

A «CRISE DA LEI» NO PENSAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

GUSTAVO GRAMAXO ROZEIRA

1. Breve introdução acerca da «crise da lei.»

Num tempo em que a lei – entendida como o acto legislativo de origem parlamentar – e o próprio parlamento, enquanto instituição colocada numa posição privilegiada do sistema de governo, são cada vez mais postos em causa⁽¹⁾, o estudo da lei enquanto fenómeno normativo parece caído completamente em desuso.

Evidentemente, na sociedade tecnológica e veloz dos tempos modernos a relevância da instituição parlamentar e o papel da lei como fonte normativa são cada vez menores, ultrapassados – dirão alguns – pela dinâmica inquebrantável de novos “modos” de produzir o direito e de novas fontes de regulação normativa e social.

O lugar da lei – esse expoente máximo do positivismo jurídico – é agora crescentemente secundário na literatura jurídica, substituída que foi por outros novos e mais modernos institutos jurídicos aos quais a doutrina e os académicos dedicam investigações cada vez mais aprofundadas.

Por seu turno, a lei e o procedimento legislativo parlamentar parecem estar votados ao desinteresse generalizado, numa época em que não é invulgar a constatação de que «o procedimento legislativo não se esgota hoje na actividade tradicional do parlamento»⁽²⁾.

Fala-se inclusivamente da crise «da majestade da lei como máximo instrumento normativo»⁽³⁾ para designar o fenómeno de secundarização desta fonte normativa pela emergência de outras, novas, realidades sociais e jurídicas. Situação que é tanto mais paradoxal quanto hoje, mais do que nunca, é generalizadamente reconhecido o papel

⁽¹⁾ Assim, cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística*, Lisboa: Verbo, 2007, pp. 79-80.

⁽²⁾ ROGÉRIO SOARES, “Sentido e Limites da Função Legislativa no Estado Contemporâneo”, in JORGE MIRANDA/MARCELO REBELO DE SOUSA (eds.), *A Feitura das Leis*, vol. II, Oeiras: INA, 1986, p. 431.

⁽³⁾ GIAN FRANCO CIAURRO, *Le Istituzioni Parlamentari*, Milão: Giuffrè, 1982, p. 23.

fundamental da instituição parlamentar e «a sofisticação dos meios colocados à sua disposição [e] o constante aumento dos seus recursos»⁽⁴⁾.

Efectivamente, várias críticas têm sido apontadas, nos tempos mais recentes, a esta figura jurídica clássica – a lei como instrumento normativo – e que contribuíram para diminuir a sua preeminência no contexto mais generalizado do mundo do Direito.

Por um lado, tem-se criticado directamente a fragmentação da lei enquanto figura ou instrumento normativo, pela sua pronunciada banalização como consequência de uma incessante tendência legiferante que leva os parlamentos a procurarem intervir, pela via legislativa, em cada vez mais domínios, de forma frequentemente atabalhoada e incoerente, através de leis especiais e especialíssimas, leis-medida ou leis-incidente que procuram responder às pequenas questões da espuma dos dias sem atender ao contexto geral das questões – à *larger picture*.

Por outro lado, aventa-se também a péssima redacção dos textos legislativos⁽⁵⁾ que são com frequência incapazes de corresponder aos níveis de qualidade e técnica legislativa que a sociedade contemporânea deles exige e que, em virtude da sua fraquíssima qualidade e desnecessária complexidade⁽⁶⁾, dão frequentemente azo a tremendas dificuldades interpretativas e de concatenação com outras normas jurídicas ou fontes normativas. Está aqui em causa, naturalmente, a relativamente recente emergência de uma nova ciência jurídica, ou para-jurídica: o *drafting legislativo*⁽⁷⁾.

Tem-se falado também, a este propósito, de um fenómeno mais amplo de crise do parlamento enquanto instituição política⁽⁸⁾, na decorrência da qual a lei – que é, afinal de contas, o paradigma da actividade parlamentar – se viria revelando cada vez mais alheada das exigências sociais do mundo moderno.

(4) JOSÉ ASENSI SABATER, “La Reanimación del Parlamento: Exigencia de un ‘Constitucionalismo Consecuente’”, in *Corts – Anuario de Derecho Parlamentario*, n.º 12, p. 29.

(5) Assim, cfr. LUZIUS MADER, *L’Évaluation Législative*, Lausana: Payot Lausanne, 1985, pp. 3-4.

(6) GERALD PAUL NAZARETH, “Legislative Drafting: Could our Statutes Be Simpler?”, in *Statute Law Review*, 1987, p. 81.

(7) FULCO LANCHESTER, *‘Drafting’ e Procedimento Legislativo in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, Roma: Bulzoni Ed., 1990, p. 13. Cfr. também PAOLO CARROZA, “Legislative Process e Problemi di Tecnica Legislativa: Cenni sull’Esperienza dei Paesi Anglosassoni (USA e Inghilterra)”, in *Il Foro Italiano*, 1985, pp. 287; REED DICKERSON, “Teaching Legal Writing in the Law Schools”, in *Idaho Law Review*, n.º 16, p. 85. Em Portugal, mais recentemente, as preocupações com a legística também têm merecido grande destaque: assim, cfr. MORAIS, *Manual...*, cit., *passim*.

(8) Assim, cfr. ANTÓNIO VITORINO, Prefácio, in JOÃO RAMOS, *A Iniciativa Legislativa Parlamentar*, Coimbra: Almedina, 2005, p. 5.

Particularmente, tem vindo a degradar-se a função representativa do parlamento, enquanto uma instituição única e centralizada de representação nacional, pois se mostra abalada «a função integradora do parlamento [o que] põem em relevo a necessidade de que esta instituição funcionalize novos e mais flexíveis mecanismos de aproximação ao pluralismo sócio-económico»⁽⁹⁾. Com efeito, o Parlamento, cujo papel já se havia ressentido como consequência do acoplamento do princípio democrático ao desenvolvimento do Estado social, sofre também agora as consequências da crise do estado social. Não se trata simplesmente de que a representação política esteja em “crise” no sentido tradicional, com o que essa situação encerrava de promessa e de transformação criadora, mas sim que se encontra em *retiro*: um *retiro* que se manifesta, por exemplo, na dificuldade cada vez maior de estabelecer uma representação centralizada, política, localizada num lugar visível, desvanecendo-se com ele na imagem sob a qual mais simbólica e democraticamente se representava o conjunto da organização política, já para não dizer do próprio Estado⁽¹⁰⁾.

Esta crise da instituição parlamentar – que, de resto, não é propriamente recente⁽¹¹⁾ e provavelmente tem tanto de fantasioso quanto de verdadeiro⁽¹²⁾ – ataca directamente o núcleo essencial da representatividade política das instituições parlamentares modernas – que são percebidas como entidades cada vez mais afastadas e desligadas dos cidadãos – e tem naturalmente repercussões sobre a própria

(9) MARIA TERESA QUINTELA-GONÇALVES, “Pluralismo y Participación Institucional”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 73, p. 340.

(10) SABATER, “La Reanimación...”, cit., p. 36.

(11) Assim, já em 1951 MANUEL FRAGA IRIBARNE falava na «crise dos parlamentos do nosso tempo,» os quais, segundo este autor, seriam «totalmente anacrónico[s] nos seus métodos face às exigências da sociedade complexa e e flutuante do mundo industrializado» (*La Reforma del Congreso de los Estados Unidos*, Madrid: Cultura Hispanica, 1951, pp. 42-43).

(12) Nesse sentido, FRANCISCO RUBIO LLORENTE alerta, com alguma razão, para a circunstância de «não [ser] lícito construir a imagem de um parlamento que nunca existiu para assacar depois aos parlamentos actuais defeitos que estes só têm por contraste com esse ideal que não se verificou na realidade» (“El Futuro de la Institución Parlamentaria”, in A. GARRORENA MORALES (ed.), *El Parlamento y sus Transformaciones Actuales*”, Madrid: Tecnos, 1990, p. 384). No mesmo sentido, também GARCÍA MORILLO se pergunta, depois de referir «a opinião maioritária na doutrina de que a instituição parlamentar está atacada de uma crise de grande intensidade,» se «a ideia que geralmente se tem do parlamento terá alguma correspondência com a realidade» (JOAQUÍN GARCÍA MORILLO, “Mitos y Realidades del Parlamentarismo”, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 9, pp. 115-117). Já SABINO CASSESE (“Introduzione allo Studio della Normazione”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 42, p. 308) é mais peremptório: «[n]ão obstante manifestamente errónea, esta ideia da soberania parlamentar afirmou-se, tornando-se num mito jurídico.»

legitimidade (política, que não jurídica bem entendido) da actividade legislativa parlamentar. Com efeito, em face deste comumente observado e reconhecido distanciamento entre os cidadãos e as instituições públicas, o distanciamento entre a lei parlamentar e a sociedade civil não surge como surpresa alguma.

Porém, não deixa de ser bem actual, e verdadeira, a afirmação de MASSIMO GIANNINI, a propósito da «crise do Estado,» de que «[e]m qualquer país, em qualquer tempo e em qualquer lugar a vida da sociedade civil colocou e coloca numerosos problemas, uns fáceis, outros difíceis, alguns inclusivamente dramáticos. Mas homens de boa vontade sempre têm existido e existem por toda a parte. Senão: para que estamos aqui?»⁽¹³⁾.

Paralelamente, e num fenómeno que não se desliga das realidades a que se tem feito referência – antes é por estas potenciado –, a lei parlamentar tem-se diluído gradualmente entre as demais fontes normativas, particularmente no que diz respeito à produção legislativa governamental.

Embora se afirme veementemente que «estejamos defronte a poderes legislativos iguais aos parlamentares»⁽¹⁴⁾, a verdade é que a produção normativa governamental oblitera aquela de origem parlamentar. Seja no exercício de um poder legislativo próprio que lhe é originariamente atribuído pelo legislador constitucional⁽¹⁵⁾, seja no exercício de um poder regulamentar independente da lei e que é, afinal de contas, materialmente legislativo⁽¹⁶⁾, seja ainda no exercício da função legislativa em situações de urgência⁽¹⁷⁾ ou mediante delegação parlamentar⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾. Em qualquer uma destas situações, e no somatório de todas elas, a produção legislativa de fonte governamental ultrapassa em muito – quantitativamente e em termos de repercussão social – a de origem

(¹³) MASSIMO SEVERO GIANNINI, “La Denominada Crisis del Estado”, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 73, p. 19 (tradução castelhana: Luis Ortega / Carmen Chinchilla).

(¹⁴) JAVIER GARCÍA ROCA, “La ‘decostruzione’ della Legge del Parlamento”, in GIANCARLO ROLLA / ELEONORA CECCHERINI (org.), *Profili di Diritto Parlamentare in Italia e in Spagna*, Torino: Giappichelli Ed., 1997, p. 142.

(¹⁵) Assim, cfr. art. 180.º da Constituição portuguesa.

(¹⁶) Assim, cfr. art. 37 da Constituição francesa.

(¹⁷) Assim, cfr. art. 86 da Constituição espanhola e art. 77, § 2, da Constituição italiana.

(¹⁸) Assim, cfr. art. 82 da Constituição espanhola, art. 38 da Constituição francesa, art. 76 da Constituição italiana e art. 165.º da Constituição portuguesa.

(¹⁹) No sentido, porém, de que as delegações legislativas do parlamento no executivo governamental conduzem a um reforço da instituição parlamentar, e não ao resultado inverso, cfr. ROCA, “La Decostruzione...”, cit. p. 143.

parlamentar⁽²⁰⁾ dando causa à «deslocalização do poder normativo do parlamento para o poder executivo»⁽²¹⁾ num fenómeno que encontra força redobrada na «transferência da disciplina normativa [...] da sede legislativa para a sede regulamentar»⁽²²⁾. Trata-se, neste último caso, de subtrair à acção parlamentar uma importante parcela da disciplina normativa primária de certas matérias ou áreas que, a pretexto de «descongestionar a actividade do órgão legislativo,»⁽²³⁾ são julgadas demasiado técnicas ou pormenorizadas para merecerem o concurso do debate político na definição do regime jurídico que lhes é aplicável⁽²⁴⁾.

Outro importante contributo para a desvalorização da importância desta fonte normativa encontra-se na subordinação legislativa da instituição parlamentar à vontade governamental. Característica intrínseca do parlamentarismo racionalizado, esta subordinação – que, ainda assim, pode variar consideravelmente na sua intensidade – resulta numa «preeminência da iniciativa legislativa de origem governamental»⁽²⁵⁾ que acaba por dominar os trabalhos parlamentares, prevalecer no agendamento de projectos legislativos e condicionar de modo decisivo o conteúdo e o sentido da legislação que é adoptada pelo parlamento.

Nas democracias mediatizadas da contemporaneidade, onde o jogo democrático tende a disputar-se noutros palcos que não os palcos institucionais e, muito especialmente, na comunicação social e nos demais meios de comunicações de massa – e a Internet tem aí um papel cada vez mais forte – é indissociável a verificação simultânea e complementar dos fenómenos, claramente interligados, de declive do parlamento e aumento considerável da importância político-institucional do executivo

⁽²⁰⁾ Cfr. LUIS MARIA DIEZ-PICAZO, “Atti Legislativi del Governo e Rapporti fra i Poteri: Aspetti Comparatistici”, in *Quaderni Costituzionali*, n.º 1, p. 47.

⁽²¹⁾ C. DE CABO, *Contra em Consenso – Estudios sobre el Estado Constitucional y el Constitucionalismo del Estado Social*, México: Universidade Autónoma de México, 1997, p. 97.

⁽²²⁾ TEMISTOCLES MARTINES, “Delegificazione e Fonti del Diritto”, in *Studi in Onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, Milão: Giuffrè, 1987, p. 867.

⁽²³⁾ CARLO LAVAGNA, “La Delegificazione: Possibilità, Forma e Contenuto”, in *Scritti per il Ventesimo Anniversario dell’Assemblea Costituente*, vol. IV, Florença: Vallecchi, 1969, p. 309.

⁽²⁴⁾ Cfr. VICENZO COCOZZA, *La Delegificazione*, Nápoles: Jovene, 1996, p. 54.

⁽²⁵⁾ JAIME VALLE, *A Participação do Governo no Exercício da Função Legislativa*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 147. Cfr. também JAVIER GARCÍA ROCA, “El Control del Gobierno desde la Perspectiva Individual del Parlamentario”, in *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 42, p. 161.

governamental⁽²⁶⁾. Com efeito, o papel legislativo do parlamento tende a reduzir-se ao de uma câmara de ressonância da vontade legislativa governamental, assumindo paulatinamente e de forma progressiva o papel de notário – isto é, de dar forma legal ou, no caso, constitucional – às opções políticas fundamentais que o executivo governamental pretende transpor para a ordem normativa⁽²⁷⁾.

Finalmente, poderíamos ainda acrescentar neste elenco sumário das causas que têm conduzido, nos tempos mais recentes, à diminuição da relevância da lei parlamentar e à sua perda de preeminência entre as fontes normativas, a crescente tendência de jurisdicionalização das opções políticas da governação.

A adopção no período pós-guerra, na generalidade do constitucionalismo continental europeu, de um modelo de justiça constitucional e de sindicância da constitucionalidade das opções legislativas⁽²⁸⁾, tem levado a duas consequências de grande destaque: por um lado, a frequente sindicância dos actos normativos parlamentares por parte dos órgãos de justiça constitucional – o que de algum modo retira à actividade legislativa parlamentar o simbolismo, claramente legatário de uma concepção do liberalismo positivista do constitucionalismo clássico, da expressão máxima da soberania do Estado –; por outro lado, a intervenção assertiva da justiça constitucional veio demonstrar de modo evidente a existência de limites substantivos e procedimentais à actuação legislativa dos parlamentos os quais, uma vez ultrapassados, podem dar causa à invalidação judicial dos actos legislativos parlamentarmente adoptados⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ JORGE ESTEBÁN, “La Situación del Parlamento en las Sociedades Industriales”, in *Revista de Estudios Políticos*, n.ºs 159/160, p. 92.

⁽²⁷⁾ Assim, embora referindo-se ao sistema britânico, MAURICE DUVERGER refere a falta de sentido da proposição de que o governo depende do parlamento e é perante ele politicamente responsável (“Apogée et Déclin du Système Parlementaire”, in *Les Cahiers du Centre d’Études Socialistes*, 9/1963, p. 17). E, mesmo na perspectiva da governamentalização da política, já KARL LOEWENSTEIN referia a “presidencialização” dos executivos governamentais, referindo a forma de governo britânica como «primo-ministerial» (“La Opinión Pública y la Reforma de la Cámara de los Comunes”, in *Revista Española de Derecho Político*, n.º 10, pp. 12-13). A esse propósito, acerca dos modelos históricos de evolução da responsabilidade política de base parlamentar vd. PEDRO LOMBA, “Dois Parlamentarismos: a Institucionalização da Responsabilidade Política no Reino Unido e em França”, in *O Direito*, n.º 140, p. 642.

⁽²⁸⁾ Cfr. art. 159 (Tribunal Constitucional espanhol), art. 56 (*Conseil Constitutionnel* francês), art. 134 (*Corte Costituzionale* italiana) e art. 221.º (Tribunal Constitucional português).

⁽²⁹⁾ Assim, para ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, o *status* dos direitos fundamentais como direitos imediatamente aplicáveis atribui especial importância às questões de interpretação constitucional dado que as

Ora, esta judicialização da actividade legislativa parlamentar, sendo uma novidade meritória na medida em que permite uma tutela muito mais eficaz dos direitos fundamentais e dos preceitos constitucionais em geral, tem o efeito de deslocar a formulação e consagração legislativa das opções fundamentais em matéria de políticas públicas – que constituía o reduto clássico do domínio reservado do procedimento legislativo – do debate estritamente político e parlamentar para o discurso judicial e jurisdicional, com a inerente secundarização do papel do parlamento⁽³⁰⁾ que assim se vê obrigado a «ajustar[-se] a à realidade normativa da constituição»⁽³¹⁾.

Nessa actividade jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade da actividade normativa vai também implícito um novo modo de criação do direito que, atentas as suas implicações e a sua amplitude «se afasta radicalmente do modelo que até agora era o nosso»⁽³²⁾ e funciona como um significativo espartilho e condicionante do normal desenvolvimento da actividade legislativa parlamentar.

2. A «tenaz legislativa» e as novas formas de regulação como principais responsáveis pela perda da preeminência da lei.

Todos estes aspectos mencionados correspondem a uma visão sumária das críticas que, mais modernamente, se têm apontado de um modo geral à lei enquanto fonte e instrumento normativo no sentido da progressiva diminuição da sua influência e preeminência entre as fontes do direito⁽³³⁾.

Se é certo que as críticas são em parte certas e que o diagnóstico feito não andarà muito longe da realidade, a verdade é que não é nelas que residirá a causa fundamental da crescente desvalorização do papel da lei enquanto tipo normativo – de resto, aquelas críticas, em bom rigor, dirigem-se a aspectos meramente secundários no contexto da desvalorização da lei como fonte normativa.

constituições empregam fórmulas ambíguas e a interpretação permite assim, não só determinar o seu exacto conteúdo, como defini-lo e concretizá-lo (*State, Society and Liberty. Studies in Political Theory and Constitutional Law*, New York: Berg, 1991, p. 175, tradução inglesa: J. A. Underwood).

⁽³⁰⁾ Afirmando mesmo que as sentenças do Tribunal Constitucional se erigem em verdadeiras fontes de direito v. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación del Derecho”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 22, p. 9.

⁽³¹⁾ SABATER, “La Reanimación...”, cit., p. 35.

⁽³²⁾ LLORENTE, “La Jurisdicción ...”, cit., p. 50.

⁽³³⁾ Assim, GIUSEPPE VERGOTTINI, *Diritto Costituzionale*, Pádua: Cedam, 1997, p. 459.

No caso concreto dos ordenamentos jurídicos que, além do português, nos estão mais próximos (Espanha, Itália e França), a grande causa da progressiva diminuição da preeminência da lei parlamentar entre as fontes normativas encontra-se numa verdadeira *tenaz legislativa* que, atacando de ambos os flancos, comprimiu o expansionismo da lei como fonte normativa e a suplantou, seja na extensão das matérias reguladas, seja no destaque jurídico e social.

Na verdade, nas últimas quatro ou cinco décadas os principais ordenamentos jurídicos da Europa Ocidental viveram «a ruptura do monopólio legislativo do parlamento»⁽³⁴⁾, circunstância que acaba por confirmar e validar a já antiga constatação de que se impõe «negar a possibilidade de reservar unicamente ao Estado a produção do Direito»⁽³⁵⁾.

Referimo-nos à *acção dupla*, e simultânea, do Direito Europeu e de um fenómeno que poderemos designar por «regionalização legislativa»⁽³⁶⁾.

Efectivamente, o exponencial aprofundamento do processo de integração europeia, acompanhado de um alargamento paulatino das competências legislativas reconhecidas às instituições europeias, tem levado a que uma grande porção da realidade constitua hoje o objecto natural da normatização europeia.

A plêiade de matérias sobre as quais incidem hoje os regulamentos e directivas europeus constituem uma clara barragem à margem de actuação do legislador parlamentar estadual que, em muitas áreas e domínios, se vê reduzido do seu anterior papel de “legislador soberano” a uma simples incumbência de transposição da legislação europeia, em cuja negociação e elaboração tem participação residual ou nula.

É certo que – embora este não seja o lugar o próprio para discutir essa temática – essa transferência de competências e cedência de soberania dos Estados para a União Europeia assenta, em última análise, na legitimidade que é conferida pelo assentimento parlamentar dado aos diferentes tratados que, ao longo dos tempos, reforçaram o

⁽³⁴⁾ ANTONIO D’ANTENA, “L’Impatto del Policentrismo Legislativo sul Sistema delle Fonti.”, in GIANCARLO ROLLA / ELEONORA CECCHERELLI (org.), *Profili di Diritto Parlamentare in Italia e in Spagna*, Torino: Giappichelli Ed., 1997, p. 181.

⁽³⁵⁾ GIORGIO DEL VECCHIO, “Sobre las Funciones y los Fines del Estado”, in *Revista de Estudios Politicos*, n.º 127, p. 11.

⁽³⁶⁾ Assim, cfr. SALVATORE CURRERI, “Riforme Regolamentari e Futuro del Parlamento”, in *Quaderni Costituzionali*, n.º 28, p. 763.

processo de construção europeia⁽³⁷⁾ e aceleraram o processo de erosão do papel reservado à lei estadual no contexto das fontes normativas⁽³⁸⁾.

Independentemente dessa circunstância, é inevitável a constatação de que um largo espectro de áreas e domínios da realidade social foi literalmente subtraído à esfera de actuação da lei, pelo menos enquanto veículo de normação primária, e incluído no âmbito material da competência normativa das instituições europeias.

A outra haste desta tenaz legislativa que vem comprimindo, nos tempos mais modernos, ambos os flancos da lei é o da regionalização legislativa – ou seja, a crescente concessão de atribuições legislativas às comunidades territoriais infra-estaduais⁽³⁹⁾.

Este fenómeno, que é também caracterizador do período pós-guerra da Europa Ocidental, tem-se feito sentir sobretudo – um pouco à semelhança de quanto sucede relativamente ao processo de construção europeia – pela crescente transferência de competências, não só no domínio legislativo como também do foro administrativo e político, para as diferentes comunidades territoriais infra-estaduais – as comunidades autónomas em Espanha; as regiões, em Itália; e as regiões autónomas, em Portugal.

Muitas das matérias que dizem mais directamente respeito ao dia-a-dia dos cidadãos e da sociedade civil estão hoje submetidas ao poder legislativo das comunidades territoriais infra-estaduais. Nestes domínios com que os cidadãos têm mais contacto directo, a primazia do legislador estadual cede, frequentemente, à presença cada vez mais assídua do legislador infra-estadual.

Efectivamente, é um facto reconhecido que «o legislador não tem competência genérica em todo o território estadual» em virtude das cada vez mais recorrentes cláusulas constitucionais que «distribuem o poder legislativo entre o Estado e as comunidades» territoriais⁽⁴⁰⁾ gerando um cenário de «policentrismo legislativo»⁽⁴¹⁾ que coloca em efectivo pé de igualdade – ao menos do ponto de vista do valor formal – a lei

⁽³⁷⁾ Ainda que no caso de alguns Estados essa legitimidade possa ser encontrada numa base referendária, que não parlamentar.

⁽³⁸⁾ Assim, cfr. GIULIANO AMATO, “Convergence, Harmonization, Standardization of Legislation in Europe”, in ULRICH KARPEN / EDGAR MICHAEL WENZ (eds.), *National Legislation in the European Framework*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 17.

⁽³⁹⁾ Cfr. ROSANNA TOSI, “Il Potere Legislativo tra Stato e Regioni”, in *Diritto e Società*, n.º 2/3, p. 179.

⁽⁴⁰⁾ ROCA, “La Decostruzione...”, cit., pp. 151-152.

⁽⁴¹⁾ D’ANTENA, “L’Impatto...”, cit., p. 181.

de origem parlamentar-estadual e a lei de origem regional⁽⁴²⁾, com a consequente substituição do princípio da hierarquia pelo princípio da competência na resolução dos conflitos de atribuições legislativas entre o Estado e as regiões⁽⁴³⁾.

Também por esta via, pois, se determina uma parte da responsabilidade pela diminuição do papel preeminente da lei como instrumento normativo.

Este cenário, verdadeiramente “castrador” da primazia do legislador estadual, é reforçado ainda pelo crescimento exponencial do fenómeno dos novos instrumentos e modos de regulação societária – um verdadeiro “*by-pass* legislativo” – à medida que da sociedade emergem novas formas e fontes de poder e «se refazem ou esbatem as fronteiras tradicionais entre público e privado»⁽⁴⁴⁾.

Com efeito, a crescente complexidade e especificidade técnica das sociedades contemporâneas tem levado a que a regulação de sectores específicos de actividade – com especial destaque nos domínios da economia e das finanças – seja confiada, frequentemente até por atribuição do próprio legislador estadual, a entidades reguladoras independentes, politicamente irresponsáveis e juridicamente autónomas.

A incapacidade dos órgãos clássicos do poder político em responder aos desafios colocados, por um lado, pelo reforço do papel do Estado na sociedade ditado pela ideia do Estado social de direito e, por outro lado, por fenómenos como a globalização da economia, a sofisticação de certos produtos e de certos mercados e à generalização do aumento das pretensões sociais, levaram ao surgimento de um novo sector do Estado – completamente desconhecido das anteriores instituições liberais – formado de estruturas reguladoras orientadas por princípios de intervenção social bem diversos daqueles que normalmente interferem com os tradicionais meios de expressão da actividade jurídica do Estado, de que evidentemente a lei parlamentar é o expoente máximo⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ Assim, FERNANDO DOMÍNGUEZ GARCÍA, *Las Regiones con Competencias Legislativas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 201-202.

⁽⁴³⁾ Assim, cfr. PAOLO BARILE / ENZO CHELI / STEFANO GRASSI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 10.^a ed., Pádua: Cedam, 2005, p. 318.

⁽⁴⁴⁾ PEDRO BACELAR DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Controlo Jurídico do Poder Público*, Coimbra: policop., 1995, p. 161.

⁽⁴⁵⁾ Assim, cfr. MARIE-JOSE GUEDON, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, Paris: Puf, [s/d], p. 18.

Não obstante a sua submissão última ao controlo e à fiscalização por parte dos poderes políticos instituídos⁽⁴⁶⁾, a actividade destas estruturas independentes de regulação caracteriza-se sobretudo pela sua “libertação” face à sujeição à hierarquia e direcção do governo, enquanto órgão superior da administração pública, e por uma certa equidistância face, simultaneamente, às maiorias políticas que conjunturalmente dominam o exercício dos poderes jurídicos estaduais e às entidades, públicas e privadas, que actuam no âmbito dos sectores objecto da sua regulação⁽⁴⁷⁾. Deste modo, «a criação de autoridades administrativas independentes consiste num mecanismo de ‘separação’ de alguns sectores da Administração pública relativamente ao aparelho político-legislativo-administrativo que é dominado pelo bloco político maioria parlamentar/governo»⁽⁴⁸⁾.

Evidentemente, no quadro de um sistema de governo que é o repositório de uma longa história de consolidação progressiva e constante das instituições resultantes de uma fortíssima dialéctica social e da procura de compromissos e equilíbrios políticos⁽⁴⁹⁾, a emergência das entidades reguladoras independentes foi apta a desestabilizar a arquitectura institucional de há longo tempo afirmada e, sobretudo, a alterar de modo bem notório a própria configuração do sistema de governo⁽⁵⁰⁾.

Entre as mutações – e de todas provavelmente a mais destacada – encontra-se a de secundarização da actividade legislativa de origem parlamentar, como a expressão mais fidedigna da vontade popular e da soberania nacional, e a substituição da primazia das opções políticas fundadas na legitimidade eleitoral pela emergência das opções técnicas, assentes numa legitimidade a todos os títulos diversa – uma legitimidade, acima de tudo, tecnocrática e burocrática. O interesse público paulatinamente deixa de ser a expressão da percepção da realidade por intermédio das lentes dos políticos, para ser entregue a “especialistas” que tomam as opções de fundo relativas às políticas públicas cuja prossecução lhes está confiada numa crescente «tendência tecno-

⁽⁴⁶⁾ NINO LONGOBARDI, “Autorités Administratives Indépendantes e Position Institutionnelle de l’Administration Publique”, in *Révue Française de Droit Administratif*, n.º 11, p. 387.

⁽⁴⁷⁾ CLAUDIO FRANCHINI, “Le Autorità Amministrative Indipendenti”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 38, p. 554.

⁽⁴⁸⁾ JOSÉ LUCAS CARDOSO, “Administração Independente”, in *Dicionário Jurídico de Administração Pública*, 3.º Supl., Lisboa: [s/ed.], 2007, p. 24.

⁽⁴⁹⁾ GIULIANO AMATO, “Autorità Semi-Indipendenti ed Autorità di Garanzia”, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 47, p. 662.

⁽⁵⁰⁾ Nesse sentido, cfr. CARDOSO, “Autoridades...”, cit., p. 67.

globalizadora, que altera e condiciona a dinâmica das sociedades, das suas instituições e das suas tradições jurídicas, [e que] afecta as democracias constitucionais»⁽⁵¹⁾.

Esta foi, indubitavelmente, uma das mais relevantes novidades em matéria de fontes normativas introduzidas nas últimas décadas e a sua consagração é, consabidamente, uma cedência do princípio democrático ao princípio da boa administração⁽⁵²⁾.

Estas novas formas e modos de regulação jurídica, para além de terem sido amplamente estudados pela doutrina jurídica e política, tiveram, como se disse, como efeito uma marginalização dos modos clássicos de normatização, de que é expoente máximo a lei parlamentar.

3. A actualidade da lei como objecto do estudo académico.

Se todo este diagnóstico corresponde a uma correcta avaliação das actuais circunstâncias do ‘estado da arte’ e se, com efeito, a lei perdeu a sua ‘majestade’ como instrumento normativo privilegiado para a definição e imposição das políticas públicas não se pode, por outro lado, afirmar que a lei parlamentar tenha esgotado completamente o seu interesse como objecto de estudo académico.

Na verdade, os modos clássicos de produção das normas jurídicas, através das instituições políticas mais próximas das raízes liberais e constitucionais do Estado de direito, não perderam a sua actualidade.

Indiscutivelmente, a actividade parlamentar é, ainda nos dias de hoje, um modo privilegiado de produção de normas jurídicas: a lei continua a ser um mecanismo extraordinariamente importante de intervenção do poder político na sociedade.

O estudo da actividade legislativa parlamentar continua a desempenhar uma função notável na compreensão da articulação entre a arquitectura institucional de um

⁽⁵¹⁾ SABATER, “La Reanimación...”, cit., p. 37.

⁽⁵²⁾ É, porém, verdadeiro que estas entidades reguladoras não estão totalmente subtraídas à fiscalização política, frequentemente até por via parlamentar, pois, como tem sustentado a doutrina, «qualquer derrogação ao princípio democrático deverá necessariamente ser compensada com a combinação entre a busca de um fundamento constitucional específico e a existência de alguns mecanismos de controlo político» (JOSÉ LUCAS CARDOSO, “Autoridades Administrativas Independentes”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º Supl., Lisboa: [s/ed.], 2007, p. 64.

sistema de governo e a realização do princípio de participação democrática⁽⁵³⁾. Para além do estudo do exercício da função de fiscalização e de controlo político, é através da investigação em torno do exercício parlamentar da função legislativa que se pode medir o grau de abertura de um sistema político à participação das minorias e demais forças sociais ou sem assento governamental dado que a actividade legislativa parlamentar funciona também como um instrumento privilegiado através do qual essa participação se realiza.

De resto, parece-nos também, e parafraseando MARK TWAIN, que «as notícias da morte da lei parlamentar são um pouco exageradas»⁽⁵⁴⁾.

Efectivamente, concordamos com KELSEN quando afirma que «[a] tentativa de eliminar por completo o parlamento do organismo do Estado moderno» está votada ao fracasso⁽⁵⁵⁾. É manifesto que o parlamento é, ainda hoje, a única instituição política onde se procede à «tradução do princípio democrático em leis»⁽⁵⁶⁾, pois «somente a lei parlamentar satisfaz realmente os imperativos de representatividade próprios do Estado democrático»⁽⁵⁷⁾. É através dessa função participativa – muito especificamente prosseguida por intermédio do procedimento legislativo parlamentar – que se alcança a simbiose entre «o princípio da representatividade e a consideração do pluralismo ou dos direitos de participação das minorias»⁽⁵⁸⁾.

Apenas a forma de lei parlamentar permite prosseguir, simultaneamente, um conjunto de princípios e valores fundamentais no processo de definição e formulação das políticas públicas. Ao promoverem a conciliação entre a discussão e debate, a publicidade e transparência e a representação plural das minorias, os actos normativos de origem parlamentar representam o zénite do Estado de direito democrático e do princípio da soberania popular.

De facto, [a] possibilidade de unir e fundir tanto a contradição como o consenso; tanto o pluralismo, como a decisão por maioria de que são garantia a publicidade, a

⁽⁵³⁾ Assim, nesse sentido, cfr. ANTONIO ARMOTH, “Potere Politico e Partecipazione”, in card. GIOVANNI COLOMBO (ed.), *Il Problema del Potere*, Milão: Giuffrè, 1977, p. 100.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. *The New York Journal*, 2 de Junho de 1897.

⁽⁵⁵⁾ HANS KELSEN, “La Democrazia”, in *Il Primato del Parlamento*, Milão: Giuffrè, 1982, p. 14 (tradução italiana: Carmelo Gerarci).

⁽⁵⁶⁾ SABATER, “La Reanimación...”, cit., p. 33.

⁽⁵⁷⁾ ROCA, “La ‘Decostruzione’...”, cit., p. 143.

⁽⁵⁸⁾ *Idem*.

ritualidade e a independência parlamentar. Somente as fórmulas que permitem a agregação dos princípios e que afirmam, a par do direito da maioria a decidir, o direito da minoria a propor, são próprias de um verdadeiro sistema de parlamentarismo democrático; só assim o Parlamento cumpre as funções de garantia constitucional que lhe estão atribuídas. ⁽⁵⁹⁾

Pela sua representatividade social e democrática, pela sua configuração plural e pela transparência dos seus procedimentos, o parlamento é a instituição mais marcante e central da arquitectura institucional de um Estado de direito e democrático. É, além do mais, a instituição de soberania mais profusamente regulada pelo direito constitucional e onde umbica toda a distribuição do poder político central do Estado e à qual, em maior ou menor grau (ou mesmo simbolicamente), respondem politicamente os demais poderes instituídos. A esta centralidade institucional do parlamento tem, pois, de corresponder uma «centralidade normativa»⁽⁶⁰⁾, no sentido de se continuar reconhecendo à lei parlamentar o papel de preeminência no sistema de fontes normativas. De tal modo que há mesmo quem chegue a sustentar a necessidade de «[r]estaurar o parlamento como sede única do poder legislativo»⁽⁶¹⁾.

Mesmo aceitando o fundo de verdade implícito na proclamação de que o excessivo enfâse na «virtude heurística» dos procedimentos evoca «a velha crença no poder mágico das fórmulas e dos ritos», é inegável que a procedimentalização jurídica tem uma «função legitimadora»⁽⁶²⁾ da produção legislativa parlamentar na medida em que subordina o exercício das correspondentes competências a um conjunto de limites jurídicos presididos pelos princípios da democraticidade, participação, pluralismo e transparência.

É, pois, neste valor acrescentado em termos de democraticidade, transparência e pluralismo da lei parlamentar – e que tem por penhor o procedimento legislativo

⁽⁵⁹⁾ ISIDRE MOLAS / ISMAEL E. PITARCH, *Las Cortes Generales en el Sistema Parlamentario de Gobierno*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 132.

⁽⁶⁰⁾ SABATER, “La Reanimación...”, cit., p. 39.

⁽⁶¹⁾ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “Notas para a Reforma do Processo Legislativo”, in *Direito e Justiça*, n.º 16, p. 176.

⁽⁶²⁾ VASCONCELOS, *Teoria...*, cit., pp. 171-172. Para BACELAR DE VASCONCELOS, essa função legitimadora explicar-se-ia «na medida em que o procedimento se adequa ao tipo de expectativas que visa manter ou alterar» (*ob. e loc. cit.*).

parlamentar⁽⁶³⁾ – que assenta a permanente actualidade da lei parlamentar enquanto objecto de estudo da ciência jurídica. Por mais socialmente diminuída que esteja a sua força simbólica, e até normativa, a lei parlamentar (isto é, o acto legislativo aprovado em sede parlamentar) continuará, ainda e provavelmente para sempre, a ser a mais preeminente das fontes de direito e a que dispõe de maior ressonância social⁽⁶⁴⁾.

(63) Como refere BÖCKENFÖRDE, embora a propósito dos procedimentos jurídicos em geral, «o desmantelamento da liberdade sob os regimes totalitários não começa através da exploração das garantias formais e dos procedimentos, mas antes com o desrespeito destes em nome de um direito mais elevado e pré-positivo, seja ele ‘a verdadeira religião’, ‘a comunidade nacional racialmente homogénea’ ou o proletariado» (BÖCKENFÖRDE, *State...*, cit., p. 68).

(64) Assim, cfr. ALESSANDRO PIZZORUSSO, *Sistema Istituzionale del Diritto Pubblico Italiano*, 2.^a ed., Nápoles: Jovene, p. 183.