em *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation* (Lausanne; Payot, 1985), a autora recorda a necessidade de pessoal técnico capacitado e especializado em analisar dados e verificar resultados, sugerindo que sejam firmadas parcerias com escolas superiores para a formação continuada das equipes.

Nesse contexto, a autora avança para apresentar o Projeto LegisLab, que existe desde 2018 na UFMG. Trata-se de um laboratório de tecnologia social para inovação em ensino de graduação, sediado na Faculdade de Direito, mas articulado com a Ciência Política, cujo principal objetivo é pensar problemas reais e ofertar soluções factíveis a partir da análise de casos concretos (problemas legislativos e/ou regulatórios municipais, estaduais ou federais) em perspectiva transdisciplinar. O trabalho se dá com fundamento em dados e evidências, com o auxílio da ciência de dados, e pautado na publicidade e valores

como cooperação, convivência, respeito ao dissenso. De forma pioneira, sem dúvidas, esse é o tipo de experiência que pode colaborar com a implementação do art. 37, § 16, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 109/2021.

Retornando ao tema da institucionalização da avaliação legislativa, a autora traz a experiência da Suíça, em que foram adotadas diversas iniciativas tendentes a desenvolver a cultura de avaliação das leis. Nesse país foi formalizada a Sociedade Suíça de Avaliação – SEVAL, composta por representantes de universidades e centros de pesquisa vinculados ao ensino superior e por representantes de órgãos administrativos municipais, cantonais e da confederação. Entre as atividades da SEVAL, a autora destaca a proposição de diretrizes de avaliação para o setor público, a documentação de boas práticas, a capacitação de agentes e a fixação de padrões de avaliação (os chamados *standards SEVAL*), os quais são elaborados a partir de bases de apoio mais concretas, como manuais e guias que decodificam as etapas procedimentais em diretrizes práticas que permitem concretizar comandos legais e regulatórios em gestão legislativo-regulatória.

Essa parte do texto é sumamente interessante e o leitor deverá prestar atenção na explicação que a autora dá sobre as cinco etapas funcionais de um bom ciclo de avaliação. São elas: a) Planejamento; b) Concepção do mapa de entregas; c) Definição da Executoriedade das Entregas (Execução); d) Acompanhamento (Monitoramento) das atividades de Avaliação; e e) Conclusão (Apresentação e divulgação do relatório). O leitor encontrará no próprio texto do capítulo melhor compreensão da metodologia da legística nos termos muito mais didáticos da própria Fabiana de Menezes Soares, que é uma das maiores – se não a maior – especialista do assunto no Brasil. A autora descreve o padrão para uma análise metodológica estruturada e racionalizante do problema em torno do impulso para legislar. Logo na sequência, expõe o papel da Legística na avaliação legislativa e como sopesar as diversas soluções possíveis para a tomada de decisão.

O capítulo é encerrado com considerações importantes sobre a processualização da avaliação, a linguagem (simples) – com destaque para a boa prática do “Manual de redação parlamentar da Assembleia Legislativa de Minas Gerais” –, informações empíricas sobre a presença da avaliação legislativa em parlamentos ao redor do mundo e uma proposta de análise estruturada criada e adotada no âmbito do LegisLab. O livro não poderia começar de maneira melhor: o primeiro capítulo traz o estado da arte sobre o universo que permeia o recém-acrescentado art. 37, § 16, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 109/2021. Após a leitura, fica muito claro que aprimorar a avaliação de políticas públicas no Brasil não é uma tarefa simples. Exigirá um esforço de longo prazo, considerando a experiência comparada, já que mesmo países mais avançados vêm investindo há décadas no fortalecimento das capacidades institucionais relacionadas à elaboração e avaliação das leis.

O capítulo segundo “*A EC 109 e a avaliação de políticas públicas: iniciativas federais, estaduais e municipais*”, de Thiago Hermont, segue a linha do anterior. O autor começa com os avanços de Jean-Daniel Delley no texto *Pensar a lei. Introdução a um procedimento metódico*, apresentando a utilidade do passo a passo que o autor estrangeiro propõe para balizar as políticas públicas de maneira racional e sistematizada. Na sequência, procede ao inventário das ações institucionais relacionadas à avaliação das políticas públicas, como a criação do Conselho de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas – CMAP – no plano federal, do Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará –IPECE –, do Centro de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas – CM&A – no Espírito Santo, do Sistema Estadual de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas no Estado de Minas Gerais, do Núcleo de Monitoramento e Avaliação de Políticas Públicas no Estado do Rio Grande do Sul e da Coordenadoria de Acompanhamento de Políticas Públicas – CAPP– em Santa Catarina. No âmbito municipal, o autor cita o Observatório de Indicadores da Cidade de São Paulo – ObservaSampa. Cada um desses órgãos é objeto de explicação quanto às respectivas atribuições. O levantamento feito por Thiago Hermont mostra que a preocupação não só

com as políticas públicas, mas também com a forma de avaliá-las é anterior à própria EC nº 109/2021.

O capítulo terceiro *“A avaliação de impacto regulatório como instrumento para garantia do direito à proteção de dados pessoais: um estudo de caso da Rede Nacional de Dados em Saúde”*, de Ana Beatriz Rezende Rosa e Fabiana Miranda Pres-tes, traz uma interface importante da elaboração legislativa: o advento da Lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. As autoras explicam a problemática envolvida na falta de consideração dos aspectos de tratamento dos dados pessoais no âmbito do processo decisório intrínseco à elaboração normativa, como a avaliação de impacto legislativo e regulatório. Após percorrerem a literatura de referência e apresentarem os princípios da LGPD, as autoras revelam os déficits do arcabouço normativo que instituiu a Rede Nacional de Dados em Saúde – RNDS –, que desatende aos parâmetros de *data privacy*, inclusive ao que foi estabelecido na ADI nº 6.649 e na ADPF nº 695. A partir do estudo de caso relacionado à RNDS, fica evidenciada a importância de inserir a temática de proteção de dados pessoais na avaliação de impacto regulatório, o que não significa – e isso é alertado pelas próprias autoras – que dados pessoais não possam ser utilizados em políticas públicas. A preocupação é no sentido de que sejam considerados os riscos e a sensibilidade de informações pessoais, sobretudo em caso de vazamentos ou de uso indevido. Realmente, esse tipo de cuidado deve permear doravante tanto a atividade de elaboração das leis e políticas públicas, quanto as de gestão e implementação, cujas ferramentas tecnológicas precisam atentar para a proteção de dados pessoais.

O capítulo quarto *“A jurisprudência aplicada: deveres do legislador e ferramentas para a avaliação de políticas públicas”*, de Cristiane Silva Kaitel e Esther Külkamp Eyng Prete, propõe a utilização dos princípios da jurisprudência no cumprimento do dever de avaliação das políticas públicas estabelecido pela EC nº 109/2021. Para as autoras, a consideração dos elementos de eficácia, eficiência e efetividade conforme os princípios da jurisprudência deve ser adotada como padrão de execu-

ção do dever de avaliação. Tais princípios legisprudenciais são minuciosamente explicados com base no pensamento de Luc J. Wintgens. Para o leitor que não conhece as ideias do importante autor belga, um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento e disseminação da legisprudência, o capítulo é uma excelente forma de adquirir familiaridade com os principais pontos de sua teoria. De forma didática, as autoras passam por cada um dos deveres legisprudenciais listados por Wintgens, arrematando com a reflexão sobre os motivos pelos quais sua aplicação durante a avaliação das políticas públicas pode aumentar a racionalidade e a eficiência, a um só tempo, das políticas públicas e dos procedimentos de avaliação. O argumento resulta irretocável.

O capítulo quinto *“Modelagem de processo: instrumento para execução de políticas públicas”*, de Paula Gomes de Magalhães, mostra a utilidade da modelagem de processos, por meio de suas representações gráficas, para a operacionalização da legística e como seu uso pode trazer mais transparência, acesso à informação e simplificação quanto à compreensão das normas. A autora define modelagem (ou mapeamento) como um método de representação de processos implementados por uma instituição, do modo mais preciso e completo possível, com o objetivo de contribuir para a análise, identificação e proposição de melhorias no processo. A ideia de considerar “processo” o conjunto de atos ou atividades necessárias para alcançar um determinado resultado pretendido, de fato, está diretamente relacionada ao contexto da legística. Como enfatiza a autora, esse campo pode ser identificado como um processo, pois se refere a um conjunto de procedimentos sugeridos para se elaborar uma norma de qualidade. Daí a importância da abordagem interdisciplinar com vistas a operacionalizar os benefícios da teoria. A metáfora “legística = processo” trazida pela autora ilumina o desafio metodológico relacionado ao art. 37, § 16, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 109/2021.

O capítulo sexto *“Linguagem simples, legística e avaliação legislativa: qualificadores da avaliação de políticas públicas”*, de

Pietra Vaz Diógenes da Silva e Thábata Filizola Costa, procura responder à seguinte pergunta: como a linguagem simples pode contribuir para a avaliação de políticas públicas estabelecida na EC nº 109/2021? Para isso, as autoras começam com uma excelente revisão da literatura sobre o movimento da linguagem simples (linguagem clara ou linguagem cidadã). Aqui, mais uma vez, o leitor não familiarizado com o debate terá a oportunidade de um excelente primeiro contato, já que as autoras reconstroem ideias, autores, datas, marcos, etc., tudo muito didaticamente. Trazem, por exemplo, a diferença entre linguagem fácil e linguagem simples: a primeira se volta para pessoas com dificuldades de ler e escrever (o objetivo central é tornar o texto inclusivo para pessoas com deficiência ou com dificuldades de aprendizado, para analfabetos funcionais, imigrantes ou pessoas cuja língua materna é diferente do idioma utilizado no texto), ao passo que a segunda é utilizada para promover maior compreensibilidade do texto, mas de forma menos estigmatizante que a primeira (o objetivo é colocar os usuários da mensagem no centro da comunicação).

O percurso demonstra a convergência de objetivos entre a linguagem simples e a legística: ambas pretendem textos mais acessíveis e compreensíveis. Por isso, na construção das autoras, a inserção da linguagem simples nas metodologias de avaliação legislativa contribui para que se mude o referencial da avaliação de políticas públicas. Trata-se não só de mensurar indicadores de resultado, mas também de incluir os atores sociais envolvidos em determinada política pública, os quais passariam a ser sujeitos, aptos a participar de todo o ciclo e, idealmente, protagonistas do processo. Dessa forma, para as autoras, a adoção da linguagem simples reorientaria os próprios métodos e técnicas da avaliação de políticas públicas nos termos da EC nº 109/2021. O principal propósito da sugestão é que sejam abandonados o *juridiquês* e o *burocratês*, comuns nas comunicações governamentais. A chamada de atenção quanto à inclusão social, a partir da linguagem, na obrigação estabelecida pela EC nº 109/2021 – para que se garanta a inteligibilidade dos textos das políticas públicas e dos respectivos instrumentos de avaliação –, não poderia ser mais oportuna. No futuro, espera-se

que as autoras desenvolvam padrões ou parâmetros mínimos que consolidem a utilização da linguagem simples na avaliação de políticas públicas. O capítulo deixa o leitor com gosto de “quero mais” frente ao enorme potencial do tema.

O capítulo sétimo *“Racionalidade e argumentação legislativa em uma cultura da justificação democrática das leis”*, de Rodrigo Élcio Marcelos Mascarenhas, tomando como premissa a necessidade de demonstrar as motivações do impulso de legislar, apresenta as visões de três autores da teoria da legislação – Luc J. Wintgens, Manuel Atienza e Daniel Oliver-Lalana – e um guia principiológico para fundamentar e realizar a avaliação de impacto legislativo, apontada como instrumento acessório do debate legislativo. O autor, então, mergulha nos desenvolvimentos teóricos de cada um, começando pela explicação dos princípios jurisprudenciais de Wintgens: o princípio da alternatividade, o princípio da densidade normativa, o princípio da temporalidade e o princípio da coerência. Além de um comentário individual para cada princípio, o autor explana a forma como cada um deles se conecta aos demais para garantir a liberdade do indivíduo, o centro de gravidade ao redor do qual deve ser alocada a racionalidade do legislador, segundo o pensamento de Luc J. Wintgens.

Depois, Rodrigo Élcio Marcelos Mascarenhas reconstrói a teoria da legislação de Manuel Atienza, com destaque para o modelo de cinco níveis de racionalidade legislativa: racionalidade comunicativa ou linguística, racionalidade jurídico-formal, racionalidade pragmática, racionalidade teleológica e racionalidade ética. O capítulo é finalizado com a apresentação da visão de Daniel Oliver-Lalana, cuja principal preocupação é o desenvolvimento de modelos de análise de debates legislativos capazes de avaliar a um só tempo a qualidade da deliberação e seus componentes de racionalidade. Para Daniel Oliver-Lalana, o debate parlamentar é a principal fonte justificatória das leis, conforme a perspectiva jurisprudencial. Com a revisão dessa literatura, o capítulo sétimo, de fato, abre caminhos para a institucionalização da avaliação de políticas públicas positivada na EC nº 109/2012 a partir da preocupação com a justificação dos

atos normativos. Não restam dúvidas quanto ao potencial desse instrumento para tal propósito.

O capítulo oitavo “*Por uma legislação tributária baseada em evidências: avaliação legislativa, políticas tributárias e a responsabilidade do legislador*”, de Thiago Álvares Feital, concentra preocupações no planejamento e avaliação da legislação tributária. Considera a sua capacidade de efetivar direitos humanos, recordando que o fundamento da competência de avaliar o sistema tributário remonta à EC nº 42/2003, que inseriu o art. 52, inciso XV, da Constituição Federal. O autor conta que tal dispositivo se originou de uma sugestão de Misabel Derzi, com inspiração no direito francês, com o objetivo de apreciar a evolução e o impacto econômico, social e orçamentário do conjunto de tributos, bem como de formular recomendações sobre toda questão relativa a tributos. Partindo da literatura de referência, o capítulo percorre as obrigações do legislador em: 1) estabelecer os fatos que fundamentam a legislação; 2) apreciar os dados e as alternativas; 3) avaliar prospectivamente; e 4) observar e corrigir a legislação. O autor conecta tais deveres à forma de proceder à avaliação e usa exemplos concretos de violação da obrigação de proceder à avaliação da tributação brasileira. Nesse contexto, o autor ainda elenca e comenta as deficiências observadas, de quatro ordens: 1) cumulatividade tributária; 2) obsolescência da tributação do consumo; 3) excessiva complexidade das normas em vigor; e 4) má distribuição da carga tributária, dedicando um comentário a cada um desses problemas.

Fechando o texto, o autor ainda propõe um modelo sob a forma de matriz para a avaliação especificamente da legislação tributária. A partir da leitura desse capítulo oitavo, nota-se a importância de conhecer a fundo o campo da política pública em análise, pois a visão do todo (a floresta inteira, não só uma de suas árvores) pode ser o diferencial para a correção de desenhos e aperfeiçoamento de problemas do sistema correspondente (no caso, o tributário). Além disso, especialmente para quem se interessa por política fiscal e pelos fundamentos filosóficos da tributação, a leitura ilumina consideravelmente

a complexidade envolvida na decisão de cobrar tributos. De maneira especial, chama a atenção para a importância de ter-se clareza sobre objetivos da legislação tributária: se extrafiscais ou de mero incremento do espaço fiscal necessário à realização de direitos humanos. De fato, essa definição pode mudar definitivamente a perspectiva da avaliação da política pública. Por fim, o autor alerta também que o foco excessivo na questão da eficiência empobrece a discussão. Mais uma vez, parece ter toda razão.

O capítulo nono *“Os reflexos da saúde pública no Brasil e o saneamento básico: análise da sistematização na cidade de Manaus à luz da legística”*, de Bianor Saraiva Nogueira Júnior e Berenice Miranda Batista, fecha o livro. Assim como no capítulo anterior, tem-se uma contribuição “aplicada”: o capítulo se centra no saneamento básico no Brasil e na cidade de Manaus, tomados como pano de fundo para discorrer sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e os instrumentos de saúde pública. De fato, como bem explicam os autores, existe uma relação intrincada entre a falta de saneamento básico, a proliferação de doenças e problemas de saúde que têm repercussão na efetivação de outros direitos fundamentais de provisão estatal. O texto faz um breve histórico da questão sanitária no Brasil, para logo concentrar-se no caso da cidade de Manaus. O direito ao saneamento básico é considerado pelos autores como fundamental, pois assegura as condições de dignidade da pessoa humana, de modo que isso justifica a aplicação dos instrumentos da legística para torná-lo efetivo, a partir da elaboração de normas adequadas e da gestão pública das necessidades sociais. Nessa parte, os autores expõem as principais ferramentas à disposição do legislador, cujo emprego consideram urgente na proteção dos valores mínimo existencial, saúde pública e meio ambiente. De certa forma, a leitura do capítulo reforça a amplitude das ferramentas teóricas relacionadas ao aperfeiçoamento da legislação – parece não existir assunto que não se beneficie desse conhecimento – e, ao mesmo tempo, da cobertura dos art. 37, § 16, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 109/2021. Espera-se que a efetivação da avaliação de políticas públicas alcance também

os casos em que essas são praticamente inexistentes, como é o caso do saneamento básico, a despeito dos notáveis avanços observados na legislação nos últimos anos.

Da leitura do livro “Avaliação legislativa no Brasil: efeitos da Emenda Constitucional nº 109, art. 37, § 16”, é possível aprender bastante sobre: os aspectos da metodologia da legística formal e material; a racionalidade e argumentação legislativa por meio da legisprudência; a importância da linguagem simples para que a mensagem da norma chegue corretamente a seus receptores; o papel da interdisciplinaridade como meio para oferta de instrumentos que viabilizem a prática da legística; a avaliação legislativa aplicada às políticas tributárias; e os efeitos da avaliação da norma para as políticas públicas e para a proteção de dados pessoais. Essas ideias centrais permeiam todos os capítulos. Os autores nelas insistem, repetindo e repisando conceitos com o caráter pedagógico típico dos acadêmicos que se enveredam por uma tarefa nada trivial: impulsionar a construção jurídica e institucional da avaliação de políticas públicas no Brasil, que agora conta com estatura de obrigação constitucional nos termos do art. 37, § 16, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 109/2021.

A partir desta resenha, fica demonstrada a qualidade e a utilidade da abordagem do livro organizado pela brilhante professora Fabiana de Menezes Soares e seus talentosos discípulos Thiago Hermont e Paula Gomes de Magalhães. Do ponto de vista do conteúdo, a compilação apresenta ideias-chave de forma honesta e didática e leva o leitor a assimilar as principais ferramentas teóricas e práticas capazes de pavimentar o caminho para a melhoria da realidade social por meio da produção de normas melhores. A par disso, a publicação prova que a produção de conhecimento a várias mãos é possível sem perda do rigor nas análises e do cuidado nas pesquisas. Portanto, além de reiterar que a leitura de “Avaliação legislativa no Brasil: efeitos da Emenda Constitucional nº 109, art. 37, § 16” vale muito a pena, só resta desejar vida longa e próspera à professora Fabiana de Menezes Soares e sua equipe de acadêmicos, para que continuem produzindo mais pesquisas e trabalhos como este.

5

Doutrina da Legislação entre a ciência e a política

Tendências de desenvolvimento da Legisprudência – Parte 1

Theory of Legislation between Science and Political

Trends of development in Legisprudence – part 1¹

Klaus Meßerschmidt²

Tradução: Ian Fernandes de Castilhos³

Na Finlândia, temos leis demais, mas não o suficiente.⁴

1 Artigo publicado no periódico alemão ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium (<https://www.zjs-online.com/index.php>), no ano de 2008. Versão original disponível em https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2008_3_56.pdf.

2 Professor da cátedra de Direito Tributário e Direito Público da Universidade de Erlangen-Nuremberg (FAU).

3 Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), mestre em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), advogado e professor da Fundação Educacional de Além Paraíba (Feap), membro do Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades (GPRAJ/UnB). E-mail: ian-castilhosadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3330144512406314>.

4 Declaração de um cientista da legislação finlandês, citado por Karpen (1999, p. 400, 419).

1 – Problema

Nossa vida diária, assim como a sociedade moderna como um todo, é em grande parte determinada por leis⁵. O Estado, especialmente o Estado de Direito, é um estado de leis e, portanto, necessariamente, um Estado de legislação⁶. No entanto, a Doutrina da Legislação (*Gezetsgebungslehre*) continua a levar uma existência sombria na ciência e na academia⁷. Ao mesmo tempo, grandes projetos legislativos, como o Projeto de Código Ambiental (UGB) ou a reforma das sociedades de responsabilidade limitada (GmbH), sublinham a importância não só da legislação, mas também de seu conteúdo técnico e de seus fundamentos. Não é mais suficiente apenas ser bem versado no assunto a ser regulamentado. É necessária uma compreensão abrangente dos pressupostos, funções e limites da legislação. Este artigo visa, portanto, fornecer uma introdução a algumas questões importantes da multifacetada Teoria da legislação e informações sobre o que a Doutrina da Legislação pode alcançar, para o que ela oferece soluções e que problemas não resolvidos ela abriga, quem contribui para a Doutrina da Legislação e qual é a posição da Ciência do Direito e, em particular, do Direito Constitucional a esse respeito.

2 – Conceitos

De acordo com a compreensão habitual do termo, a Doutrina da Legislação (*Gezetsgebungslehre*) deve ser entendida como o conjunto das teorias que tratam da criação, elaboração

5 Cf. por exemplo, Schuppert, (1998, p. 105 e seguintes).

6 Meßerschmidt, Gesetzgebungsermessens, 2000, p. 70 e seguintes.

7 Apenas algumas poucas faculdades o oferecem como parte do currículo. Se é oferecido, é como um curso eletivo, não como um curso obrigatório. No entanto, novos programas de especialização prometem uma recuperação. Cf. Stellenwert der Gesetzgebungslehre in der Juristenausbildung den allerdings nicht mehr aktuellen Bericht von Merten, in: *Schreckenberger* (1986, p. 178 e seguintes).

e efeito de leis⁸. Nesse contexto, a elaboração de leis é objeto da técnica legal (*Gesetzestechnik*) ou técnica legislativa (*Gesetzgebungstechnik*) ou, como é chamada na Áustria em particular, da Legística (*Legistik*)⁹. A avaliação do impacto legislativo trata do impacto das leis ou, mais precisamente, de sua antecipação no contexto de projetos legislativos. Ela serve para explorar e avaliar comparativamente a legislação pretendida e aplicável (incluindo suas alternativas), com a ajuda de uma abordagem de pesquisa interdisciplinar, e visa garantir a racionalidade do processo legislativo¹⁰. A Doutrina da Legislação (*Gesetzgebungslehre*), por outro lado, forma um termo “guarda-chuva”, que abrange tanto componentes jurídicos clássicos, como os fundamentos e limites constitucionais da legislação (nesse aspecto, a Doutrina da Legislação aparece como uma subárea do Direito do Estado¹¹), quanto às teorias extrajurídicas. O conceito de Teoria da Regulamentação¹² (*Rechtssetzungstheorie*) deixa claro que outros tipos de regulamentos, além da lei propriamente dita, em particular portarias¹³ e estatutos, também devem ser levados em consideração. A esse respeito, trata-se de mais do que uma mera “teoria funcional do Primeiro Poder”¹⁴. Ainda

8 Cf. introdução Karpen (1998 e 2006).

9 Cf. Öhlinger (1982) e Schäffer (1976, p. 192 e seguintes).

10 Cf. Ennuschat (2004, 986 (992)).

11 N.T: O Direito do Estado (*Staatsrecht*) é o ramo do Direito existente nos países de língua alemã que estuda a estrutura interna do Estado, as relações entre seus órgãos e as relações jurídicas básicas entre o Estado e as pessoas sujeitas à sua esfera de atuação. Inclui o estudo das normas constitucionais, mas vai além, englobando normas infraconstitucionais como, por exemplo, as leis eleitorais e de organização dos partidos políticos.

12 N.T: O termo “*Rechtssetzung*” não possui uma tradução direta. Entretanto, enquanto o termo “*Gesetzgebungs*” se refere propriamente ao que chamamos no Brasil de legislação, “*Rechtssetzung*” tem um sentido mais amplo, englobando decretos, portarias, diretivas e outros atos regulamentares.

13 Meßerschmidt (2004).

14 Karpen (2008, p.5 , nota de rodapé 7).

mais amplo é o termo Teoria Regulatória (*Regulierungstheorie*), que se situa mais fortemente em um contexto de ciência social e representa uma certa abordagem ali. Em outros aspectos, os termos Doutrina da Legislação (*Gesetzgebungslehre*), Teoria da Legislação (*Gesetzgebungstheorie*) e Ciência(s) da Legislação (*Gesetzgebungswissenschaft*), bem como – menos frequentemente na Alemanha – Legisprudência¹⁵, são utilizados como sinônimos, mas às vezes refletem diferentes pré-compreensões e ênfases: se a palavra “Doutrina da Legislação” (*Gesetzgebungslehre*) representa mais uma arte de boa legislação e a transmissão de experiência histórica e prática, as formações de expressões com “teoria” (“-*theorie*”) ou “ciência” (“-*wissenschaft*”) sinalizam uma abordagem mais orientada cientificamente, normalmente transcendendo a Teoria do Direito. Além disso, a formação plural “ciências legislativas” expressa o fato de que não existe uma ciência legislativa, mas sim uma multiplicidade de abordagens diferentes, que são primariamente o resultado das abordagens das respectivas disciplinas-mãe. A Doutrina da Legislação (*Gesetzgebungslehre*) é, portanto, idealmente, uma síntese de diferentes doutrinas legislativas. A Doutrina da Legislação (*Gesetzgebungslehre*) não inclui a crítica de leis concretas, a menos que esta seja apresentada como a aplicação de uma Teoria da Legislação que vá além da lei individual.

3 – Doutrina da Legislação na educação jurídica

A Doutrina da Legislação não tem uma posição fácil no curso de Direito¹⁶. À primeira vista, concorre com outras “dis-

15 Ver, no entanto, Mader (2006, 143 [145]; Wintgens (2005); Wintgens (2006, p. 1) e Wintgens (2007). O conceito de *Legisprudence* poderia se estabelecer internacionalmente. O termo “nomologia” é bastante incomum.

16 Sobre a importância da Teoria da Legislação na formação jurídica, ver o relatório, que já não está atualizado, Dertlen (1974, p. 178 e seguintes, nota 3). Na Alemanha, são oferecidos cursos sobre ciência legislativa, especialmente em Hamburgo, Speyer e Berlim, ver também Karpen (2006, p. 125 e seguintes.). Sobre a gama relativamente, se não absolutamente, maior de cursos de treinamento na pequena Suíça, ver Mader (2006, p. 143). Um exemplo animador é a participação ativa de estudantes de Berlim no concurso de redação

ciplinas da moda” ou “disciplinas de orquídeas”¹⁷ que insistem em ser incluídas nos currículos já superlotados, logo, levam a uma “existência de flores de parede”¹⁸. No entanto, a aspiração de maior consideração da Doutrina da Legislação pouco tem a ver com a emancipação de matérias menores. Pelo contrário, a Doutrina da Legislação, assim como a metodologia jurídica, é uma matéria básica, sem que esse rótulo tenha a intenção de atribuir-lhe um lugar específico na sequência dos estudos jurídicos. Assim como outras disciplinas básicas, como Teoria do Direito ou Filosofia Jurídica, ela, por um lado, é importante; por outro, é de difícil compreensão para iniciantes, razão pela qual é oferecida a alunos avançados. A Doutrina da Legislação compartilha o destino da marginalização curricular com outras disciplinas jurídicas denominadas cautelares¹⁹, como, em particular, a modelagem de contratos²⁰, ainda pouco praticada durante os estudos jurídicos.²¹

sobre “Fabricação de Direito” do “Fórum de Direito de Humboldt”, realizado em 2006 sob o patrocínio do Ministério Federal da Justiça. A participação do Ministro Federal da Justiça na cerimônia de premiação também foi um gesto nada evidente diante do pensamento hierárquico que ainda predomina na ciência. Cf. www.humboldt-forum-recht.de.

17 N.T: “Disciplina-orquídea” (*Orchideenfach*) é uma expressão coloquial utilizada na língua alemã para designar, pejorativamente, uma área de estudo incomum e sofisticada, de pouca utilidade e que atrai interesse de poucos alunos, resultando a sua oferta nas universidades em despesa questionável.

18 Mader (2006, p. 143 [144]). N.T: “Existência de flores de parede” (*Mauerblümchendasein*) é uma expressão coloquial alemã que designa a situação de uma pessoa ou coisa que recebe pouca atenção.

19 “Disciplinas jurídicas cautelares” (*Kautelarjurisprudenz*) são aquelas disciplinas voltadas para a prevenção de problemas e conflitos jurídicos.

20 “Modelagem de contratos” (*Vertragsgestaltung*) é uma atividade jurídica acautelatória, que visa assegurar, pelos meios legalmente permitidos, que os objetivos de alguém numa relação contratual serão alcançados por meio do assecuramento de certas situações e o afastamento de outras.

21 Sobre a exigência de maior consideração da *Kautelarjurisprudenz* (*compliance*), ver Reh binder (1982).

No entanto, seria injusto denunciar a negligência do ensino da Doutrina da Legislação apenas como um déficit, sem admitir que existem boas razões para a posição subordinada da matéria nos estudos jurídicos: os juristas são, antes de tudo, leitores e usuários das leis, não seus autores. Somente uma pequena minoria de estudantes estará mais tarde envolvida direta ou indiretamente na formulação de leis na burocracia ministerial ou em associações, como assessores legislativos. A esmagadora maioria dos juristas continuam envolvidos na aplicação e interpretação das leis, seja como servidores administrativos²², seja como juízes ou advogados, sem mencionar aqueles que substituem habilidades legais por rotina burocrática em sua profissão com a ajuda de correspondências padronizadas e modelos de texto. É certo que a Doutrina da Legislação, especialmente a técnica legislativa, também interessa àqueles que só a aplicam, pois aumenta a sensibilidade à redação, aos motivos e à estrutura das leis, assim como existe uma estreita relação entre a arte da interpretação jurídica ou a teoria do método e a técnica legislativa, pelo que o conteúdo da legislação se dá a entender como subsunção invertida²³.

4 – Doutrina da Legislação na ciência

Status

Os estudos de Doutrina da Legislação – independentemente de sua frequente conexão com a Ciência do Direito – não são de responsabilidade de uma única disciplina, mas sim um assunto interdisciplinar transversal.²⁴ No âmbito da Ciência

22 N.T: O termo utilizado no original é “*Verwaltungsjuristen*”, que não possui tradução direta. Essa categoria profissional possui como função elaborar os projetos de lei de iniciativa do poder público.

23 Maihofer (1981, p. 3 e seguintes) 25.

24 Cf. Smeddinck (2006, p. 35 e seguintes) com mais referências.

do Direito, ela visa corrigir sua redução a uma “ciência da jurisprudência”²⁵. Ela foi bem-sucedida, pelo menos na medida em que existe agora uma ampla literatura, principalmente jurídica, sobre questões legislativas²⁶. Por outro lado, a interpenetração sistemática da legislação com métodos da Ciência Política e das Ciências Econômicas na Alemanha parece precisar de desenvolvimento, tanto em assuntos específicos como em uma comparação internacional²⁷.

Uma distinção geral pode ser feita entre duas dimensões da Doutrina da Legislação:

ela se esforça por um lado, por uma compreensão causal-descritiva da legislação em seus contextos, condições, causas e efeitos e, por outro lado, também empreende esforços para obter declarações prescritivas sobre como a legislação poderia e deveria ser racionalmente e o mais efetivamente possível, de acordo com predeterminados objetivos, valores e tarefas²⁸.

Em contraste, a caracterização da ciência legislativa como uma “Doutrina Geral da Legislação baseada na pesquisa de fatos jurídicos” e “teoria científica para a prática legislativa de uma melhor preparação científica e orientação da legislação”²⁹ descreve apenas um subconjunto da Doutrina da Legislação,

25 Schilcher (1981, p. 35 e seguintes) para mais referências.

26 Isto já é evidenciado pelo inchaço da literatura. Desde a bibliografia seletiva (20 páginas) sobre a Teoria da Legislação de Schreckenberger (1986, p. 187 e seguintes), foram acrescentadas centenas e centenas de contribuições, que só podem ser incluídas de forma muito seletiva. Cf. também a recente bibliografia de Karpen (p. 169 e seguintes, nota de rodapé 13), que é particularmente útil devido à inclusão de ciência legislativa e literatura jurídica de outros países europeus.

27 Ver, porém, mais recentemente, Ismayr (2007).

28 Schäffer (1988, p. 11-13).

29 Maiohfer (p. 24, nota 16).

que também pode ser entendida como parte de uma Teoria da Regulação mais abrangente.³⁰ Finalmente, não há necessidade de justificar o fato de que a Doutrina da Legislação aplica-se em grande parte de forma análoga em relação ao estabelecimento de regulamentos infralegais, o que não exclui apresentações especiais da emissão de decretos e portarias ou regulamentos administrativos.

Desenvolvimento

O desenvolvimento da Doutrina da Legislação é feito em ciclos – ainda mais do que normalmente acontece nas demais ciências. Com o renascimento da Doutrina da Legislação na década de 1970, um século sem Doutrina da Legislação chegou ao fim – para dizê-lo com apenas um pouco de exagero. Os protagonistas desse renascimento foram autores como Maihofer, Rödiger e Noll, o qual publicou um livro sobre a Doutrina da Legislação³¹, que foi seguido, em particular, por um pequeno manual de Hill³². Entretanto, o número de publicações, sobretudo monografias, inicialmente permaneceu baixo na Alemanha³³. Após a Associação dos Juristas Suíços³⁴ (1974) e a Conferência dos Juristas Austríacos³⁵ (1979), a Conferência dos Juristas Alemães de 1980 tratou pela primeira vez, embora de forma não muito produtiva, de questões legislativas abrangentes sob a perspectiva crítica da “enchente de leis” e do

30 Rödiger (1976, p. 5 e seguintes), 8.

31 Noll (1973).

32 Hill (1982).

33 Krems (1979).

34 Conferir Schweizerischer Juristenverein (1974).

35 Österreichischen Juristentages (1979, p. 5 e seguintes).

“perfeccionismo legislativo”.³⁶ A fundação da Sociedade Alemã para a Legislação – DGG – (1987)³⁷ e a Revista da Legislação (*Zeitschrift für Gesetzgebung*, ZG), publicada pela mesma, também se enquadram nesse período. Além disso, a Associação de Professores de Direito do Estado escolheu a Doutrina da Legislação como tema de sua conferência.³⁸ Após este “toque de espada”³⁹ jurídico, no entanto, o tema da Teoria da Legislação voltou a ficar em segundo plano⁴⁰, sem que a discussão e a pesquisa científica legislativa fossem interrompidas. A continuidade é proporcionada, em particular, pelo trabalho de avaliação de impacto⁴¹.

36 Negociações do 53º DJT Berlim 1980, Vol. II (relatórios da reunião) Parte Q, 1980, com breves apresentações como parte do evento de encerramento.

37 Presidido por Karpen, contato via dggev@web.de. Sobre as origens e desenvolvimento da DGG. Ver Karpen (1994, p. 525-527). Veja também o volume de aniversário de Karpen (1998). Na Áustria e na Suíça, existem organizações vitais na forma da Österreichische Gesellschaft für Gesetzgebungslehre (ÖGGGL, na internet em <http://www.sbg.ac.at/oeggl/> com links para sociedades e institutos em outros países) e da Schweizerische Gesellschaft für Gesetzgebung (SGG). Desde 1991, existe também a Associação Europeia de Legislação (EAL) (cf. Karpen, 2006, p. 125), que publica sua própria série (principalmente) de publicações em língua inglesa no Nomos-Verlag (12 títulos), cf. *inter alia* Karpen (1995); Karpen, Delnoy (1996); EAL (1998); Mader, Karpen (2006) e Karpen (2006); para outros títulos, ver Karpen (2006, p. 125 (131)).

38 Cf. sobre a conferência de 1981 de professores de Direito Constitucional VVDStRL 40 (1981), 1982, com palestras de Kloepfer, Eichenberger e Novak sobre o tema da deliberação “Legislação no Estado constitucional”.

39 N.T. O toque da espada (*Ritterschlag*) consiste na ação simbólica medieval em que o futuro cavaleiro é tocado por uma espada e, assim, torna-se realmente um cavaleiro.

40 Sintomático é o destino das aulas de Doutrina da Legislação de Noll, que seu sucessor descreve da seguinte forma: “Eu assumi esta aula [sobre Doutrina da Legislação] de Peter Noll, o pioneiro neste campo que infelizmente morreu cedo, e que tinha perdido a alegria dela – principalmente por causa da falta de interesse dos estudantes” (Müller, 1999).

41 Veja abaixo, no ponto IX. 2

Autores como Karpen⁴² e Kloepfer⁴³, em particular, defendem a continuidade da moderna Doutrina da Legislação, enquanto Hans Schneider se destacou, acima de tudo, com seu manual sobre legislação⁴⁴, que representa uma compreensão jurídica tradicional da legislação dificilmente compatível com uma Teoria da Legislação multidisciplinar – o que é imperativo hoje em dia. Isso difere de uma antologia editada por Schreckenberger, que oferece um pouco de tudo⁴⁵. Uma linha independente de tradição está incorporada nos manuais mais ou menos oficiais sobre técnica legislativa escritos principalmente por técnicos legislativos da burocracia ministerial, como, mais recentemente, o *Manual de formalidades jurídicas (Handbuch der Rechtsförmlichkeit)*,⁴⁶ cujo nome deriva do papel do Ministério Federal da Justiça como órgão central de revisão jurídica (cf. § 38 para. 3 GGO II)⁴⁷. Além disso, a Doutrina da Legislação na Áustria e na Suíça não deve, de forma alguma, ser ignorada. A Legística austríaca e a Teoria da Regulamentação suíça⁴⁸ gozam, com razão, de uma excelente reputação e têm sido, há muito, mais institucionalizadas e indiscutivelmente mais influentes em seus países de origem do que suas congêneres alemãs. Aqui, os

42 Cf. em particular Karpen (1989).

43 Cf. em particular Kloepfer (1981, p. 63).

44 H. Schneider, *Gesetzgebung*, 3ª ed, 2002.

45 Schreckenberger (1986, nota 25).

46 *Bundesministerium der Justiz* (1999). Cf. antes disso, em particular Müller (1968), e *Bundesakademie für öffentliche Verwaltung* (1984) – provavelmente mais conhecida sob o nome do então presidente Mattern – assim como *Bundesministerium des Inner* (1992).

47 Na versão de 25 de março de 1996 (GMBL 1996, 449); entretanto, substituída pela GGO de 9 de agosto de 2000 (GMBL 2000, 526).

48 Cf. além daquelas mencionadas separadamente abaixo, Departamento Federal de Justiça, *Bundesamt Für Justiz* (2007); Eichenberger (1978); Hotz (1983) e Rhinow (1979); Morand (1999) e, em resumo, Mader (2006, p. 143).

nomes Öhlinger⁴⁹, Schilcher⁵⁰, Walter⁵¹ e Winkler⁵² (Áustria), assim como Fleiner-Gerster⁵³, Mader⁵⁴ e Müller⁵⁵ (Suíça), devem ser notados em particular para a pesquisa bibliográfica. Para os estudiosos do mundo de língua alemã, abre-se, com isso, a oportunidade de uma comparação acadêmica facilitada e um animado intercâmbio. Além disso, especialmente no contexto da integração jurídica europeia, para a Doutrina da Legislação alemã, é de crescente importância a Ciência da Legislação estrangeira, principalmente europeia.⁵⁶

Desde a virada do milênio, tem havido um ressurgimento visível da Doutrina da Legislação. O 65º Congresso dos Juristas Alemães (Deutsche Juristentag – DJT), em 2004, com o tema “Caminhos para uma legislação melhor” (“Wege zu besserer Gesetzgebung”),⁵⁷ e o programa Legislar Melhor, no contexto europeu, formaram o clímax desse desenvolvimento até agora.⁵⁸

49 Cf. Öhlinger (1982, p. , nota 6).

50 Cf. em particular Winkler/Schilcher (nota 16).

51 Cf. por exemplo Walter (1982, p. 144).

52 Cf. em particular Winkler/Schilcher (nota 16).

53 Cf. em particular Fleiner (1985).

54 Cf. em particular Mader (1985).

55 Müller (2006).

56 Cf. Para uma visão geral, Karpen (1999, p. 400).

57 Cf. Em particular, Blum (2004) e também os ensaios complementares, em particular por Schulze-Fielitz (2004, p. 862); Schneider (2004, p. 105) e Ennschat (2004, p. 986).

58 Cf. como as etapas mais importantes o livro branco (*Weißbuch*) *Governança europeia (Europäisches Regieren)* KOM (2001), 428 final, de 25.7.2001; o chamado Relatório Mandelkern *Para melhores leis (Auf dem Weg zu besseren Gesetzen)*, relatório final de 13.11.2001, publicado em tradução alemã pelo Ministério Federal do Interior na série *Estado moderno – administração moder-*

Ao mesmo tempo, uma série de monografias sobre a Doutrina da Legislação (*Gesetzgebungslehre*) no sentido amplo tem aparecido nos últimos anos, além do crescimento das contribuições mais curtas, mas não menos importantes, em periódicos e antologias. Entretanto, a chamada “literatura cinzenta”⁵⁹ também desempenha um papel acima da média, uma vez que as fundações políticas, como a Fundação Friedrich Ebert⁶⁰, também se

na (*Moderner Staat – Moderne Verwaltung*), disponível na Internet em www.staat-modern.de; de certa forma eufórico, Smeddinck (2003, p. 641), bem como as quatro comunicações da Comissão de Governança Europeia: “Legislar Melhor” KOM (2002), 275 final, de 6.6.2002; “Simplificar e melhorar o ambiente regulador” (*Vereinfachung und Verbesserung des rechtlichen Umfelds*) KOM (2002), 278 final, de 5.6.2002; “Avaliação de impacto” (*Folgenabschätzung*) KOM (2002), 276 final, de 5.6.2002; e “Promover uma cultura de diálogo e participação” (*Eine Kultur des Dialogs und der Mitwirkung fördern*) KOM (2002), 277 final, de 5.6.2002. Cf. desde então, em particular: Acordo Interinstitucional “Legislar Melhor” entre o Parlamento Europeu, o Conselho Europeu e a Comissão Europeia (JO C 321 de 31.12.2003); Comunicação KOM (2003), 71, com uma definição e metodologia de “simplificação”; Primeiro Relatório de Implementação KOM (2003), 592, com documento de trabalho dos funcionários da Comissão SEC (2003), 1085; Comunicação KOM (2005), 97 final, de 16.3.2005, sobre “Melhor regulamentação para o crescimento e o emprego na União Europeia”; a Comunicação KOM (2005), 462 final, v. 27.9.2005, “Resultado da análise das propostas pendentes perante o legislador” (*Bessere Rechtsetzung für Wachstum und Arbeitsplätze in der Europäischen Union*), bem como a Comunicação COM (2006), 689 final, de 14.11. 2006, sobre “Uma revisão estratégica do Legislar Melhor na União Europeia” (*Ergebnis der Überprüfung von Vorschlägen, die sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befinden*); também os relatórios anuais sobre “Legislar Melhor” de acordo com o art. 9º do Protocolo sobre a aplicação dos princípios de subsidiariedade e proporcionalidade, por exemplo, relatório KOM (2005), 98 (JO C 146 de 16.6.2005). Ver também *Renda, Impact Assessment in the EU* (2006) e *Herten-Koch, Rechtsetzung und Rechtsbereinigung in Europa* (2003), bem como a brochura da comissão *Better Regulation – simply explained* (2006). Informações atualizadas podem ser encontradas nos seguintes sites da comissão: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index.en.htm e [59 N.T: Trata-se da literatura composta por textos não publicados pelas editoras comerciais e não disponíveis nas livrarias. São publicados principalmente por instituições sem fins lucrativos e organizações nacionais e internacionais, podendo ser também impressões privadas e documentos de empresas.](http://ec.europa.eu/governance/impact/i.</p>
</div>
<div data-bbox=)

60 Cf. em particular o artigo de tese e opinião de especialista de Flidner (2004) e, do mesmo autor, *Qualitätskriterien für die Bundesgesetzgebung und für Bundesgesetze* (2006).

ocuparam do tema da legislação. Na literatura, as principais correntes são os estudos legislativos por não juristas e os estudos jurídicos sobre legislação, que muitas vezes estão ligados entre si por meandros. Aqui, entretanto, a receptividade da Ciência do Direito para receber o trabalho parece ser mais pronunciada do que na direção oposta. No entanto, os escritos dos juristas não são geralmente trabalhos puramente teóricos sobre legislação, mas estão predominantemente localizados nas áreas de fronteira da Doutrina da Legislação e em ramos jurídicos tradicionais, especialmente Direito Constitucional e História do Direito. Exemplos incluem, principalmente, os estudos constitucionais sobre os efeitos prévios das leis⁶¹, as alterações legislativas⁶² e a discricionariedade legislativa⁶³, o estabelecimento de normas pelo Executivo⁶⁴ e a regulação governamental⁶⁵, a avaliação da legislação parlamentar de todo um período legislativo⁶⁶, bem como os estudos histórico-jurídicos sobre a arte de legislar em vários momentos da legislação alemã⁶⁷ e sobre o Direito e a normatização na Revolução Industrial⁶⁸. Questões mais específicas, como a legislação experimental⁶⁹ e a legislação simbó-

61 Kloepfer (1974).

62 Brandner (2004).

63 Meßerschmidt (2000).

64 Axer, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. *Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes*, 2000.

65 Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung*, 2000.

66 Schulze-Fielitz, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988.

67 Cf. Mertens, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen*, 2004, e Emmenegger, *Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, 2006.

68 Vec, *Recht und Normsetzung in der Industriellen Revolution*, 2006.

69 Horn, *Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz*, 1989.

lica⁷⁰, a limitação temporal das leis, a incorporação de nova lei com a ajuda de “cláusulas de não afetação”^{71,72}, a remissão⁷³ e a ficção⁷⁴, os destinatários das leis⁷⁵, assim como o papel dos preâmbulos das leis⁷⁶ e as definições legais⁷⁷, são tratados principalmente em dissertações. Alguns deles infelizmente provam que o “dever para com a boa lei” não corresponde a um “dever para com o bom livro”⁷⁸.

Os *Vorstudien* e os *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung* (*Estudos preliminares e Estudos sobre uma Teoria da Legislação*) publicados por Rödиг e seus alunos⁷⁹, bem como a publicação em memória de Rödиг⁸⁰, são verdadeiros tesouros de conhecimento da Ciência da Legislação. Muitos tópi-

70 Voß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989.

71 “Cláusulas de não afetação” consistem em regras que preveem a permanência plena em vigor de normas anteriores.

72 Böckel, *Instrumente der Einpassung neuen Rechts in die Rechtsordnung – unter besonderer Berücksichtigung der Unberührtheitsklauseln*, 1993.

73 Karpen (1970).

74 Jachmann, *Die Fiktion im öffentlichen Recht*, 1998.

75 Krüger, *Der Adressat des Rechtsgesetzes*, 1969.

76 Hill/Fliedner, *Gesetzesvorspruch. Verbessertes Zugang des Bürgers zum Recht*, 1988.

77 Ebel, *Über Legaldefinitionen*, 1974, e Weber-Lejeune, *Legaldefinitionen unter besonderer Berücksichtigung des Umweltrechts*, 1997.

78 Cf. Burghart, *Die Pflicht zum guten Gesetz*, 1996.

79 Rödиг/Baden/Kindermann (org.), *Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1975, e Kindermann (org.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1982.

80 Schäffer/Triffterer (org.), *Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rödиг Gedächtnissymposium*, 1984.

cos da discussão científica sobre a lei, tais como legislação experimental, legislação simbólica e lei temporária, foram lá trabalhados pela primeira vez no mundo de língua alemã. A Teoria da Legislação e a política jurídica são também o foco do 13º volume do *Anuário de Sociologia Jurídica e Teoria do Direito (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie)* – desde então descontinuado⁸¹. Finalmente, a obra comemorativa⁸² dedicada à Doutrina da Legislação (*Gesetzgebungslehre*) e à Arte da Legislação (*Gesetzgebungskunst*) pela Associação dos Advogados Suíços merece atenção⁸³. Uma específica série de publicações sobre Doutrina da Legislação não existe nos países de língua alemã. Entretanto, as “Contribuições ao Direito Parlamentar” (*Beiträgen zum Parlamentsrecht*) contêm repetidamente publicações que também são de interesse para a ciência legislativa. A série conjunta em inglês da EAL (Associação Europeia de Legislação) e DGG (Sociedade Alemã para Legislação) compreende principalmente os anais da conferência da EAL. Sob o título “Pesquisa de impacto no Direito”, as antologias sobre a avaliação de impacto legislativo são publicadas em intervalos irregulares pela editora Nomos-Verlag. Entre os periódicos, a *Revista de Legislação (Zeitschrift für Gesetzgebung – ZG)* tem uma posição quase monopolista, o que tem a vantagem de, pelo menos, a literatura de artigos estar menos dispersa do que o normal. A revista trimestral *Crítica de Legislação e Ciência do Direito (Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft – KritV)*, apesar de seu título, não é uma concorrente, uma vez que se dedica mais a questões de política jurídica – semelhantemente à *Revista de Política Jurídica (Zeitschrift für Rechtspolitik – ZRP)*. Entretanto, deve-se estar

81 Grimm/Maihofer (org.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Rechtssoziologie und Rechtstheorie* v. 13, 1988.

82 N.T: Não existe uma tradução exata para a palavra. Consiste em um livro de homenagem a um pesquisador.

83 Schweizerischer Juristenverein (1974).

atento aos periódicos estrangeiros, como o *LeGes* suíço⁸⁴, a revista internacional *Legisprudence*⁸⁵ ou o *Harvard Journal on Legislation (JOL)*. Ocasionalmente, contribuições relevantes também podem ser encontradas na *Revista de Problemas Parlamentares (Zeitschrift für Parlamentsfragen – ZParl)* e em outros periódicos de ciência política. Schuppert faz um balanço da discussão legislativa moderna e interdisciplinar em sua palestra geral *Boa legislação*⁸⁶, que introduz o leitor na linha de frente do progresso da ciência da legislação e, portanto, é recomendada não apenas como uma introdução – ricamente apimentada com trechos de texto no estilo de leitura anglo-saxão. No máximo até ler este livro, fica claro que não há como abrir mão da literatura americana quando se trata de Doutrina da Legislação.

Codificação como um tipo especial de legislação

A questão da codificação é uma questão jurídica primordial que data da primeira metade do século XIX; entretanto, ela é sempre atual⁸⁷. No entanto, o termo codificação sofreu uma mudança de significado – pelo menos na Alemanha. Referindo-se originalmente à legislação *per se*, no máximo desde as grandes codificações do final do século XIX e início

84 *LeGes* (Legislação e Avaliação), O boletim informativo da Sociedade Suíça de Legislação (SGG) e a Sociedade Suíça de Avaliação Legislativa (SEVAL).

85 Publicado desde 2007, editado pelo Centro de Legislação, Regulação e Legisprudência em Bruxelas (cf. http://www.cwrl.be/eng/legisprud_journal.htm). Outros periódicos estrangeiros estão listados em Karpen (2006, p. 125-126).

86 Schuppert (2003).

87 Ver, por exemplo, Merten/Schreckenberger (org.), *Kodifikation gestern und heute*, 1995; Kindermann, *Rechtstheorie* 10 (1979), 357; Csaba, *Codification as a Socio-historical Phenomenon*, 1991; Kübler, *JZ* 1969, 645 e Esser, in: Vogel/Esser (org.), *100 Jahre. oberste deutsche Justizbehörde*, 1977, S. 13 ff.

do século XX (Código Civil – BGB –, Código Comercial – HGB –, Código Penal – StGB), significou um resumo de uma multiplicidade de regulamentos em uma lei complexa chamada código. Apesar do caráter bastante diferente da disputa histórica de codificação⁸⁸, as controvérsias sobre a maturidade dos ramos jurídicos para a codificação, que aparentemente são inevitáveis a cada novo projeto de codificação, fazem lembrar aquele falso modelo. As intermináveis citações da palavra de Savigny sobre a “falta de uma vocação do nosso tempo para a legislação” contribuem para a suposta continuidade de uma disputa de escolas de pensamento. Na verdade, trata-se de questões relativas a temas específicos e do novo problema, condicionado pelo Direito europeu, da capacidade de codificar as leis nacionais, sob pressupostos extensamente determinados por diretivas europeias. Mesmo que as chances de codificação, na qual a ideia de regular “assuntos suficientemente fechados” ainda ressoe⁸⁹, sejam julgadas de forma muito diferente em uma sociedade dinâmica, aberta e com uma economia em rede internacional, o futuro da ideia de codificação⁹⁰ não é necessariamente posto em questão por esse desenvolvimento. O projeto do Código Ambiental (UGB), que esperamos tenha sucesso em sua segunda tentativa e cujo progresso está sendo observado atualmente⁹¹, enfatiza a importância das codifica-

88 Ver abaixo na nota (equivalente a 91 do texto original).

89 Cf. Esser (nota. 77), p. 30 f. e K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, 1985, S. 41.

90 Cf. o ensaio com o mesmo nome (*Zukunft der Kodifikationsidee*) de Karsten Schmidt de 1985, que todos os futuros doutorandos deveriam ter lido uma vez, não só pelo seu conteúdo mas também pelo seu estilo.

91 O esboço do projeto do UGB feito pelo BMU (de 19/11/2017 e os posteriores) pode ser encontrado no seguinte *link*: <http://www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application.pdf/ugb3>. Sobre os trabalhos preliminares, cf. Kloepfer (1978); Kloepfer/Meßerschmidt, *Innere Harmonisierung des Umweltrechts*, 1986; Kloepfer et al., *Umweltgesetzbuch AT/BT (ProfE)*, 2 Bde., 1990/1994 e BMU (Org.), *Umweltgesetzbuch (UGB-KomE). Entwurf der Unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch beim Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit*, 1998. Sobre a discussão anterior, cf. Bohne (1999); Breuer (1992) in Hannover, 1992 e, em resumo, Riedel (1995).

ções. A *UGB* deve integrar um grande número de leis ambientais federais.

Em contraste, o Código de Construção (*BauGB*) foi limitado a uma fusão da antiga Lei Federal de Construção (*BBauG*) com a Lei de Promoção do Desenvolvimento Urbano. A sequência de Códigos de Seguridade Social (*SGB*) representa uma realização de codificação complexa que só foi concluída em várias etapas⁹². Os códigos de seguridade social, numerados de I a XII, são especiais na medida em que não são um “código de seguridade social” uniforme e único, mas apresentam uma maioria de leis cuja coesão é, no entanto, sublinhada por um título comum, modificado por acréscimos. O exemplo mais conhecido de um código que não foi editado e provavelmente nunca verá a luz é o Código Trabalhista⁹³. No entanto, isso nada tem a ver com problemas específicos da codificação, e sim com a incapacidade de se alcançar um consenso político sobre questões de Direito do Trabalho que até então não tinham sido tratadas pelo legislador. É *ad kalendas graecas* o adiamento da simplificação do Direito Tributário através da codificação⁹⁴.

O código, por sua vez, não deve ser confundido com um conjunto de leis, mesmo que isso corresponda ao significado original da palavra. Finalmente, o termo “codificação”, tal como se naturalizou na Alemanha, não pode ser equiparado ao termo “codificação” como é agora utilizado pela União Europeia no contexto de seu programa Legislar Melhor. A Comissão da União Europeia entende por “codificação” a reunião de vários atos jurídicos em um novo ato jurídico uniforme sem mudanças no conteúdo, ao passo que denomina “reformulação” a combinação de codificação com mudanças no conteúdo. Entretanto, como os órgãos legislativos europeus não levam muito a sério a renúncia a mudanças de conteúdo, os significados convergem. O

92 Cf. Dertlen (1974, p. 324).

93 Cf. sobre isso, bem como as outras referências em Meßerschmidt (data, p. 143 notas 3 e 556).

94 Cf. Mais recentemente, P. Kirchhof (2008).

termo europeu “reformulação” novamente vai além do conceito alemão, que não pressupõe uma junção de regulamentos previamente separados, mas já é usado desde que não ocorra uma alteração legislativa mais ou menos abrangente.

A redação legislativa⁹⁵

Por último, mas não menos importante, vale a pena lembrar dos numerosos escritos, também mais antigos e regularmente mais curtos, sobre a redação legislativa⁹⁶. A maioria das recomendações legislativas⁹⁷ estão na tradição do *Kanzlei-Deutsch*⁹⁸. As transformações mais recentes, especialmente as induzidas pelo Direito europeu, bastante desfavoráveis, da redação legislativa ainda não foram levadas em conta nesse contexto. Diz-se que Stendhal lia alguns artigos do Código Civil francês todas as manhãs “*pour prendre le ton*”. É pouco provável que isso seja recomendado em vista da linguagem jurídica contemporânea, frequentemente prejudicada por problemas de tradução e compromissos formais e sobrecarregada por detalhes técnicos e burocráticos. As discussões mais críticas sobre o estilo legislativo contemporâneo geralmente vão além das questões de linguagem e estilo⁹⁹.

95 N.T: o termo *Gesetzssprache* não foi traduzido de forma literal, tendo em vista que, para a tradução jurídica brasileira, o termo “linguagem da lei” faz menos sentido do que redação legislativa.

96 Cf. Forsthoff, *Recht und Sprache*, 1940, p. 41; HaßZumkehr (Org.), *Sprache und Recht*, 2002; P. Kirchhof, *Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache*, 1987; Müller/Burr (Org.), *Rechtssprache Europas*, 2004; e Schönherr, in: Öhlinger (Org.), *Methodik der Gesetzgebung*, 1982, p. 211ss.; Heller (org.), *Studien zur Rechtskommunikation*, 2007; sobre os aspectos linguísticos, Lundmark (Org.), *Law and Language – Recht und Sprache*, 2004; e Wagner/Cacciaguidi-Fahi (Hrsg.), *Legal Language and the Search for Clarity*, 2006.

97 Cf. As informações da parte 2 da nota de rodapé 58.

98 N.T: Forma da língua alemã utilizada, desde o século XIII, em documentos administrativos e judiciais, assim como em regulamentos legais.

99 Cf. sobre isso, Honsell, *Vom heutigen Stil der Gesetzgebung*, 1979.

5 – A Doutrina da Legislação no público em geral e na prática

A legislação não atrai interesse uniforme. Algumas leis interessam mais, outras menos. Algumas leis são conhecidas apenas por especialistas, outras mobilizam o público¹⁰⁰. O interesse pela Doutrina da Legislação é significativamente menor. O fato de que a seção “Legislação” no 65º Congresso dos Juristas Alemães, em 2004, atraiu mais participantes do que qualquer outra, do total de sete seções predominantemente relevantes para a prática, marca um ponto de inflexão apenas de forma limitada, especialmente porque, em nenhuma outra seção, as discussões foram tão breves como na seção “Legislação”. Essa divergência entre amplitude e força de interesse expressa um “paradoxo da Doutrina da Legislação”: muitos estão interessados nela, mas apenas alguns poucos sabem o que fazer com ela. Há duas explicações possíveis: (1) os destinatários das normas, advogados e lobistas, e os profissionais em geral estão interessados em certas leis (seu conteúdo, bem como sua criação), mas raramente na legislação como tal; (2) a natureza descompromissada do discurso sobre melhor legislação e melhores leis¹⁰¹ é uma expressão do fato de que, apesar das frequentes reclamações sobre a “enchente de leis” e a “selva de regulamentos”¹⁰², o nível de sofrimento permanece baixo. A crise

100 Um exemplo extremo é a disputa sobre a reforma do § 218 StGB (aborto) nos anos 70.

101 N.T: As palavras “lei” e “legislação” possuem um sentido que não é idêntico ao usado em português. Ao utilizar as expressões “*bessere Gesetzgebungs*” e “*bessere Gesetz*”, o autor está se referindo tanto à elaboração da lei (legislação) quanto à lei como produto.

102 Cf. Da enchente de literatura sobre a enchente de leis, apenas as negociações do 53º DJT Berlim 1980, Vol. II (relatos de reuniões), Parte Q, 1980; Heldrich, in: Bernstein (ed.), *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, 1981, p. 811, e *Vorstand des Österreichischen Juristentages* (ed.), *Verhandlungen des Siebenten Österreichischen Juristentages Salzburg 1979*, Vol. I, 1. Teil B: *Die Gesetzesflut*. O parecer de especialista elaborado pelo Dr. Wolfgang Schmitz, 1979, p. 5 e seguintes, assim como as referências em Meßerschmidt (nota de rodapé 5), p. 142 e seguintes, Nota 555 e mais recentemente Kurzka, *Im Paragraphenrausch: Überregulierung in Deutschland – Fakten, Ursachen, Auswege*, 2005. Há amplas evidências de que a queixa sobre a enchente de leis é pouco mais jovem do que a própria legislação, cf. por exemplo a declaração do jurista florentino Alberti do

da legislação¹⁰³ e o declínio do processo legislativo são invocados, mas não remediados. Além disso, algumas exigências de desregulamentação são utópicas, se não demagógicas, já que a complexa legislação não se deve apenas ao excesso de zelo dos legisladores estatais mas também à “fome de normas” do Estado de Direito, do Estado de bem-estar e do desenvolvimento técnico¹⁰⁴, bem como ao declínio da integração social. A discrepância entre a abundância da literatura legislativa e sua influência bastante fraca na prática legislativa caracteriza a glória e a miséria da Doutrina da Legislação. No entanto, se compararmos o *Juristentagsgutachten* de 2004 com os documentos sintéticos do Congresso de Juristas (*Juristentags*) de 1980, torna-se claro o enorme progresso teórico e prático que a Doutrina da Legislação fez na Alemanha nesse quarto de século.

6 – Pontos de partida e funções da Doutrina da Legislação

Por trás do florescimento e declínio tanto do interesse acadêmico quanto do interesse político na Doutrina da Legislação, podem ser encontradas razões que, ao mesmo tempo, dizem algo sobre o papel atribuído à legislação na sociedade.

Doutrina da Legislação como filosofia do esclarecimento

Em termos muito simples, a clássica Doutrina da Legislação é filha do Iluminismo e expressão de um desejo abrangente de

século XV: “Para os romanos [...] bastam 12 mesas extremamente curtas. Temos 60 gabinetes cheios de estatutos, e todos os dias produzimos novos decretos”. Hoje, só a lei federal compreende mais de 5.000 leis e decretos que consistem em quase 100.000 regulamentos individuais. O acervo comunitário de direito comunitário totaliza 100.000 páginas.

103 Cf. em nome de muitos *Schreckenberger* (nota de rodapé 19), p. 21 e seguintes.

104 Cf. Kloepfer (nota de rodapé. 42), p. 70 e seguintes.

renovação e racionalização social¹⁰⁵. As leis não são mais entendidas como proposições estáticas de uma ordem divinamente ordenada, mas aparecem como resultado de uma criação consciente e proposital, idealmente guiada pela ciência legislativa. Paradigmática dessa compreensão da legislação, que leva ao pragmatismo e que está fora da tradição da *Common Law*, é a *Theory of Legislation* de Bentham¹⁰⁶. Na divergência sobre a codificação entre Savigny e Thibaut nas primeiras décadas do século XIX¹⁰⁷, o otimismo legislativo progressista e o ceticismo legislativo conservador são formados como oponentes históricos.

Legislação sem Doutrina da Legislação

Estranhamente, o período das grandes codificações na Alemanha não foi acompanhado por nenhuma teoria significativa da legislação. A monografia inovadora de Robert von Mohl sobre a “Elaboração das leis jurídicas” (*Abfassung der Rechtsgesetze*), de 1862, que ainda hoje vale a pena ler por causa de sua modernidade¹⁰⁸, já tinha vários anos, se não décadas de idade na época, e contribuiu pouco, do ponto de vista da sistemática da dogmática jurídica, para a codificação do Direito Civil. O positivismo jurídico que veio a dominar na segunda metade do século XIX, e especialmente o positivismo do Direito do Estado, concentrou-se – para dizer de forma acentuada – na lei e ignorou em grande parte a legislação, exceto o processo legislativo formal e a questão do autor do comando legislativo. Assim, os autores da chamada “escola Gerber-Laband” não só não dão uma contribuição significativa à Teoria da Legislação,

105 Cf. por muitos, Gose/Krause (eds.), *Aufklärung und Gesetzgebung*, 1988; de forma mais abrangente, Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, 1960.

106 Bentham, *Theory of Legislation*, 1864.

107 Documentado em Hattenhauer (org.), Thibaut und Savigny, *Seus escritos programáticos*, 1973.

108 Reproduzido em von Mohl, *Staatsrecht, Völkerrecht und Politik*, ed. 2, 1962, p. 375ss.

mas de certa forma a privam de seus fundamentos¹⁰⁹. A *Teoria Pura do Direito* de Kelsen adere a isso, mas os outros oponentes na disputa metodológica do Direito do Estado da República de Weimar não dão uma contribuição substancial para o desenvolvimento futuro da Doutrina da Legislação¹¹⁰. Estudos sobre questões legislativas aparecem esporadicamente nas décadas entre 1870 e 1950 como subprodutos da pesquisa do Direito Civil ou da Filosofia Jurídica. As publicações mais importantes desse período incluem, por exemplo, a palestra do jurista suíço Walter Burckhardt sobre “A tarefa dos juristas e as leis da sociedade” (*Die Aufgabe des Juristen und die Gesetze der Gesellschaft*), que surgiu em uma época (1937) em que, na vizinha Alemanha, a lei e a legislação estavam dando lugar ao terrorismo de Estado, que, no entanto, não queria dispensar a técnica legislativa¹¹¹, bem como vários escritos menores – mas não menos importantes – dedicados a questões especiais de direito e legislação, tais como as cláusulas gerais. Significativamente, são sempre palestras que se voltam para temas legislativos, o que cria a impressão de que, no longo prazo, são desastrosas para a reputação da Doutrina da Legislação, de que este é um tema típico dos “discursos dominicais”¹¹². Mesmo declarações isoladas sobre as tarefas e a técnica da legislação nas duas primeiras décadas da República Federal da Alemanha, feitas por importantes professores de Direito do Estado, pouco fazem para mudar isso¹¹³.

109 Cf. Meßerschmidt (2000, p. 661 e seguintes, nota de rodapé 5).

110 Cf. Meßerschmidt (nota de rodapé 5), p. 686 e seguintes.

111 Cf. Schmidt-Rimpler, in: Freisler et al. (eds.), *Festschrift Justus Wilhelm Hedemann zum sechzigsten Geburtstag am 24. April 1938*, 1938, p. 75 ff. e C. Schmitt, DJZ 1935, p. 919 ff. Sobre o estado atual da pesquisa e a necessidade de pesquisa, Forster, em 13.4.2005, no fórum de revistas da internet *historiae iuris*, disponível em: <http://www.forhistiur.de/zitat/0504forster.htm>.

112 N.T: “Discurso dominical” (*Sonntagsrede*) é uma expressão pejorativa alemã, que significa um discurso belo ou solene, mas cujo conteúdo não corresponde à realidade.

113 Cf. em particular Scheuner, DÖV 1960, 601, e H. Schneider, NJW 1962, 1273. *O ensaio de Kübler*, JZ 1969, 645, já está no limiar da segunda fase da Doutrina da

Redescoberta da Doutrina da Legislação

Só foi posto fim a esta percepção de uma Doutrina da Legislação de folhetim pela demanda por uma Doutrina Legislativa genuína, que tem sido levantada com grande urgência na Alemanha desde os anos 1970. Atualmente, estamos passando por uma situação semelhante devido à demanda por uma legislação melhor, se não ideal, que não está relacionada apenas à alemã, mas também e principalmente à legislação europeia. A comparação de ambas as situações da ciência legislativa e da Legística permite a formulação de algumas teses sobre as causas e condições da ciência legislativa e as ambições, interesses e teorias da técnica legislativa.

Motivos

De modo mais geral, o interesse pela Doutrina da Legislação baseia-se no desejo não só de uma melhor compreensão, mas também de um melhor manuseio e elaboração da legislação. A doutrina legislativa está regularmente ligada a uma preocupação de reforma, embora esta possa ser de âmbito e orientação variados. A questão da “boa lei”, que parece ingênua, pelo menos à primeira vista, assim como a demanda por “melhor legislação”, sempre refletem também a insatisfação com o estado atual da legislação. Os desejos de melhoria podem se referir tanto ao produto (“lei”) quanto à produção (“legislação”), mas, como regra geral, dizem respeito a ambos simultaneamente, assim como o termo “legislação” tem um duplo significado: designa tanto o processo de legislar quanto seu resultado, especialmente quando se trata de uma multiplicidade ou totalidade de leis.

A extensão dos esforços de reforma vai desde a mera melhoria linguística das leis, que, no entanto, quase nunca constitui motivo para reformas, até sua reorientação em termos de conteúdo; além disso, o processo legislativo como tal também é repe-

Legislação na Alemanha do pós-guerra.

tidamente objeto de exigências de reforma. Essas tendências se refletem em específicas teorias da legislação.

A reforma legislativa como reforma social?

As teorias da legislação que surgiram em grande número na década de 1970 a 1980 foram predominantemente baseadas no objetivo de uma reforma mais ou menos abrangente da sociedade. A coincidência temporal com a virada política e cultural de 1968 e a subsequente agenda de reformas não é um acaso. Também não é por acaso que professores de Direito Penal, como Noll, desempenharam um papel proeminente no restabelecimento da Doutrina da Legislação. As aspirações da Doutrina da Legislação muitas vezes andavam de mãos dadas com programas legislativos concretos, tais como, em particular, o projeto alternativo de Código Penal. O Direito Penal da época parecia aos reformistas ser o epítome do Direito antiquado que a legislação racional deveria remediar. Assim, a Doutrina da Legislação, influenciada por esse contexto, se caracteriza correlatamente pela modernização e racionalização do Direito, bem como pela sociedade juridicamente constituída e controlada pela legislação. Purificado de ostensivos “panos de fundo” políticos, o motivo de racionalização também aparece na Teoria da Legislação de Rödиг – muitas vezes descrita como matemática –, que causou furor em meados da década de 1970, semelhantemente à sua contemporânea ligação da metodologia jurídica à lógica moderna, mas que não pôde ser firmemente estabelecida por seus alunos após a morte prematura de Rödиг – provavelmente também por causa de seu caráter hermético¹¹⁴. Por outro lado, consolidaram-se na Doutrina da Legislação e, em menor medida, na prática legislativa, as teorias sociológicas de efetividade inseridas na conformação da avaliação de impacto legislativo desenvolvida por Böhret, entre outros.¹¹⁵ A pesquisa de avaliação, que é em

114 Conferir, sobre isto, as notas de rodapé 69 e 70.

115 Cf. especialmente Böhret, *Folgen*, 1990; Böhret, *Guidelines on Regulatory*

grande parte independente de premissas ideológicas, superou a Doutrina da Legislação, que em parte cumpriu seu papel político e em parte murchou seu ativismo social reformista. É evidente que essa descrição não faz de forma alguma justiça a todos os autores e a todas as facetas da Doutrina da Legislação em língua alemã entre 1970 e 1990 e, sobretudo, apenas restritamente caracteriza a discussão cada vez mais objetivada dos anos 1980.

Doutrina da Legislação como gestão da eficiência

O “renascimento” da Doutrina da Legislação que começou quase duas décadas depois, pouco antes da virada do milênio, está predominantemente sob diferentes auspícios. Em contraste com os objetivos políticos “liberais de esquerda” e de reforma do Estado de bem-estar das teorias da legislação mais antigas, as chances de desregulamentação e alternativas à legislação estatal¹¹⁶ estão agora sendo exploradas principalmente em uma base econômico-liberal. O modelo do “Estado enxuto”¹¹⁷ também se estende à legislação, que é criticada

Impact Assessment (RAI), 2004; Böhret/Konzendorf, *Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung*, 2001; Böhret, *Moderner Staat – Moderne Verwaltung. Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung*, 2000; Karpen/Hof (org.), *Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen (Wirkungsforschung zum Recht IV)*, 2004; Köck, *VerwArch.* 93 (2002), 1; BDI (ed.), *Impact Assessment in Comparison*, 2005; Blum (2004, I 51 e seguintes, nota de rodapé 56); Broucker, in: Hof/ Lübke-Wolff (ed.), *Wirkungsforschung zum Recht I*, 1998, p. 35ss; Busmann, *ZG* 13 (1998), 127; Böhre /Klöti/Knöpfel (eds.), *Einführung in die Politikevaluation*, 1997; Deckert, *ZG* 10 (1995), 240; Grimm/Broucker, *ZG* 14 (1999), 58; Hadamek, *ZG* 16 (2001), 382; Neuser, *NdsVBl.* 1998, 249; Redeker, *NJW* 2002, 2756; Schmidt-Eichstaedt, *DVBl.* 1998, 322 e Wagner, *ZRP* 1999, 480; sobre a RIA na UE, Karpen (1999, p. 400) e Renda, *Impact Assessment in the EU*, 2006. Cf. também Zeh, *Wille und Wirkung der Gesetze*, 1984.

116 Sobre o novo contexto de instrumentos de governança, cf. Schuppert (1998, p. 86 f, nota de rodapé 85); quanto a anteriormente, Kirchhof, *Private Rechtsetzung*, 1987.

117 Cf. Relatório final do Conselho de Especialistas “*Schlanker Staat*” (*Estado enxuto*), vol. 1, 2ª inalterado. 19ª edição.

sobretudo a partir da perspectiva de uma enchente de leis e excesso de regulamentação¹¹⁸. Seu crescimento não só deve ser limitado, mas uma inversão de tendência deve ser alcançada através da eliminação de inúmeras leis sem substituição. Um exemplo extremo são metas para reduzir o volume da legislação em uma certa porcentagem, se necessário também com o “método do cortador de grama”¹¹⁹. Nesse contexto, os custos da desregulamentação em termos do Estado de Direito (especialmente a incerteza jurídica) são às vezes negligenciados¹²⁰. Além disso, nem todos os caminhos para um Estado enxuto levam necessariamente à desregulamentação. Por exemplo, a privatização de tarefas e instituições públicas muitas vezes implica em legislação sobre as consequências da privatização devido à responsabilidade do Estado em fornecer garantias¹²¹, de modo que se trata mais de mudar a legislação do que de desfazê-la. O controverso programa de desregulamentação e as críticas às tarefas estatais por trás dele formam uma das fontes da recente Doutrina da Legislação.

Há um consenso mais amplo em relação à segunda demanda atual, qual seja, a de controle da eficiência da legislação. Uma expressão da orientação de eficiência postulada à legislação é o estabelecimento do Conselho Nacional de Controle de Normas, ao qual é atribuída a tarefa específica de apoiar o governo federal na redução dos custos burocráticos gerados pela legis-

118 Cf. Por exemplo, Isensee, ZRP 1985, 139 und Stempel (org.), *Mehr Recht durch weniger Gesetze? Beiträge eines Forums des Bundesministers der Justiz zur Problematik der Verrechtlichung*, 1987.

119 N.T.: O “método do cortador de grama” (*Rasenmähermethode*) é a técnica de redução de algo em valor fixo ou porcentagem fixa, sem um exame detalhado para saber se ainda há necessidade de sua manutenção.

120 Sobre outras consequências adversas da desregulamentação, Erbguth (ed.), *Zur Vereinbarkeit der jüngeren Deregulierungsgesetzgebung im Umweltrecht mit dem Verfassungs- und Europarecht – am Beispiel des Planfeststellungsrechts*, 1999.

121 Cf. König/Benz (org.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997, e Fließner, *Weniger Gesetze durch Privatisierung öffentlicher Aufgaben? (FES)*, 2006.

lação, aplicando, monitorando e desenvolvendo uma medição de custos burocráticos padronizada baseada no modelo de custo padrão¹²².

Uma terceira fonte da Doutrina da Legislação atual é o imperativo político europeu de melhor regulamentação, que inicialmente se relaciona à legislação da União Europeia, mas também se espalha para a legislação dos estados membros, além da transposição de diretrizes. Finalmente, o interesse renovado na legislação é alimentado pelo foco das organizações internacionais, como o Banco Mundial, na “boa governança”¹²³, o que também impulsionou a pesquisa científica política sobre governança.¹²⁴

Conclusão provisória

As condições para o aparecimento e desenvolvimento de teorias da legislação podem ser divididas, em geral, em fatores intrínsecos e extrínsecos. No primeiro plano da última fase da Doutrina da Legislação não estavam as tendências intrínsecas à ciência, mas impulsos vindos do exterior. Decisivo para o estabelecimento da reforma legislativa na agenda política é a correspondente determinação da Comunidade Europeia. Isso, por sua vez, é alimentado não só pelas exigências de qualidade da legislação europeia e pela convicção de que a simplificação do quadro regulamentar pode aumentar a competitividade da

122 § Seção 1 (2) da Lei sobre o Estabelecimento de um Conselho Nacional de Controle de Normas de 14 de agosto de 2006 (BGBl. I, p. 1866). Cf. sobre o entendimento para este efeito no acordo de coalizão Röttgen, ZRP 2006, 4.

123 Cf. Theobald, *Zur Ökonomik des Staates. Good Governance und die Perzeption der Weltbank*, 2000; de forma abrangente, Curtin/Wessels (ed.), *Good Governance and the European Union*, 2005.

124 Cf. Especialmente, Benz (ed.), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, 2000.

economia europeia¹²⁵, mas também pelos interesses próprios das instituições da Comunidade Europeia, nomeadamente a Comissão, que, após décadas de expansão das competências associadas a uma extensificação da legislação europeia, não quer deixar inativas as capacidades acrescidas de legislar, mas gostaria de as utilizar para novas tarefas legislativas, que foram encontradas na revisão do direito comunitário – que também é bastante necessária de um ponto de vista objetivo – no sentido de uma unificação e combinação de atos jurídicos bem pontuais em codificações. Sem o compromisso explícito das instituições comunitárias de “legislar melhor”, as questões correspondentes da Doutrina da Legislação e especialmente o postulado da “boa lei” seriam facilmente suspeitos de populismo ou de sonhos académicos. Esse preceito político não só certifica a relevância da Doutrina da Legislação, mas também abre campos de trabalho e fontes de recursos para a disciplina, que é assim imunizada contra críticas generalizadas.

O duplo status da Doutrina da Legislação

Assim, a Doutrina não só tem uma tarefa analítica e empírica, mas também cresce, quer queira quer não, em uma função prescritiva. A esse respeito, também se poderia falar de uma “Doutrina Normativa da Legislação”, se essa categoria ainda não estivesse ligada à discussão sobre a “justificabilidade” e a “derivabilidade” de regras de boa legislação por meio do Direito ou, derivadamente, do Direito Constitucional.

Técnica legislativa e Doutrina da Legislação como orientação para ação

125 O ponto de partida imediato do programa europeu de reforma legislativa é o chamado processo de Lisboa com sua promessa utópica, que, em qualquer caso, não pode mais ser realizada “a tempo” de tornar a União Europeia “a área económica mais competitiva e dinâmica do mundo” através de medidas específicas.

No caso da técnica legislativa, a função de guia de ação é óbvia; aqui é simplesmente uma questão de desenvolver instruções escritas para a legislação futura a partir da riqueza da experiência legislativa. As publicações relevantes têm o caráter de “livros de receitas”, que são tanto mais úteis quanto mais exemplos eles fornecem. Não apenas exemplos positivos, mas também negativos são úteis, pois são estes últimos que ajudam os redatores da lei a evitarem erros. O que vem à tona na literatura, além das receitas experimentadas e testadas, são propostas inovadoras que utilizam de forma imaginativa as novas formas de elaboração de leis que talvez sejam possíveis e apropriadas na sociedade da informação e comunicação. Naturalmente, o interesse prático na Doutrina da Legislação não se esgota na implementação técnica de determinadas metas. Pelo contrário, espera-se cada vez mais que a Doutrina da Legislação contribua para a identificação de objetivos e para questões mais complexas da escolha de meios.

A politização da Doutrina da Legislação

Na medida em que a Doutrina da Legislação se envolve com tais expectativas mais exigentes, porém, ela cai em uma “armadilha política”. A experiência contemporânea ensina que a Doutrina da Legislação está inserida em modelos de sociedade e teorias de tarefas estatais que não só variam no tempo e no espaço, mas também são objeto de programas políticos conflitantes de elites políticas concorrentes. A Doutrina da Legislação pode, portanto, ser dividida em diferentes escolas, não apenas de acordo com sua orientação técnica, mas também de acordo com suas premissas políticas e filosofias de Estado. Para colocar de forma mais grosseira, pode-se falar de teorias da legislação de *welfare state*, econômico-liberais (tendendo para o Estado mínimo) e conservadoras (regulatórias-estatais), sendo que, dentro das doutrinas legislativas de *welfare state*, deve ser feita uma diferenciação entre as doutrinas tradicionais de *welfare state* e o modelo do “Estado fomentador”. No entanto, ainda não houve uma grande batalha das escolas na Doutrina Legislativa.

Constitucionalização da Teoria da Legislação

Se há uma disputa de escolas de pensamento, ela se refere à questão igualmente não menos importante da constitucionalização do processo legislativo: os defensores de uma “Doutrina Normativa da Legislação”, no sentido restrito, assumem que há uma obrigação constitucional de boa ou ótima legislação¹²⁶ ou pelo menos querem criar uma normatização da atividade legislativa que vincule o legislador¹²⁷; ao passo que os representantes de uma “Doutrina Política da Legislação” insistem que os processos decisórios dos órgãos legislativos democraticamente legitimados não devem ser determinados constitucionalmente mais do que antes, ou seja, por normas fundamentais sobre competência e direito substantivo e somente por regras processuais simples e efetivamente básicas. Uma solução mediadora é entender um procedimento legislativo racional não como um dever constitucional, mas como uma obrigação legislativa, o que no final significa que uma lei que não é suficientemente racionalmente deliberada pode ser inconstitucional em casos individuais, mas não sofre de um defeito de nascença legal e, portanto, não está sujeita à rejeição pelo Tribunal Constitucional Federal, independentemente de seu conteúdo¹²⁸. O próprio Tribunal Constitucional Federal se pronunciou recentemente, de forma relativamente clara, contra tornar mais rigorosos os deveres processuais da legislatura.¹²⁹

126 Schwerdtfeger (1977, p. 173 e seguintes), Merten, in: Hill (ed.), *Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung*, 1989, p. 81ss. Gusy (1985, p. 291) e Schlaich, VVDStRL 39 (1989), 89 (109): “O legislador não deve nada além da lei”; sobre sua própria posição – procedimento legislativo racional como uma obrigação, não como um dever constitucional – Meßerschmidt (2000, p. 841 e seguintes, nota de rodapé 5), com outras referências.

127 A favor disto, em particular Lücke, ZG 16 (2001), 1; do mesmo modo, Karpen (1989, p. 36, nota de rodapé 36); sobre o programa de um direito parlamentar obrigatório de promulgar normas orientadas para o planejamento e a lei administrativa Kloepfer, ZG 3 (1988), p. 289, e Kloepfer, DVBl, 1995, p. 441.

128 Sobre isso, Meßerschmidt (2000, p. 875 e seguintes, nota de rodapé 5).

129 Cf. BVerfG, Beschl. v. 15.1.2008 – 2 BvR 12/01; cf. Quanto a isso, SZ Nr. 57

Despolitização da Doutrina da Legislação

Uma disputa política aberta entre as escolas de pensamento na Doutrina da Legislação será essencialmente evitada pelo acordo temporário sobre uma predominante Doutrina da Legislação do menor denominador comum. O esforço para encontrar um compromisso já será claro pela renúncia a uma rotulagem acentuada: a reforma legislativa não navega mais sob a bandeira “Estado enxuto”, mas relacionada ao ambíguo termo orientador “Estado moderno”. Uma crítica irônica contra o postulado das leis enxutas talvez seja permitida em relação à formulação da afirmativa de que “abordagens quantitativas no passado, que visavam reduzir o número de leis e regulamentos” não tinham levado a “quaisquer melhorias significativas na legislação e no sistema jurídico”¹³⁰. O preço dessa estratégia de prevenção de conflitos, no entanto, é a relativa trivialidade e o baixo impacto das recomendações de ação que resultam de tal doutrina orientada para o consenso. Uma verdadeira mudança em direção à “boa legislação” ou “produção legislativa justa”¹³¹ não ocorre, seja porque ninguém sabe o que se entende por ela, seja porque todos a entendem de forma diferente. Entretanto, tais recomendações cautelosas, que são amplamente neutras em termos de política social e estatal, apontam o caminho para uma melhoria seletiva e gradual da legislação, em particular evitando erros desnecessários e melhorando a avaliação do impacto da legislação.

Os resultados dessa busca pragmática por critérios de boa legislação não só mostram uma grande sobreposição com as recomendações sobre técnica legislativa e legística, bem como os lendários “questionários azuis” (*Blauen Prüffragen*) – agora

v. 7.3.2008, S. 8.

130 Fliedner (2006), nota de rodapé 120.

131 Richli (2000), *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung. Ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat.*

substituídas por §§ 42-44 GGO¹³² –, mas também aparecem intemporais de uma forma estranha. Pelo menos, essa é a impressão que se tem quando se comparam os atuais requisitos comuns de qualidade das leis com as instruções para a “Elaboração das leis jurídicas” formuladas por von Mohl há quase um século e meio. Por um lado, isso fala em prol da modernidade de von Mohl, mas, por outro lado, também lança uma sombra sobre as reivindicações de modernidade de muitas teorias da legislação contemporâneas. A referência recomendada, por exemplo, aos princípios da série ISO 9000¹³³ aplicáveis à gestão da qualidade em empresas e administrações públicas, por mais correta que seja a analogia, não significa nenhuma inovação real, mas talvez tal inovação nem sequer seja necessária. Se a legislação em si é em grande parte uma questão de “engenharia social fragmentada”, então uma melhoria seletiva, gradual e incremental na qualidade da legislação é provavelmente a mais apropriada para a tarefa de reforma legislativa. Que tais teorias da legislação não satisfaçam as expectativas acadêmicas de análise legislativa é outra questão. Na verdade, é uma teoria relativamente simples para uma prática relativamente difícil.¹³⁴

132 Regulamento Interno Conjunto para os Ministérios Federais (GGO) v. 9.8.2000 (GMBI. 2000, 526) e Zypries/Peters, ZG 15 (2000), p. 316.

133 Fliedner (2001, p. 1, nota de rodapé 120), (tese 3).

134 É, portanto, aconselhável não parar de ler os catálogos de critérios e listas de verificação relevantes, mas desenvolver um sentimento para as dificuldades de sua implementação prática através do próprio – embora lúdico – trabalho legislativo, que pode ser alcançado através da formulação de esboços de amostra em seminários (Cf. Por exemplo, Meßerschmidt, Jura 1985, 218 com outras referências; meu colega Brandner, de Berlim, tinha um projeto de lei sobre segurança de brinquedos preparado no semestre de inverno 2007/2008 como parte de seu curso principal) ou através de um verdadeiro jogo de simulação legislativa na linha de discussões judiciais. Essa abordagem, especialmente à técnica legislativa, é também didaticamente preferível a uma mera apresentação teórica, pois permite experimentar a justificação da afirmação de que a legislação é também um ato de “subsunção inversa”.

7 – Referências

BLUM, Peter. **Wege zu besserer gesetzgebung-sachverständige beratung, begründung, folgeabschätzung und wirkungskontrolle:** gutachten I für den 65. Deutschen Juristentag Munique: Verlag C. H. Beck, 2004.

BOHNE, Berhard (org.). **Das umweltgesetzbuch als motor oder bremse der innovationsfähigkeit in wirtschaft und verwaltung?**. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

BREUER, Rüdger. **Empfiehl es sich, ein umweltgesetzbuch zu schaffen, gegebenenfalls mit welchen regelungsbereichen?** Gutachten B zum 59. Dt. Juristentag. C. H Beck, 1992.

BUNDESAKADEMIE FÜR ÖFFENTLICHE VERWALTUNG. **Praxis der Gesetzgebung:** eine lehr- und lernhilfe. Regensburg: Verlag Recht, Verwaltung, Wirtschaft, 1984.

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ. **Gesetzgebungsleitfaden:** leitfaden für die ausarbeitung von erlassen des bundes. Berna: Bundesamt für Justiz, 2007.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ. **Handbuch der rechtsförmlichkeit.** Bonn: Bundesministerium der Justiz, 1999.

BUNDESMINISTERIUM DES INNER. **Handbuch zur vorbereitung von rechts-und verwaltungsvorschriften** . Köln: Bundesanzeiger Verlag, 1992.

DERTLEN, Merten. Die vereinheitlichung des sozialrechts und die kodifikation des sozialgesetzbuches. **Vierteljahresschrift für sozialrecht**, Bd. II, p. 324-345, 1974.

EICHENBERGER, Kurt; NOVAK, Richard; KLOEPFER, Michael. Gesetzgebung im rechtsstaat. *In:* VEREINIGUNG DER DEUTSCHEN STAATSRECHTSLEHRER. **Gesetzgebung im rechtsstaat: selbstbindungen der verwaltung deutschen.** Berlin: Walter de Gruyter, 1982.

EICHENBERGER, Kurt. **Grundfragen der rechtssetzung** . Baseileia: Karger Libri, 1978.

ENNUSCHAT, Jörg. Wege zu besserer gesetzgebung-sachverständige beratung, begründung, folgenabschätzung und wirkungskontrolle. **Deutsches Verwaltungsblatt**, Köln, v. 119, p. 986-994, 2004.

FLEINER, Thomas. **Wie soll man gesetze schreiben? Leitfaden für die redaktion normativer texte**. Berna: Haupt Verlag, 1985.

FLIEDNER, Ortilibe. **Moderner staat – moderne Gesetzgebung?** Siben thesen für bessere gesetze. Bonn: Stabsabt. der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2001

FORSTHOFF, Ernst. **Recht und sprache**: prolegomena zu einer richterlichen hermeneutik. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1964.

GUSY, Christoph. Das grundgesetz als normative gesetzgebungslehre? Das Grundgesetz als normative gesetzgebungslehre? **Zeitschrift für Rechtspolitik**, n. 11, p. 291-299, 1985.

HILL, Herman. **Einführung in die gesetzgebungslehre**. Heidelberg: UTB für Wissenschaft, 1982.

HONSELL, Heinrich. **Vom heutigen stil der gesetzgebung**: vom heutigen stil der gesetzgebung antrittsvorlesung gehalten am 16. Salzburf: Univ.-Verlag A. Puzstet, 1979.

HOTZ, Reinald. **Methodische rechtsetzung**. Zurique: Schulthess, 1983.

ISMAYR, Wolfgang. **Gesetzgebung in westeuropa** . Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008.

KARPEN, Ulrich; DELOY, Paul. **Contributions to the methodology of the creation of written law**: proceedings of the First Congress of the Eal in Liege (Belgium), September 9 - 11, 1993. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

KARPEN, Ulrich; WENZ, Edgar Michael. **National legislation in the European framework**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

KARPEN, Ulrich. Gesetzesfolgenabschätzung in der Europäischen Union . **Archiv des öffentlichen Rechts**, n. 3, v. 124, p. 400-422, 1999.

KARPEN, Ulrich. **Gesetzgebungs-, verwaltungs- und rechtsprechungslehre:** beiträge zur entwicklung einer regelungstheorie. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1989.

KARPEN, Ulrich. **Gesetzgebungslehre:** neu evaluiert/legistics - freshly evaluated. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

KARPEN, Ulrich; HELMRICH, Herbert. Leistung für die verbesserung der gesetzgebung. *In:* LETZGUS, Klaus; HELMRICH, Herbert (org.) **Für recht und staat:** festschrift für herbert helmrich zum 60. München: C. H. Beck, 1994.

KARPEN, Ulrich. **Legislation in European countries.** Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996.

KARPEN, Ulrich. **Zumgegenwärtigen stand der gesetzgebung in der bundesrepublik deutschland.** Heidelberg: C. H. Müller Verlag, 1998.

KARPEN, Ulrich. Zwischenbilanz der gesetzgebungslehre. **LeGes**, v. 17, p. 125-158, 2006.

KARPEN, Ulrich; MADER, Luzius. **The participation of civil society in the legislative process.** Baden-Baden: Nomos-Verlag, 2006.

KIRCHHOF, Paul. **Das gesetz der hydra:** gebt den bürgern ihren staat zurück! München: Droemer, 2006.

KLOEPFER, Michael. **Vorwirkung von gesetzen.** München: C. H. Beck, 1974.

KLOEPFER, Michael. **Systematisierung des umweltrechts.** Berlin: E. Schmidt, 1978.

MADER, Luzius. **L'évaluation législative:** pour une analyse empirique des effets de la législation. Toronto: Litle, Brown and Company, 1985.

MADER, Luzius. Normes privées et législation étatique. **LeGes**, v. 17, p. 9-12, 2006.

MAIOHFER, Werner. Gesetzgebungswissenschaft. *In:* WINKLER, Günter; SCHILCHER, Bernd (org.). **Gesetzgebung kritische überlegungen zur gesetzgebungslehre und zur gesetzgebungstechnik.** Viena: Springer, 1981.

MEßERSCHMIDT, Klaus. **Gesetzgebungsermessens**. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 1998.

MEßERSCHMIDT, Klaus. Rechtsverordnungen. *In*: WINKLER, Rainer (org.). **Ergänzbare lexikon des rechts**. Neuwied: Wolters Kluwer Verlag, 2004.

MÜLLER, Friedrich; BURR, Isolde (org.). **Rechtssprache Europas**: reflexion der praxis von sprache und mehrsprachigkeit im supranationalen recht. [s. l.]: Duncker & Humblot, 2004.

MORAN, Charles-Abert. **Légistique formelle et matérielle**. Provença: Presses Universitaires d'aix-Marseille, 1999.

MÜLLER, Georg. **Elemente einer rechtssetzungslehre**. Zurique: Schulthess Verlag, 1999.

MÜLLER, Hans Werner. **Handbuch der gesetzgebungstechnik**. Köln: KG Carl Heumanns Verlag, 1968.

NOLL, Peter. **Gesetzgebungslehre**. Hamburgo: Rowohlt, 1973.

ÖHLINGER, Theo. **Methodik der gesetzgebung**: legistische richtlinies in theorie und praxis. Viena: Springer-Verlag, 1982.

ÖSTERREICHISCHEN JURISTENTAGES. **Verhandlungen des siebenten österreichischen juristentages salzburg**. Viena: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979.

REHBINDER, Eckard. **Vertragsgestaltung**. Berlin: Hermann Luchterhand Verlag, 1993.

RHINOW, René. **Rechtsetzung und methodik**. Basiléia: Helbing & Lichtenhahn, 1979.

RICHLI, Paul. **Interdisziplinäre daumenregeln für eine faire rechtsetzung. Ein beitrag zur rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten rechtsstaat**. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2000.

RIEDEL, Martin. **Das vorhaben der kodifikatorischen vereinheitlichung des umweltrechts**. Múchen: VVF, 1995.

RÖDIG, Jürgen. Zum begriff des gesetzes in der rechtswissenschaft. *In*: RÖDIG, Jürgen (org.). **Studien zu einer theorie der gesetzgebung**. Berlin: Springer-Verlag, 1976.

SCHÄFFER, Heinz. Legistische richtlinien in österreich. *In*: RÖDIG, Jürgen (org.). **Studien zu einer theorie der gesetzgebung**. Berlin: Springer-Verlag, 1976.

SCHÄFFER, Heinz. **Theorie der rechtssetzung**. Viena: MANZ Verlag Wien, 1988.

SCHILCHER, Bernand. Gesetzgebungstheorie und privatrecht. *In*: WINKLER, Günther; SCHILCHER, Bernand (org.). **Gesetzgebung kritische überlegungen zur gesetzgebungslehre und zur gesetzgebungstechnik**. Viena: Springer-Verlag, 1981.

SCHRECKENBERG, Waldemar; KÖNIG, Klaus; ZEH, Wolfgang. **Gesetzgebungslehre: grundlagen, zugänge, anwendungen**. Stuttgart: Kohlhammer, 1986.

SCHULZE-FIELITZ, Helmut. Wege, umwege oder holzwege zu besserer gesetzgebung durch sachverständige beratung, begründung, folgeabschätzung und wirkungskontrolle? **Juristen Zeitung**, v. 59, p. 862-871, 2004.

SCHUPPERT, Gunnar Folke. **Das gesetz als zentrales steuerungsinstrument des rechtsstaates**. Baden-Baden: Nomos, 1998.

SCHWERDTFEGER, Gunther. Optimale methodik der gesetzgebung als verfassungspflicht. *In*: STÖDTER, Rolf; THIEME, Werner. **Festschrift für Peter Ipsen zum siebzigsten geburtstag**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1977.

SCHWEIZERISCHER JURISTENVEREIN. **Probleme der rechtssetzung. Hundert Jahre Bundesverfassung 1874 - 1974. Referate zum Schweizerischen Juristentag 1974. Herausgegeben vom Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins**. [s. l.]: Helbing und Lichtenhahn, 1974.

SMEDDINICK, Ulrich. **Integrierte gesetzproduktion: der beitrag der rechtswissenschaft zur gesetzgebung in interdisziplinärer perspektive**. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006.

WALTER, Robert. Reine rechtslehre und gesetzgebungstechnik. *In*: KINDERMAN, Harald (org.). **Studien zu einer theorie der gesetzgebung 1982**. Berlin: Springer-Verlag, 1982.

WINTGENS, Luc. Legisprudence as a new theory of legislation. **Ratio Juris**, v. 19, p. 1-25, 2006.

WINTGENS, Luc. **The theory and practice of legislation**: essays in legisprudence. Ambingdon: Routledge, 2005.

WINTGENS, Luc. **Legislation in context**: essays in legisprudence. Farnham: Ashgate, 2007.

Como publicar nos *Cadernos da Escola do Legislativo*

1 – Publicamos estudos de natureza analítica, preferencialmente inéditos, sobre temas de interesse do Poder Legislativo, do Estado e da sociedade, nas áreas de Direito, Administração Pública, Ciência Política, História Política, Políticas Públicas, Economia, Orçamento Público e afins.

2 – Além de estudos monográficos, aceitam-se traduções ou resenhas. A responsabilidade pelos artigos publicados é exclusiva dos autores. Se for o caso, o autor deverá tomar as providências necessárias no sentido de obter permissão para a publicação ou o uso de qualquer material eventualmente protegido por direitos autorais.

3 – O texto recebido será avaliado por parecerista *ad hoc*, especialista na área do tema abordado, observando-se os critérios de densidade e adequação aos objetivos da publicação. O parecerista poderá sugerir modificações formais ou de conteúdo, ou opinar pela não publicação, caso em que a decisão será comunicada ao autor.

Para mais informações, acesse: <https://cadernosdolegislativo.almg.gov.br/seer/index.php/cadernos-ele/about/submissions#onlineSubmissions>

Os artigos publicados são de responsabilidade dos autores.

Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais – Escola do Legislativo
Av. Olegário Maciel, 2.161 – Belo Horizonte – MG – 30180-112

Tel.: (31) 2108-3400

E-mail do editor: nepel@almg.gov.br

E-mail da Escola do Legislativo: escola@almg.gov.br

- Maria Cecília Pedreira de Almeida
- Paula Gabriela Mendes Lima
- Rodrigo Ribeiro de Sousa
- Marco Antônio Sousa Alves
- Cristina Leston-Bandeira
Renato Duarte Caetano
- Priscila Martins Dionizio



**ASSEMBLEIA
LEGISLATIVA
DE MINAS GERAIS**

Poder e voz do cidadão