

A LEI Nº 13.655/2018 E O PROCESSO LEGISLATIVO: POSSÍVEIS DIÁLOGOS SOB A VISÃO DO CONSEQUENCIALISMO

*The Law nº 13.655/18 and the legislative process: the possible dialogue
under the consequentialism vision*

Marco Antonio Hatem Beneton¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. A natureza da LINDB e a Lei nº 13.655/18. 2. O processo legislativo e a LINDB. 3. A lei como fruto da consensualidade. 4. O legislador como autor pragmático: *mens legislatori versus mens legis*. O processo legislativo como veículo do consequentialismo? Uma (possível) revisão do embate *mens legislatori versus mens legis*? 5. A Lei nº 13.655/18 e o processo legislativo. Conclusão. Referências.

RESUMO

Este artigo tem por objetivo investigar os possíveis pontos de contato entre o processo legislativo e a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) ao acrescentar novos dispositivos, todos voltados a instrumentalizar o Direito Público com métodos e técnicas de aplicação e interpretação de normas que tenham por substância aquele ramo do Direito.

Palavras-chave: Processo legislativo. Legislador. Consequencialismo. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro.

ABSTRACT

The purpose of this article is to investigate the possible points of contact between the legislative process and Law nº 13.555 of april 25, 2018, which introduced changes to the Law of Introduction to Brazilian Law (LINDB) by adding new devices, all aimed at to instrumentalize the Public Law with methods and techniques of application and interpretation of norms that have as substance that branch of Law.

Keywords: Legislative process. Legislator. Consequentialism. Introduction law to standarts in Brazil.

INTRODUÇÃO

Um intérprete mais afoito diria: “Não, as novas disposições da LINDB não se dialogam com o processo legislativo, eis que, textualmente, a lei se dirige às autoridades administrativas, controladoras e judiciais”. Outro intérprete de visão mais alargada diria: “Como não? Se aplica sim! As espécies normativas possuem regras de aplicação e vigência que decorrem da LINDB, tais como cláusula de vigência, momento em que passa a vigor etc”. Quem detém a verdade nesse embate? Talvez,

¹ Procurador da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Doutor em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Cursos de Extensão pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e Escola de Contas do TCM. Ex-chefe de gabinete da Secretaria de Estado da Justiça e Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (gestão Alexandre de Moraes). Ex-procurador-chefe e ex-secretário-geral da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo.

neste singelo estudo, poderemos dar indicações de qual caminho seguir, mas não esgotaremos o tema e não solucionaremos o imbróglio. Mais do que dar indicações de caminhos, procuramos jogar luzes nesta parte que nos parece obscura: a fronteira entre a produção normativa e a sua subsunção às regras jurídicas imprescindíveis para a pós-positivação do ato normativo, quando ele começa a vigor. E mais: far-se-á uma provocação para aprofundarem-se os debates, ao se lançar a questão da aplicação de regras que objetivem dar melhor qualidade à lei no futuro, quando essa deflagrar os seus efeitos pensados ou, na melhor das hipóteses, desejados, planejados. Para tanto, deve-se percorrer todo um *iter*.

Em primeiro lugar, devemos investigar qual é a natureza da LINDB e o que ela representa para o ordenamento jurídico sob um ponto de vista mais global. Após, deve-se olhar para o processo legislativo, como meio constitucional – e legítimo por excelência – para a produção de normas que vinculem os sujeitos de uma relação às obrigações e deveres de natureza jurídica. Ato contínuo, pretende-se saber no que a Lei nº 13.655/18 inovou, ou procurou inovar no mundo jurídico. Daí, então, partiremos para os devidos questionamentos, tais como inquirir se a lei é fruto da consensualidade; o que significa a lei para um contexto; indagar se a lei é pensada para gerir consequências próprias, pensadas ou desejadas, ou, outras, não pensadas nem desejadas; como interpretar e aplicar essas consequências inesperadas. Disso tudo, é inevitável a pergunta: é o legislador um a(u)tor pragmático? Desse ponto, expor-se-á a questão da *mens legislatori versus mens legis*. Nesse momento, deságua-se na interrogação: o processo legislativo age veículo do consequencialismo? Aproxima-se, então, do objeto deste estudo: a Lei nº 13.655/18 dialoga com o processo legislativo? A tarefa não será fácil. Vê-se que existem mais dúvidas do que certezas; vê-se que existe mais espaço para o experimentalismo do que para evidências. Nada é absolutamente tranquilo sob o manto necessário, mas pesado, da lei. Isso porque não é demais lembrar a frase de Hermann Jahrreiss, citado pelo ministro do STF, Gilmar Mendes: “Legislar é fazer experiências com o destino humano”.

Se a lei, como substância e pilar de legitimidade e de autoridade no Estado Democrático de Direito, é essencial para a organização da vida social, que ela seja efeito loquaz de proteção, harmonia, desenvolvimento, cooperação, ordem e promoção da dignidade da pessoa humana, sendo o seu nascimento, vida e morte, regrado por condições que a tornem meio útil de superação dos conflitos e não seja combustível para alimentar a interminável fogueira das dúvidas belicosas.

Começemos a investigar qual é a natureza da LINDB e o que ela representa para o ordenamento jurídico, como um ponto a partir da fronteira entre o direito desejado e o direito positivado.

1. A NATUREZA DA LINDB²

O que vem a ser uma lei de introdução às normas de Direito? Qual a sua natureza? A Lição de Maria Helena Diniz³, ainda sob o enfoque do Decreto nº 4.657/42, diz que:

A Lei de Introdução é um código de normas (...) descreve as linhas básicas da ordem jurídica, exercendo a função de lei geral, por orientar a obrigatoriedade, a interpretação, a integração e a vigência da lei no tempo e por traçar as diretrizes das relações de direito internacional privado por ela tidas como adequadas por estarem conformes com as convenções e com os tratados a que aderiu o Brasil. (...) a Lei de Introdução é uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito, um superdireito, um direito coordenador de direito. Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplicá-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaço-temporais (...) contém normas relativas à aplicabilidade e incidência de outras normas, constituindo o sobredireito.

Não é demais lembrar, como o faz Sundfeld⁴, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro já influencia, na verdade, uma lei, desde o seu processo de produção. Além de reforçar as ideias ensinadas por Maria Helena Diniz, Sundfeld chama a atenção para esse detalhe, apesar de não adentrar na seara do processo legislativo:

A ampla incidência sempre foi característica da antiga Lei de Introdução. Seu art. 1º, *caput*, diz que “salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada”. E nunca houve dúvida de que essa regra deveria incidir sobre leis tributárias, leis funcionais, leis sobre serviços públicos, leis previdenciárias, enfim, quaisquer leis. O mesmo ocorre com seus arts. 2º (“a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”), 3º (“ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”), 4º (sobre a “lei omissa”), 5º (relevância dos “fins sociais” e “exigências do bem comum”), 6º (“efeito imediato e geral” da lei, salvo “o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”), e assim por diante. Justamente por isso se diz, e é certo, que a Lei de Introdução é uma lei de sobredireito. Esses antigos dispositivos não têm, como se sabe, qualquer referência expressa ao direito tributário ou à atividade administrativa tributária, judicante ou não. Nem por isso há incerteza quanto à

² A atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conhecida pela sigla LINDB, em verdade nasceu com outro nome: Lei de Introdução ao Código Civil, posto no mundo, primeiramente pela Lei nº 3.071/1916 e, posteriormente, com a revogação desse decreto, pelo Decreto nº 4.657/1942. Em 2010, a Lei nº 12.376 conferiu a essa norma o seu rótulo atual.

³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 6.Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001, p. 4-7.

⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada - Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos? In: periódico *on-line Jota*, edição de 10/8/2018.

vinculação a eles dos julgadores administrativo-tributários. Normas gerais de interpretação e aplicação de Direito obrigam a todos que interpretam e aplicam o Direito, independentemente de citação nominal. De resto, se a atividade judicante do Judiciário está vinculada à Lei de Introdução, porque atividade judicante de simples autoridade administrativa estaria isenta?

Vê-se, com clareza, que as leis, qualquer que seja a sua espécie ou natureza material (civis, penais, tributárias, administrativas etc.), devem conter em seu texto regras advindas da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. No entanto, aqui, não chegaremos a fazer nenhum reparo à lição de Sundfeld, mas avançamos no sentido de dizer o que ele não disse ou disse menos do que poderia ter dito. Estamos a nos referir ao fato de a LINDB não ser apenas um fenômeno de repercussão da norma jurídica positivada, publicada e com a geração de efeitos em determinada época e lugar. Não. A LINDB conversa, em verdadeiro diálogo das fontes, com as normas jurídicas que dispõem sobre a técnica legislativa, normas essas, aliás, que têm o seu anúncio já no texto da Constituição Federal.⁵

A LINDB, em 2018, teve uma significativa alteração, com a inclusão de disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Ela traz um conjunto de normas gerais de Direito Público, prevalentemente normas de caráter instrumental e interpretativo, embora também contemple normas sancionadoras, como a que prevê, por exemplo, a responsabilização pessoal do agente público por dolo ou erro grosseiro (art. 28).

Afiados em Sundfeld, conclui-se que a Lei nº 13.655/2018 traz normas instrumentais e de interpretação às autoridades das esferas administrativa, controladora e judicial para que elas manejem instrumentalmente as normas gerais de cada matéria ramificada no Direito Público (Direito Financeiro, Direito Administrativo, Direito Tributário etc.) sob as luzes dos preceitos de ordem pública gerados pela Lei nº 13.655/2018. Essa lei traduz instrumentalidade e não cria novas regras de direito público material nos respectivos ramos dos Direitos. As normas gerais, especiais, materiais ou formais de cada ramo do Direito Público continuarão sendo emitidas de acordo com a espécie legislativa exigida pela Constituição Federal. Todavia, o *modus operandi* dessas normas passa pela observância obrigatória da nova lei.

2. O PROCESSO LEGISLATIVO E A LINDB

Há uma frase que se reputa – não se sabe se é verídica ou se é folclore – a Otto Von Bismarck (1815-1898): “Leis são como salsichas; é melhor não saber como

⁵ Art. 59, CF: “O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

são feitas”. Verdadeira ou não, a despeito da sua presença de espírito, o fato é que a frase deve ser devidamente balizada, no sentido de ela se referir ao *decisionismo* quanto à formação do conteúdo de mérito da lei; quem, como, quando e em qual contexto sociopolítico as personalidades políticas envolvidas (preponderantemente, Legislativo e Executivo, bem como outros legitimados) gravaram em um texto um punhado de teses, aspirações, desejos, necessidades e ideias para que esses elementos se tornassem regras gerais, abstratas e vinculantes. O que não se discute é o meio, o processo que levou esse conjunto de elementos a se tornar uma lei. Processo e conteúdo não se misturam, a despeito das aparências contrárias. Processo (e procedimento) são fenômenos díspares à matéria que eles carregam. Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁶:

(...) processo significa marcha avante, caminhada. Por isso durante muito tempo ele foi confundido com a simples sucessão de atos processuais (...). O processo pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles, e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca desse (...) a noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem, o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. (...) É lícito dizer, pois, que o processo é o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório.

Essa explicação é muito mais concernente ao processo judicial e ao processo administrativo, ainda mais quando se fala em relação entre seus sujeitos e contraditório. No entanto, essa definição pode ser transportada, *cum grano salis*, ao processo legislativo, que é o meio de instauração de um procedimento que visa à subsunção do mundo social a uma determinada regra de ordenação, sendo o procedimento desenvolvido por intermédio da sucessão encadeada de atos, todos destinados à formação de um ato final: o ato normativo. Quando se diz que a definição dos processualistas deve ser transportada com atenção, isso vem a significar que não é a entronização, em toda a sua totalidade, dessa definição de um campo da cultura jurídica em outro campo da cultura jurídica. A questão da relação de sujeitos e do contraditório, apesar de não poder ser abandonada pelo processo legislativo, sofre atenuações consideráveis. Nem por isso deixam de ser verificáveis no processo legislativo quando, por exemplo, substituímos os sujeitos por partidos políticos e o contraditório/defesa pelo debate/defesa de posições meritórias ou políticas que são, em grande parte, antagônicas. Tudo isso é feito sob o reinado de regras jurídicas sem que essas se misturem com o

⁶ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7. Ed., ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 247/254.

mérito político em debate, eis que o processo legislativo tem autonomia em relação à matéria que veicula. Em termos gerais essas regras jurídicas são capitaneadas pela Constituição, seguidas: a) pela Lei Complementar que define regras de técnica legislativa; e b) pelo Regimento Interno da respectiva Casa Legislativa.

A legislação no Estado Democrático de Direito tem um papel essencial e fundamental, uma vez que é sob o signo da reserva da legalidade que as pessoas físicas e jurídicas (privadas e públicas) deverão obrigatoriamente se pautar em suas relações. Tanto é que suas relações, sob as luzes do Direito, são denominadas de relações jurídicas, submetidas a direitos, deveres e obrigações decorrentes da lei em praticamente todos os quadrantes da sua vida⁷, sendo vital a concepção de legislação e democracia. Oportuno salientar a imbricação da concepção de democracia com legislação, imbricação essa feita por Hans Kelsen⁸ e resumidamente exposta na introdução elaborada por Giacomo Gavazzi, quando diz que:

(...) um sistema nunca pode ser considerado integral e totalmente democrático (ou totalmente autocrático), mas, antes, uma combinação (evidentemente em doses bastante variáveis) de elementos democráticos e autocráticos. Pode-se chamar democrático um sistema que o seja pelo menos no nível da produção das normas mais gerais e mais abstratas; em suma, no nível de legislação. Administração e jurisdição podem, em teoria, ser programadas democraticamente, mas, no mais das vezes, são organizadas autocraticamente. Nesse sentido, para conter e corrigir a discricionariedade própria a todos os órgãos autocráticos, introduz-se no sistema o princípio da legalidade.

Ou seja, a legislação é, no Estado de Direito, além de fonte de solução e obediência, colchão democrático de amortecimento das decisões tendenciosamente autocráticas dos demais Poderes. Na voz de Gilmar Mendes, ganha destaque, pois:

⁷ A lição sempre presente e didática de Miguel Reale (*Lições Preliminares de Direito*. 17. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 5) vem à tona em saborosa lembrança: “[...] ninguém pode exercer uma atividade sem razão de direito. Lembro-lhes, por exemplo, que esse nosso contato está sob a proteção do Direito: eu, dando aula e os senhores ouvindo-a, estamos todos no exercício de uma faculdade jurídica. Os senhores conquistaram o direito de frequentar as aulas, através dos exames que prestaram, e se não pagam taxas é porque ainda não há norma que as estabeleça. Quer dizer que estão aqui no exercício de uma atividade garantida. Também, por meu lado, estou no exercício de uma função que se integra na minha personalidade, como meu patrimônio: exerço um poder de agir, tutelado pelo Direito. Há, portanto, em cada comportamento humano, a presença, embora indireta, do fenômeno jurídico: O Direito está pelo menos pressuposto em cada ação do homem que se relacione com outro homem. (...) O Direito é, sob certo prisma, um manto protetor de organização e de direção dos comportamentos sociais.” Michel Troper (*Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 7) também dedica interessante estudo a esse respeito: “Vivemos sob o império do direito. Desde o nascimento, é obrigatório registrar a criança, e o nome que ela terá lhe será atribuído conforme certas regras, bem como outras determinarão que seja matriculada em uma escola. Quando compramos o mais simples objeto ou pagamos um ônibus, isso ocorre pela aplicação de um contrato. Nós nos casamos, trabalhamos e nos tratamos de acordo com o direito”.

⁸ KELSEN, Hans; GAVAZZI, Giacomo. *A Democracia*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 14.

(...) o Estado de Direito busca submeter todas as relações ao regime da lei. É da essência do sistema democrático, por outro lado, que as decisões fundamentais para a vida da sociedade sejam tomadas pelo Poder Legislativo, instituição fundamental do regime democrático representativo. (...) Nunca é demasiado enfatizar a delicadeza da tarefa confiada ao legislador. A generalidade, abstração e o efeito vinculante que caracterizam a lei revelam não só a grandeza, mas também a problemática que marcam a atividade legislativa.

A atividade legislativa, portanto, há de se submeter a um sistema de regras jurídicas destinadas à produção de normas gerais (por exceção, também específicas), abstratas (por exceção, também concretas) e vinculantes. Essa atividade legislativa se dá, portanto, sob a égide de um conjunto de regras jurídicas procedimentais que se visualizam em uma sucessão encadeada de atos destinada à formação de um ato normativo final, identificado, conforme o caso, em uma das espécies legislativas elencadas no art. 59 da Constituição Federal⁹: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.

Cada uma dessas espécies submete-se a um procedimento regimental e, em algumas espécies, a um procedimento constitucional, seguindo, em todo o caso, uma técnica de tracejamento, metodologia e sistematização, técnica essa que pode ser cunhada de técnica legislativa. Assim, ao final do processo legislativo, ficará evidente que ele não se misturou com o processo político, uma vez que o seguimento dentro das normas (constitucionais, legais e regimentais) de técnicas legislativas resultará em um ato normativo correspondente a uma das espécies legislativas previstas na Constituição.

É nesse momento em que se dá o *primeiro diálogo* entre a LINDB e o processo legislativo, tendo como ponto de contato a lei complementar que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona, no caso, a Lei Complementar nº 95/1998, no âmbito da União.¹⁰ Por que dizemos isso, por que dizemos que aí se dá o primeiro diálogo entre a LINDB e a LC nº 95/98? Porque nessa última já se encontram as disposições necessárias para o nascimento e vida útil das leis, a obrigar a observância de dispositivos de sobredireito (tal como a LINDB) para que a lei, em sentido amplo, surja e venha a surtir seus jurídicos e próprios efeitos.

Daí é que, no cotejo entre as duas leis, identificamos esse diálogo que chamamos de *diálogo preparatório de positivação*. Nessas leis, esse diálogo preparatório de positivação ocorre, em especial, nos elementos e momentos condizentes à *vigência, revogação, conhecimento, aplicação e efeitos/transição/segurança jurídica*, moldados no seguinte quadro:

⁹ Na Constituição do Estado de São Paulo corresponde ao artigo 21.

¹⁰ No âmbito do Estado de São Paulo é a Lei Complementar nº 863, de 29 de dezembro de 1999.

Vigência/LINDB - Art. 1º - Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada. Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

Vigência/LC nº 95/98 - Art. 3º, III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber; Art. 8º - A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.

Revogação/LINDB - Art. 2º - Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º - A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior; § 2º - A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior; § 3º - Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

Revogação/LC nº 95/98 - Art. 9º - A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas; Art. 12 - A alteração da lei será feita: II – mediante revogação parcial; § 2º - Preservando-se o conteúdo normativo original dos dispositivos consolidados, poderão ser feitas as seguintes alterações nos projetos de lei de consolidação: XI – declaração expressa de revogação de dispositivos implicitamente revogados por leis posteriores.

Conhecimento/LINDB - Art. 3º - Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

Conhecimento/LC nº 95/98 - Art. 8º - A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula “entra em vigor na data de sua publicação” para as leis de pequena repercussão.

Aplicação/LINDB - Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum; art. 22, § 2º - Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente; Art. 26 - Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso

com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial; Art. 30 - As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

Aplicação/LC nº 95/98 - Art. 3º - A lei será estruturada em três partes básicas: I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas; Art. 7º - O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios [...]; Art. 7º, III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva.

Efeitos + transição + segurança jurídica/LINDB - Art. 6º - A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada; § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou; Art. 23 - A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Efeitos + transição + segurança jurídica/ LC nº 95/98 - Art. 3º, III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber; Art. 10 - Os textos legais serão articulados com observância dos seguintes princípios: VIII - a composição prevista no inciso V poderá também compreender agrupamentos em Disposições Preliminares, Gerais, Finais ou Transitórias, conforme necessário.

Portanto, LINDB e LC nº 95/98 estão em permanente diálogo que antecede à positivação da norma, para que essa tenha vida útil, longa e produza, com higidez e clareza possíveis, os seus jurídicos e próprios efeitos, como fruto da consensualidade.

3. A LEI COMO FRUTO DA CONSENSUALIDADE

Abrindo um parêntese, falemos, rapidamente, sobre a consensualidade *conditio sine qua non* que antecede a etapa do processo legislativo no Poder Executivo. Não se disse, mas é pressuposto lógico que o processo legislativo obedeça a algumas etapas ou fases, preponderantemente nos Poderes Executivo e Legislativo, ou nos demais legitimados na iniciativa legislativa: 1) iniciativa ou oferecimento; 2) instrução; 3) deliberação (discussão + votação); e 4) positivação ou negação, total ou parcial.

O processo de formação do ato normativo é complexo, ou seja, estabelecendo um paradoxo com os atos administrativos complexos, são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único; as vontades são homogêneas e resultam de vários órgãos de uma mesma entidade ou de entidades públicas distintas, que se unem em uma só vontade para formar o ato¹¹.

A lei é fruto do consenso, mesmo que durante o debate político o dissenso tenha pairado como sombra. É que a deliberação do Poder Legislativo, fundada nos princípios da colegialidade e da soberania do plenário, demanda alto grau de consensualidade, que se resume na convergência de escolhas para que as demandas tenham fluidez, caminho, fim. Nesse passo, dar-se-á o (possível ou muito próximo) *segundo diálogo* entre a LINDB e o processo legislativo, agora explorando um dos dispositivos incluídos pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, com vistas a dar maior segurança jurídica e eficiência na aplicação do Direito Público, no que toca à questão da consensualidade, que são os artigos 26 e 27 da LINDB¹². Esses artigos não se aplicam direta e inteiramente ao processo legislativo, mas sinalizam que a consensualidade, algo muito comum e inescapável no Poder Legislativo, sobrepairá na seara de formação de possíveis vontades no campo do Direito Público. Podemos pinçar alguns exemplos da consensualidade presente no processo legislativo: acordo de lideranças partidárias para se pautar uma proposição¹³; acordo de lideranças partidárias, para se iniciar ou se encerrar a discussão a respeito de uma proposição; acordo de lideranças partidárias para a deliberação de uma proposição; acordo de lideranças partidárias para oferecimento de emenda substitutiva, aglutinativa, aditiva ou supressiva. Nesse ponto a questão ganha uma proximidade muito grande do art. 26 da LINDB, uma vez que, fazendo uso dos expressos termos desse artigo, é por intermédio, *e. g.*, de emendas aglutinativas que são eliminadas irregularidades, incertezas, dúvidas ou se evitam situações contenciosas no futuro. Trata-se da celebração de um compromisso

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 222.

¹² “Art. 26 - Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual somente produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

Art. 27 - A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.”

¹³ Quando se diz proposição estamos a nos referir a toda matéria sujeita à deliberação no Plenário do Poder Legislativo, ou no seio das suas Comissões. O rol é extenso, e pode ir desde um simples requerimento até uma proposta de emenda à Constituição. Proposição é gênero e suas espécies são, por exemplo: proposta de emenda à Constituição, projeto de lei, moções, requerimentos, emendas, indicações, requerimentos de informação.

que muitas vezes envolve não somente as lideranças partidárias, mas também a liderança do governo no Parlamento, bem como representantes do Poder Executivo, tudo voltado à satisfação de um interesse público maior e em comum.

Dessa consensualidade parelha, surge uma constatação e uma indagação, indagação essa, aliás, antiga no Direito Constitucional brasileiro. A constatação é que o legislador atua como a(u)tor (ator + autor) pragmático. Geraldo Ataliba¹⁴ traça um panorama lúcido a respeito das linhas que separam a função legislativa das demais funções estatais:

(...) estas considerações de ordem geral põem em relevo a existência de um momento pré-jurídico, o momento da elaboração legislativa e de um segundo momento, já propriamente jurídico, aquele que se inicia quando a lei é posta em vigor e assume integralmente seu caráter dogmático. Na primeira hipótese, estamos nos domínios do político; estamos nos domínios da justiça pura, estamos no campo aberto às discussões e opiniões. Na segunda hipótese, estamos no campo exegético propriamente dogmático, específico do jurista, que precisa – munido do instrumental científico, que lhe é fornecido pela ciência do direito – entender e aplicar as normas jurídicas. O primeiro, o legislador, o político, sem dúvida alguma, para formar os seus critérios de conveniência, oportunidade, justiça etc., deve informar-se, assessorar-se, auxiliar-se dos subsídios fornecidos pelos sociólogos, economistas, pelos técnicos em geral, inclusive deve ouvir e consultar o sentimento popular, a opinião pública, a fim de bem orientar-se na produção do instrumento normativo. Não está preso a critérios jurídico, senão aos constitucionais que fixam a sua competência e balizam a sua esfera de atribuições. Quanto ao mais, é livre e vinculado somente à sua formação e inteligência.

No entanto, surge a indagação: e o antigo conflito *mens legislatori versus mens legis*? É o que cuidaremos no próximo tópico.

4. O LEGISLADOR COMO A(U)TOR PRAGMÁTICO: MENS LEGISLATORI VERSUS MENS LEGIS. O PROCESSO LEGISLATIVO COMO VEÍCULO DO CONSEQUENCIALISMO? UMA (POSSÍVEL) REVISÃO DO EMBATE MENS LEGISLATORI VERSUS MENS LEGIS?

É corrente na Teoria Geral do Direito de que, o que realmente importa, é o texto positivado da lei após a sua publicação. Essa é a vontade do povo vocalizada pelo Poder Legislativo. A lei é a expressão suprema da vontade do povo.

Assim, tanto a doutrina quanto a jurisprudência cerram fileiras no sentido de ser a vontade da lei aquela que está materializada em um texto, pouco ou nada

¹⁴ ATALIBA, Geraldo. Justiça Formal, Justiça Substancial e Traços Diferenciais entre Ciência das Finanças e Direito Financeiro, *Revista de Direito Público* n.7, janeiro/março, 1969. São Paulo: Editora RT, 1969, p. 206.

importando a vontade do legislador, daquele que desenhou seu projeto e nele aninhou suas intenções.

Cite-se, novamente, Ataliba: “Logo, a vontade do legislador está idoneamente formulada e o que se tem é a própria vontade da lei, que, por sua vez, nada mais é do que a vontade do Estado.” Para Eros Roberto Grau¹⁵, em tom ácido, diz que:

(...) a referência à vontade do legislador perde qualquer sentido. A interpretação constitucional, no nível linguístico, é interpretação semântica, voltada à determinação do significado das palavras e expressões contidas no texto da Constituição. Vale dizer: refere-se a normas reveladas por enunciados linguísticos – não a intenções ou vontades do texto ou do legislador constituinte –, estando, como observa CANOTILHO, condicionada pelo contexto, na medida em que se opera em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados usos linguísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado.¹⁶

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Editora Malheiros: 2016, p. 81-83.

¹⁶ A jurisprudência segue na mesma esteira. Em voto lançado no AI nº 401.337, o ministro Celso de Mello sentenciou: “Nem se diga, de outro lado, que a intenção do legislador estadual teria sido a de não contemplar as categorias funcionais representadas pelas associações ora agravadas. É preciso advertir, nesse ponto, que a *mens legislatoris* representa fator secundário no processo hermenêutico, pois, nesse, o que se mostra relevante é a indagação em torno da *mens legis*, vale dizer, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei. Ninguém ignora que a lei nada mais é do que a sua própria interpretação, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA. – O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos juízes e tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. Precedente.» (RE 258.088-AgrR/SC, rel. min. CELSO DE MELLO). Daí a precedente advertência que GERALDO ATALIBA faz em lapidar magistério (“Revisão Constitucional”, in: Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, 87): “Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais do que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia do que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível). (...) O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...).» Em suma: a lei vale por aquilo que nela se contém e que decorre, objetivamente, do discurso normativo nela consubstanciado, e não pelo que, no texto legal, pretendeu incluir o legislador, pois, em havendo divórcio entre o que estabelece o diploma legislativo (*mens legis*) e o que nesse buscava instituir o seu autor (*mens legislatoris*), deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica em torno da intenção pessoal do legislador. Esse entendimento – que proclama a prevalência da vontade objetiva da lei sobre a intenção do legislador – reflete-se em preciso magistério doutrinário, como resulta claro das lições de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (“O Direito – Introdução e Teoria Geral”, p. 414, item n. 228, 2. ed.,

De fato, afastando-se da interpretação histórica e da interpretação autêntica, que buscam, respectivamente, as raízes político-sociais da norma e as justificativas contidas na proposição legislativa, deve-se trabalhar com o texto acabado e publicado, sendo que é a partir daí que surtirão os jurídicos e próprios efeitos da lei.

No entanto, o legislador pretende ser um autor e um ator pragmáticos, na medida em que ele busca, por intermédio da atividade legislativa de produção da norma, meios de solução de um determinado assunto no meio social. Busca, com sua proposição, não somente chamar a atenção da sociedade e do Governo para uma determinada questão ou matéria – o que também pode ser tido como um instrumento da sua bandeira política –, mas busca, acima de tudo, ser o protagonista da solução. Na visão de Geraldo Ataliba, é o legislador que procura fazer justiça com as suas propostas, independentemente de ter ou não razão jurídica.¹⁷ Essa, quem busca, é o juiz, a quem compete interpretar e aplicar a lei, sob o ponto de vista da validade. Ao legislador compete atribuir valor a algo, e visa ao justo. O legislador é, então, um pragmático.

Dentro de uma definição característica do pragmatismo, muito bem-apresentado por Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Verás de Freitas¹⁸, com apoio na lição que citam, de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira¹⁹, pode-se, *mutatis mutandi*, alocar o pragmatismo do legislador dentro das três características diagnosticadas por Rezende de Oliveira:

- (i) o *antifundacionalismo*, de acordo com o qual se rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; (ii) o *contextualismo*, conceito que orien-

2001, Renovar), de CARLOS MAXIMILIANO (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 23/25, itens n. 32, 33 e 35, 19 ed., Forense) e de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1946”, tomo VI/478-479, 3. ed., 1960, Borsoi), entre outros. Em igual sentido, firmou-se a jurisprudência dos tribunais, como o evidenciam as seguintes decisões: “(...) o que vale verificar é a *mens legis* e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio. Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações. Essas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta. Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma (...)” (RE 2.010/DF, rel. min. OROSIMBO NONATO). “Na interpretação da lei prevalece a *mens legis* sobre a *mens legislatoris*. (RT 305/964, rel. min. AGUIAR DIAS)”

¹⁷ ATALIBA, *op. cit.*, p. 205: “Na verdade, quem faz justiça é o político. O político é que, ao elaborar a lei, age de maneira justa ou injusta, oportuna ou inoportuna, conveniente ou inconveniente, econômica ou antieconômica. No momento em que o político (que não é jurista) determina qual a alíquota de um imposto; ao elaborar o enunciado normativo quando gradua determinada pena; nesse momento, o político, enquanto legislador, está realizando justiça (ou injustiça). Ele, portanto, é injusto ou justo, conforme disponha as normas genéricas e abstratas que lhe incumbem elaborar. Podemos qualificar o legislador (político) como justo ou injusto, pelo mérito das normas que edita.”

¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Verás de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. Artigo publicado no periódico *on-line* Conjur. Edição de 25 de julho de 2018.

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 9-36, out./dez. 2012.

ta a interpretação jurídica por questões práticas; e (iii) o *consequencialismo*, característica de acordo com a qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro, e não para o passado).

Dessa forma, pode-se perceber – no terceiro possível diálogo entre LINDB e processo legislativo – que (a) há um o antifundacionalismo, eis que, muitas vezes, o legislador ignora a existência de conceitos anteriores ou os altera livremente, adaptando-os às transformações sociais; (b) que sua atuação se dá dentro de contexto e de uma visão prática de buscar, com a lei, solver determinado problema, resolver determinado imbróglio ou preencher uma lacuna; (c) e, por fim, sendo ou não sendo importante, o legislador visa, com a sua proposição, a consequências concretas (mesmo que gerais, abstratas e vinculantes) para solver algo que clama uma regulação ou solução jurídicas pela via da atuação legislativa estatal, onde o consenso das partes não basta ou não se tem. Enfim, quer, repita-se, solução como consequência.

Portanto, não se pode, de todo, abandonar a intenção do legislador, eis que ele quer ser prático e o objeto da sua proposição ser consequencialista. Se a intenção ficou no passado, dentro da lei está o seu código genético e, portanto, deve-se extrair a interpretação contextual e consequencialista que ela deverá surtir. Aliás, a lei também guarda um caráter subsidiário, na medida em que²⁰:

(...) embora a competência para editar normas, no tocante à matéria, quase não conheça limites (universalidade da atividade legislativa), a atividade legislativa é, e deve continuar sendo, uma atividade subsidiária. Significa dizer que o exercício da atividade legislativa está submetido ao princípio da necessidade, isto é, que a promulgação de leis supérfluas ou iterativas configura abuso do poder de legislar. (...) As leis hão de ter, pois, um fundamento objetivo.

Aqui, serve a contento a lição de Diego Werneck Arguelhes²¹, que traz ou nela subjaz, nas entrelinhas, uma hipotética sugestão de extração da vontade do legislador na ideia fixada na lei como vetor da interpretação e aplicação futuras:

(...) em um regime de separação de poderes, o juiz tem o dever de obedecer às decisões do legislador, cujas decisões constituem o ordenamento jurídico. Logo, o juiz tem o dever de obedecer ao ordenamento jurídico. (...) Em um nível mais amplo, pode-se falar na obediência ao ordenamento de forma binária: ou se obedece ao Direito, ou não se obedece ao Direito. Uma decisão que não possa ser reconduzida ao ordenamento jurídico de alguma forma não honra este dever de obediência, por mais valiosa que essa decisão possa ser do ponto de vista econômico, político, filosófico, social etc. Assim, o

²⁰ MENDES, Gilmar. *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa*. In: *Revista Trimestral de Direito Público* – 1. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 257.

²¹ ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos Consequencialistas e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização*. In: XIV Encontro do Compedi. Fortaleza, 2005.

dever de obediência ao ordenamento jurídico é definido de forma independente do valor que uma decisão ou outra possa ter sob pontos de vista não jurídicos. O fundamento da atribuição de caráter subsidiário aos argumentos consequencialistas não é outra coisa senão a adoção de uma exigência forte de obediência às decisões institucionais que formam o Direito vigente.

Observe-se bem a frase do autor: “o fundamento da atribuição de caráter subsidiário aos argumentos consequencialistas não é outra coisa senão a adoção de uma exigência forte de obediência às decisões institucionais que formam o Direito vigente”.

Ora, quando se fala em obediência aos “argumentos consequencialistas e às decisões institucionais que formam o Direito vigente”, com todo o respeito, não se pode negar que há uma soma de vontades institucionais que miram consequências jurídicas e políticas, uma vez que na separação de poderes não compete ao juiz produzir a lei, e, sim, ao legislador. Àquele compete produzir a norma que estabilizará a relação jurídica que lhe foi posta para solucionar, e essa norma será extraída da interpretação que se retira do conteúdo da lei. E dentro da lei há o conteúdo pensado no bem-estar, no valor, na justiça, elementos que, se não são à princípio e externamente consagrados pelo juiz, não deixam de estar presentes quando ele aplica a lei que os contém. Há uma sequencialidade genético-legislativa na decisão do juiz que, somada à decisão do legislador, conformam a soma que Arguelhes sintetizou como “decisões institucionais que formam o Direito vigente”.

Isso fica mais evidente quando Arguelhes diz que “a argumentação com base nas consequências pressupõe a adoção de algum critério para sua valoração; se quem avalia as consequências é o juiz, vinculado ao ordenamento jurídico, o que conta não são suas preferências, mas sim as preferências expressas nas normas.” Cita Perelman para dizer, então, que a “atribuição de valor decisivo às consequências de um ato na argumentação prática *depende de um acordo entre os participantes do discurso, ainda que implícito*”.

E o que está implícito, a *mens legislatori*? Ressalvada a possível majoritária voz contrária, não descarto a possibilidade de, *no conteúdo legal que está implícito*, sobreviva a vontade consequencialista do legislador, sua intenção, seu desejo e alcance da sua pretensão de regulação/solução a incidir no amplo meio social, destinatário primaz (senão único) dos destinos da lei.

É nesse encontro das águas dos rios que servem aos anseios sociais que devemos indagar: o processo legislativo atua como veículo do consequencialismo? Com isso, pode-se afirmar não o fim, mas o abrandamento do conflito entre mens legislatori versus mens legis?

A resposta à nossa indagação é, com o devido respeito aos justificáveis temores acadêmicos, afirmativa. Diga-se que esse temor, sob as luzes do citado princípio da necessidade, não deveria existir, pois se presume lógico e sensato que as leis sejam feitas para ter vida útil e produtiva no meio social e não para servir como mais um número a se decorar dentro de um infundável cipoal de regras, nem servir como via de transformação de tudo em lei, revivendo a mitologia do *Rei Midas*.

Tudo o que se pretende ver regulado deveria, pelo menos em tese, ser previamente pesquisado, pensado, discutido em sociedade com a sociedade, planejado. A lei não pode nem deve servir de método para a resolução de todos os (graves) problemas sociais e econômicos, como se em um lampejo pudesse ser estabelecido: “Artigo 1º - Fica decretado o fim da fome no Brasil; Artigo 2º - A miséria fica banida do território brasileiro.”

Vem de Gilmar Mendes²², mais uma vez, a crítica precedente sobre o fato de o processo de elaboração das espécies legislativas não atentar para as reais necessidades do que precisa ser, de fato, legislado e carecer de um planejamento legislativo adequado às efetivas áreas onde é imprescindível a existência de lei:

A atividade legislativa não constitui um sistema linear e unidimensional no qual os atores procedem de forma previsível e planejada. Ao revés, a atividade legislativa é formada por um conjunto de interesses diferenciados e relações de força no complexo campo político. Embora os procedimentos atinentes à formação da lei estejam previstos de modo mais um menos detalhado na Constituição, não subsiste dúvida de que a metodologia empregada na elaboração das leis não observa, necessariamente, um programa definido. (...) Não obstante, muitas iniciativas, no plano legislativo, são determinadas por circunstâncias ou eventos imprevisíveis ou imprevisíveis, que exigem uma pronta ação do legislador. Assim a despeito de toda a boa vontade e organização, não se afigura possível, de forma absolutamente satisfatória, a ação legislativa. Deve-se concluir, pois, que a impossibilidade de um planejamento rigoroso da atividade legislativa acaba por fazer com que o desenvolvimento da lei dependa, não raras vezes, de impulsos isolados.

Daí, arremata e aponta, em tese, quais seriam as áreas que demandam a reserva da legalidade:

Cumpra diferenciar os impulsos de índole jurídica daqueles de caráter marcadamente político. Os primeiros decorrem, normalmente, de uma exigência expressamente estabelecida na Constituição, isto é, de um dever constitucional de legislar. Alguns exemplos de inequívocos deveres impostos ao legislador podem ser mencionados: a) CF, art. 5º, incisos XXIX e XXXII; b) CF, art. 7º, incisos I, IV e XI. (...) A decisão política de deflagrar o processo legislativo decorre, muitas vezes, de iniciativas de órgãos da sociedade civil.

As consequências de uma lei são, em algumas oportunidades, até previsíveis, como, por exemplo, quando elas provêm da iniciativa do Chefe do Poder Executivo, no exercício de direção da Administração Pública. Nesse caso, ele exerce as

²² MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. In: *Revista Trimestral de Direito Público* – 1. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

prerrogativas do art. 61, § 1º, da Constituição Federal.²³ A despeito de serem leis vinculantes, há um alto grau de concretude nas leis voltadas para o manejo da Administração Pública, com um nítido abrandamento da generalidade e abstração. Entretanto, em outras oportunidades, quando as leis sobrecarregam-se de um alto grau de generalidade e abstração, como as leis civis, penais, trabalhistas, processuais, consumeristas, tributárias e algumas administrativas, o alcance objetivo e subjetivo, bem como, os resultados serão obtidos na rotina das múltiplas relações intersubjetivas e na submissão de relações jurídicas ao crivo das autoridades administrativas e, especialmente, das autoridades judiciárias, quando, então, serão submetidas a um processo metodológico de interpretação, integração e aplicação.

Em todo o caso, seja para qual oportunidade a lei se destinar, mister seria que houvesse um mínimo de planejamento legislativo, com a finalidade de traçar o alcance, os objetivos, as pessoas, a amplitude, as restrições e limites, as regras de transição etc., ou, como diz Gilmar Mendes²⁴, “fixar planos para a elaboração legislativa, como ocorre, normalmente, nos planos de governo, nos quais se estabelecem as diretrizes para a legislatura vindoura”. Aliás, o controle das consequências e das decisões institucionais passariam a deter uma racionalidade muito mais próxima do princípio da segurança jurídica.

Essa já é realidade, pelo menos no âmbito da União. O Decreto nº 9.191/2017 estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao presidente da República pelos ministros de Estado. Vê-se que o decreto não fixa tão somente as normas de técnica legislativa, mas, também, as diretrizes, que são os esboços e as linhas gerais que a proposição legislativa deve atingir. Ressalta, aí, a importância de atendimento ao art. 13 desse decreto, que dispõe: “A elaboração de atos normativos observará o disposto no Anexo.”

O que diz o Anexo? O Anexo elenca uma série de diretrizes voltadas para a preparação da proposição legislativa, mas com indiscutíveis reflexos para o processo

²³ Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao procurador-geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. § 1º São de iniciativa privativa do presidente da República as leis que: I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas; II - disponham sobre: a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração; b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios; c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria; d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; e) criação e extinção de ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI; f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. No caso do Estado de São Paulo, a Constituição estadual fixa essa iniciativa do governador do Estado nos artigos 24, § 2º, e 47, XI.

²⁴ MENDES, Gilmar. *Questões Fundamentais de Técnica Legislativa*. In: *Revista Trimestral de Direito Público* – 1. São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 18.

legislativo e para a fase pós-processual, quando a norma é positivada. É denominado “Questões a Serem Analisadas Quando da Elaboração de Atos Normativos no Âmbito do Poder Executivo Federal”. Deverão ser analisados os seguintes aspectos, listados em forma de indagações: diagnósticos, alternativas, competência legislativa, necessidade de lei, reserva legal, norma temporária, medida provisória, oportunidade do ato normativo, densidade do ato normativo, direitos fundamentais, norma penal, norma tributária, norma de regulação profissional, compreensão do ato normativo, exequibilidade, análise de custos envolvidos, simplificação administrativa, prazo de vigência e de adaptação e avaliação de resultados.

Em pelo menos três desses aspectos, há expressa previsão a respeito das consequências do ato normativo a ser produzido:

- no diagnóstico há a seguinte indagação: “O que poderá acontecer se nada for feito? (Exemplo: o problema se agravará? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que consequências?)”;
- nas alternativas há a seguinte indagação: “Quais instrumentos de ação parecem adequados, considerando-se os seguintes aspectos: efeitos colaterais e outras consequências”; e
- na norma tributária há a seguinte indagação: “Há definição clara de todos os elementos da obrigação tributária? Qual a hipótese de incidência, a base de cálculo, o sujeito passivo e as consequências no caso de não pagamento ou de pagamento em atraso?”

Em outros aspectos, há referência indireta às consequências: análise de custos envolvidos e avaliação de resultados, o que denota, também, a presença do caráter pragmático na elaboração do ato normativo.

Um dos idealizadores dessa lista de questões, Gilmar Mendes²⁵ salienta a importância do controle posterior, quando a norma irradia seus jurídicos e próprios efeitos:

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

Portanto, fica patente o destaque que as consequências poderão trazer a reboque da edição de um novo ato normativo, bem como fica definitivamente ilustrada importância do consequencialismo e do pragmatismo tanto no processo administrativo

²⁵ MENDES, Gilmar, *op. cit.*, p. 23.

de preparação dos atos legislativos quanto no processo legislativo propriamente dito. Fica patente, também, o vislumbre do *quarto diálogo* entre LINDB e processo legislativo.

Isso deveria acarretar a mudança de enfoque no tratamento da *mens legislatoris*, na firmiação da intenção do legislador. Essa autoridade pública se preocupa, sim, com as consequências dos seus anseios políticos ao querer transformá-los em lei. Junto aos juízes e às autoridades administrativas, os legisladores concorrem para formar uma decisão institucional que terá efeito vinculante/obrigatório; deverá ser estendida genericamente a todos que sejam alcançados pela respectiva regra-matriz e deve se movimentar ante um ato concreto, pela autoridade judiciária, que é o intermediário entre a norma e a vida ou o instrumento pelo qual a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, ocorrendo o fenômeno da subsunção²⁶.

A revisão do embate *mens legislatori* versus *mens legis* ganha um novo capítulo com a entrada em vigor da Lei nº 13.655/18 e faz que, ante todo o estudo que aqui tecemos, possamos indagar: a Lei nº 13.655/18 se aplica ao processo legislativo?

5. A LEI Nº 13.655/18 SE APLICA AO PROCESSO LEGISLATIVO? UMA (POSSÍVEL) RESPOSTA

Em primeira e rápida abordagem da Lei nº 13.655/18 diríamos, sem pestanejar: essa lei não dialoga com o processo legislativo. Trata-se, claramente, de lei voltada às autoridades administrativas, judiciárias e controladoras, sujeitos onde não identificamos a figura da autoridade legislativa.

Ocorre que a interpretação da lei exige método para se extrair dela, a norma a incidir no caso concreto. Esse método vale-se de instrumentos de aproximação e identificação da intenção da lei. Temos, assim, os quatro elementos tradicionais de interpretação jurídica: a interpretação gramatical ou semântica, a interpretação histórica ou autêntica, a interpretação teleológica e a interpretação sistemática. É, pois, por meio desse último instrumento, que interpreta a lei como um sistema coeso e contextual, que procuraremos dar sequência a uma possível resposta à indagação supraformulada.

Segundo Luís Roberto Barroso (MS nº 32.326):

um sistema pressupõe unidade e harmonia. A interpretação sistemática situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo a conexão própria com outras normas, de modo a evitar contradições e antinomias.

Sob as luzes dessa unidade e harmonia, pudemos estabelecer, linhas atrás, algumas correspondências entre a LINDB e as regras de técnica legislativa. Passeando pela consensualidade, pudemos verificar que o ato normativo é fruto da convergência de propósitos. Por sua vez, ao passarmos pelo campo da consequencialidade

²⁶ DINIZ, *op. cit.*, p. 7.

enfeixada nas mãos do legislador, pudemos perceber que as consequências e o pragmatismo têm morada, também, na atividade legislativa, porque o legislador quer que sua proposição surta os efeitos por ele almejados no meio social.

Premiados com essas assertivas, podemos, com a devida vênia, dizer: sim, a Lei nº 13.655/2018 mantém amplo e saudável diálogo com o processo legislativo. Se não em sua inteireza, pelo menos em sua proposta de meio e fim. Vejamos:

- 1) Primeiramente, a ementa já revela uma vinculação entre a Lei nº 13.655/18 e a produção de futuros atos normativos de natureza pública, uma vez que ela inclui na Lei de Introdução às Normas ao Direito Brasileiro disposições sobre segurança jurídica e eficiência na *criação* e na aplicação do direito público. Os atos de criar e de inovar o ordenamento jurídico são típicos efeitos desejados pelo legislador. Daí que, todas as vezes em que normas de Direito Público forem pensadas, planejadas (vide Decreto nº 9.191/17) e produzidas deverão atender às disposições constantes na Lei nº 13.655/2018, eis que essa exige, obrigatoriamente, que se atenda aos princípios da eficiência e da segurança jurídica inclusive quando essas normas públicas forem gestadas e não mais somente aplicadas. Eis, por que não, o *quinto diálogo*.
- 2) Em segundo lugar, as disposições finais e, sobretudo, as transitórias, conforme vimos nas regras de técnica legislativa, deverão mirar seu olhar e absorver o mandamento contido no art. 23 da LINDB²⁷ atualizada. Concordamos que aqui o legislador disse menos do que queria dizer, mas em diálogo com a Lei Complementar nº 95 é inafastável a previsão de regime de transição em todo e qualquer ato normativo, inclusive, e com toda a razão, nas propostas de Emenda à Constituição, para fins de suavizar a passagem de um ordenamento jurídico existente e irradiador de efeitos, eis que produzido sob o signo da segurança e da confiança jurídicas (ato jurídico perfeito e direito adquirido). Sem sombra de dúvidas, esse pode ser considerado o *sexto diálogo* entre LINDB e processo legislativo.
- 3) Em terceiro lugar, na forma do *sétimo diálogo* entre LINDB e processo legislativo, é dever do legislador consagrar segurança jurídica em suas manifestações legislativas, traduzidas nas espécies legislativas. Essa consagração tornou-se evidente e explícita, inclusive expressamente, para o legislador, quando, na generalidade de autoridades do art. 30 da LINDB atualizada, diz que “as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.” Sem dúvida, o legislador, ocupante de cargo público eletivo, insere-se no conceito de autoridade pública.

²⁷ Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

4) Por fim, o *oitavo diálogo* entre LINDB e processo legislativo: o legislador é, também, autoridade controladora, porque a atividade fiscalizatória do Poder Legislativo encontra-se, com a Constituição Federal de 1988, no mesmo nível da atividade legislativa. É o que prescreve o art. 70²⁸ da CF:

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.

Há, como reflexo da atividade fiscalizatória, um ricochete na atividade legislativa, pois a) compete ao legislador aprovar as contas do chefe do Executivo pela via da espécie legislativa denominada decreto legislativo e b) caso o Poder Executivo exorbite do seu poder regulamentar, poderá o Poder Legislativo, também pela via do decreto legislativo, sustar esses atos normativos exorbitantes.

CONCLUSÃO

A problemática que propusemos explorar, fundada na possível aplicação das disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público no campo do processo legislativo, visou a demonstrar todo um *iter* de contatos entre as novas normas sobre segurança jurídica e o processo de elaboração de normas, comumente denominado de processo legislativo. A nossa conclusão é a de que há, sim, uma relação, conquanto silenciosa, mas substancial, entre a Lei nº 13.655/2018 e o processo legislativo. Os diálogos que demonstramos são indícios concretos dessa relação. Aliás, enfocamos esses diálogos em não poucos pontos, pelo menos oito deles que, se não se esgotam, introduzem, instigam a demandar novos estudos, ampliando ou até reduzindo essa relação de complementariedade.

A Lei nº 13.655/2018 pode, no primeiro momento de olhar mais afoito, até não se aplicar *diretamente* ao processo legislativo, mas, reclama uma *pré* observação obrigatória, uma verdadeira conversa entre as fontes legais-instrumentais – diálogo esse concernente à seara do processo legislativo, temperado pela técnica legislativa –, mormente para a produção de normas de Direito Público.

Identificamos, pois, um conjunto de diálogos aos quais chamamos *diálogos preparatórios de positivação*. Esses diálogos preparatórios de positivação ocorrem, em especial, nos elementos e momentos condizentes à *vigência, revogação, conhecimento, aplicação e efeitos/transição/segurança jurídica*, mas que são manejados desde o processo de formação da futura norma jurídica. A não observância desses diálogos preparatórios pode engendrar uma possível nulificação da produção legislativa? Não temos

²⁸ O equivalente na Constituição de São Paulo é o artigo 32.

essa resposta pronta e acabada, mas, por exemplo, se esticarmos a compreensão de devido processo legal no âmbito do processo legislativo, pode-se, em tese, questionar a validade da norma em caso de inobservância formal das regras procedimentais de elaboração legislativa.

Salientamos: trata-se de estudo introdutório, que pretende deflagrar o começo de estudos mais pormenorizados a respeito da íntima proximidade entre normas sobre segurança jurídica, normas de *sobredireito* e normas sobre processo legislativo. Aliás, é extremamente válida e verdadeira a colocação de Tércio Ferraz Sampaio Jr.²⁹, em sua *Introdução ao Estudo do Direito*: “Uma Introdução é apenas uma abertura, que deve levar-nos a ampliar nosso universo e nunca a reduzi-lo a esquemas simplificados. Um livro de Introdução é, pois, somente um roteiro, nunca uma obra acabada.”

A lei, como dissemos, é fruto do consenso que surge durante o debate político. A deliberação do Poder Legislativo, fundada nos princípios da colegialidade e da soberania do plenário, demanda alto grau de consensualidade, que se resume na convergência de escolhas para que as demandas tenham fluidez, caminho e fim, mas sempre com lastro no princípio-vetor da segurança jurídica, como medida de atendimento tanto das expectativas populares quanto das determinações oriundas do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

²⁹ SAMPAIO JR. Tércio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: GEN/Atlas, 2015, p. 2.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed., ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- ARGUELHES, Diego Werneck. *Argumentos Consequencialistas e Estado de Direito: Subsídios para uma compatibilização*. In: XIV Encontro do Compedi. Fortaleza, 2005.
- ATALIBA, Geraldo. Justiça Formal, Justiça Substancial e Traços Diferenciais entre Ciência das Finanças e Direito Financeiro, *Revista de Direito Público*, n. 7, jan./mar. 1969. São Paulo: RT, 1969.
- BARROSO, Luís Roberto. Decisão monocrática lançada no MS n. 32.326. Sítio eletrônico do STF. Disponível em: <www.stf.jus.br>.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- SAMPAIO JR. Tércio Ferraz. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: GEN/Atlas, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 7. ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros: 2016.
- KELSEN, Hans/Gavazzi, Giacomo. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e FREITAS, Rafael Vêras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. Artigo publicado no periódico *on-line* Conjur. Edição de 25 de julho de 2018.
- MENDES, Gilmar. Questões Fundamentais de Técnica Legislativa. In: *Revista Trimestral de Direito Público – 1*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Ativismo judicial, pragmatismo e capacidades institucionais: as novas tendências do controle judicial dos atos administrativos, *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out./dez. 2012.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 17. ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1990.
- SUNDFELD, Carlos Ari. LINDB: Direito Tributário está sujeito à Lei de Introdução reformada - Qual o âmbito de incidência dos novos dispositivos? In: periódico *on-line* Jota, edição de 10/8/2018.
- TROPER, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.

