

A LEGISPRUDÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA NORMATIVA DA LEGISLAÇÃO EM TIMOR-LESTE

*Ricardo Sousa da Cunha*¹

PALAVRAS-CHAVE: (1) Constituição; (2) Função Legislativa; (3) Legisprudência; (4) Governo; (5) Reforma Legislativa

KEYWORDS: (1) Constitution; (2) Legislative branch; (3) Legisprudence; (4) Government; (5) Legislative Reform

RESUMO

A qualidade da produção normativa do Estado é condição do reconhecimento popular da bondade da atuação legislativa do Estado que facilita a sua implementação. Metodologicamente, a divergente vinculação dos poderes separados na Constituição ao Direito tem dado lugar à necessidade de exigir ao legislador o mesmo nível de “justificação” argumentativa exigido ao julgador, prossequindo os desafios da *Legisprudência*. Pragmaticamente, em especial, a partir do trabalho da OCDE, têm sido desenvolvidas diversas ferramentas para aperfeiçoar o exercício da função legislativa do Estado, principalmente, no sentido da maior eficiência do procedimento legislativo e da maior coerência do ordenamento jurídico. A participação de Timor-Leste neste movimento global é recente e interessa aprofundar o sentido e as pistas a formular.

¹ Doutor em Direito Público (Escola de Direito da Universidade do Minho), Master Internacional Law (Faculdade de Direito da Universidade de Macau), Mestre em Ciência Jurídico-Políticas (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Investigador do JUSGOV, Prof-Adjunto do IPCA, Professor-Visitante da UNTL.

ABSTRACT

The quality of the legal production of the State is a condition of popular recognition of the legitimacy of the legislative action of the state that facilitates its implementation. Methodologically, the divergent abidingness of the powers separate by the Constitution to the Law has demanded from the legislator the same level of argumentative “justification” required of the judge, as is proposed by “*Legisprudence*”. Pragmatically, in particular, after the work of the OECD, several tools have been developed to improve the legislative function, oriented towards a better legislative procedure and a more coherent legal system. The participation of Timor-Leste in this global movement is recent and it is important to further discuss the perspectives for its future development.

1. Introdução

As preocupações da ciência jurídica com a aplicação judicial do Direito ao caso concreto, que estiveram na génese do método jurídico, fizeram o seu caminho até ao Código Napoleónico e daí até todos os cantos do mundo. A consagração legislativa numa lei ordinária desta extraordinária conquista para os esforços de garantia da certeza e segurança jurídica que orientava os revolucionários constitucionais contra o arbítrio do *Ancient Regime* foi criticada pelos seus próprios criadores da Escola Histórica do Direito e teve consequências até ao dia de hoje, nem todas à altura dos maiores sucessos². Uma das consequências da positivação legal das regras de hermenêutica pensadas para o exercício da função judicial foi o afastamento das preocupações da metódica jurídica das demais modalidades de aplicação do Direito, em particular, na vinculação ao Direito dos poderes funcionalmente separados na Constituição. Recentemente, têm sido apontadas as contradições e limitações da aplicação do método jurídico à vinculação administrativa ao Direito (Otero, 2003: 19 e ss) e também na realização

² Sobre a apropriação feita dos elementos da interpretação jurídica da Escola Histórica de Savigny pela Escola da Exegese vide Aguiar e Silva, 2011: 139 e seguintes.

legislativa do Direito (Caupers, 2007: 114). Em ambos os casos, os desafios lançados à metódica jurídica encontram soluções particulares que merecem atenção da ciência jurídica em espaços de intercepção das preocupações mais radicais da Teoria do Direito e da Filosofia do Direito com as especificidades da realização de cada um dos ramos do saber jurídico. Em particular, as preocupações em torno da bondade da legislação produzida têm encontrado espaço renovado entre a Ciência do Direito, acentuando-se a necessidade de revalorizar o momento da criação legislativa do Direito orientado a melhorar a qualidade do Direito legislado e, assim, incrementar o reconhecimento popular da bondade desta modalidade de intervenção estadual, uma das mais decisivas na relação com os cidadãos.

2. Fundamento metodológico

A renovada relevância do reconhecimento popular da qualidade da legislação é o resultado da crise da legitimação do exercício do poder, em especial, da sua acção legislativa. Entre outras razões, esta é a consequência da erosão do papel da representatividade parlamentar na produção legislativa que perde centralidade para executivos governamentais cada vez mais poderosos na resposta a problemas cada vez mais complexos que impõem a adopção de legislação, também ela, cada vez mais técnica e complexa (Otero, 2003: 411). Um destes desafios é a crescente abertura internacional dos ordenamentos jurídicos à integração jurídica supra-estadual, que impõe também o cumprimento de obrigações legislativas de origem supra-estadual, ameaçando a unidade do ordenamento jurídico nacional, pensado tradicionalmente sob o primado da Constituição (SOUSA DA CUNHA, 2016: 381). Assim acontece, na Europa, com o processo de integração europeia, assim acontecerá com resultados aproximados em Timor-Leste na perspectiva de adesão à ASEAN ou à OMC, e acontece já, em ambos os casos, fruto da participação no sistema multilateral da ONU no cumprimento dos compromissos assumidos em matéria de prevenção e repressão do terrorismo

e do financiamento ao terrorismo, incluindo-se o branqueamento de capitais³. Além disso, no ordenamento jurídico timorense, os desafios do pluralismo jurídico condicionam também a acção do legislador, com a vigência de um complexo sistema de normas de origem costumeira, cuja observância é respeitada em todo ou em grandes partes do país. Esta riqueza costumeira acrescenta ao ordenamento jurídico estadual o reconhecimento da legitimidade do exercício do poder em termos que, no entanto, também desafiam os tradicionais cânones de sua legitimação, em especial, do legislador estadual positivo no momento de criação de (por vezes concorrentes) normas jurídicas.

Na doutrina jurídica contemporânea o renovar das preocupações com a qualidade da acção legislativa do Estado (Noll, 1973) constrói-se a partir dos contributos históricos com a bondade, qualidade e justiça dos processos de produção legislativa do Estado⁴. Entre os juristas de língua portuguesa, Gomes Canotilho (1991: 7 e ss) propôs uma *Teoria da Legislação* que integrasse a abordagem científica ao objecto da legislação na Teoria da Legislação, em sentido estrito⁵. Em sentido mais restritivo, a legística tem sido dividida entre a legística formal, que cuida das regras usadas na redacção das normas, e a legística material, que trata do procedimento envolvido na adopção de

³ Vide em Timor-Leste a aprovação da Lei n.º 5/2013, de 14 de Agosto, Primeira Alteração à Lei n.º 17/2011, de 28 de dezembro, que aprova o Regime Jurídico da Prevenção e do Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo, e Terceira Alteração ao Código Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 19/2009, de 8 de Abril, como noutros ordenamentos jurídicos. Vide também Sousa da Cunha, 2010: 241 e ss.

⁴ Caupers, 2007: 114 e ss. dá conta do papel desempenhado desde São Tomás de Aquino, também por Hobbes, Locke, Montesquieu e Bentham, bem como, no final do século XVIII e início do século XIX, de Gaetano Filangeri, percurso da avaliação legislativa, e Karl Salomo Zachariae Von Lingenthal, no rescaldo da Revolução Francesa.

⁵ O baptismo da designação “Teoria da Legislação” por tradução de Gesetzgebunglehre foi criticada por Caupers (2003: 5 e ss.) no uso que lhe dá GOMES CANOTILHO para designar o todo, mas também apenas uma parte. À Teoria da Legislação, em sentido estrito, Gome Canotilho junta a Analítica da Legislação sobre o conceito de norma, lei e legislação, a Tática da Legislação orientada sobre o procedimento legislativo, a Metodologia da Legislação preocupada com as dimensões político-jurídicas e teórico-decisórias da legislação, próximo daquilo que outras perspectivas tratam como a legística material, e a Técnica da Legislação orientada a definir as normas de redacção legislatva, próxima da legística formal.

qualquer acto normativo. A Legística tem sido usada como sinónimo da Ciência (ou da Teoria) da Legislação, mas também como parte da Ciência (ou Teoria) da Legislação, preocupando-se com uma metodologia de elaboração, redacção, edição e aplicação das normas. A designação escolhida pela Legística, durante algum tempo dominante na doutrina, parece, actualmente, demasiado limitada para enfrentar os desafios lançados ao exercício da função legislativa do Estado, uma vez que preocupações com a oportunidade, bondade e necessidade da intervenção legislativa, típicas da legística material, e com a qualidade da sua redacção, de que se ocupa a legística formal, já não respondem aos múltiplos desafios metodológicos lançados desde a origem plural das obrigações legislativas, com soluções hermenêuticas muitas vezes inconciliáveis, até à sua implementação numa realidade cada vez mais aberta, plural e multipolar. Por isso mesmo, uma consideração científica da Teoria ou da Ciência da Legislação não pode olvidar as pistas interdisciplinares implicadas na definição da legitimidade do exercício da função legislativa do Estado cada vez mais dependente de ponderosas opções (que se dirão de diferente natureza política) multidireccionais.

Para colmatar estas lacunas, mais recentemente, a “Legisprudência”⁶ procura, na reflexão de Wintgens, construir uma “teoria normativa da legislação” dirigida a garantir a possibilidade de exercício individual da liberdade a partir das promessas feitas pela teoria do contrato social de Hobbes e Locke. O ponto de partida para este exercício é a garantia da legitimidade da limitação da liberdade pelo individuo, e das limitações do exercício racional da função legislativa do Estado (Wintgens, 2005: 3 e ss.). Para este efeito, coloca ao Estado-legislador as mesmas questões formuladas pela ciência do direito do ponto de vista do juiz: *“Em que sentido tem o legislador de considerar a sistemática do ordenamento jurídico? O que é uma norma válida? Quais os significados podem ser criados e como?”* (Wintgens, 2005: 3). Este caminho impõe ao legislador um esforço de fundamentação argumentativa (“justificação”) semelhante àquele imposto ao julgador

⁶ Com referência à “legisprudence” em francês pela primeira vez usada por Mader, 1993.

(Wintgens, 2007: 4 e ss), assente em quatro princípios essenciais. O Princípio da Alternatividade é o primeiro princípio da legisprudência, pois implica a justificação dada pelo legislador para a criação de regras jurídicas como *alternativa* quando a interação social e a comunicação entre os indivíduos falham. O Princípio da Temporalidade impõe-se na legisprudência, considerando que o caráter imutável do sistema jurídico é rejeitado pela consideração séria da dimensão do tempo. O Princípio da Densidade Normativa estabelece que a imposição de qualquer sanção precisa de justificação especial para a prescrição de uma restrição suplementar à liberdade, porque se considera que a regra jurídica, por si só, já resulta em uma limitação à liberdade. Num dos textos fundamentais sobre a legisprudência, Wintgens (2007: 3 e seguintes) refere que o Princípio da Coerência exige do legislador um suporte argumentativo que relacione a norma ao sistema, sem ignorar que o direito se volte para a interação social. Esta perspectiva procura a superação definitiva do estrito legalismo positivista típico do início do século XX ou qualquer forma validação externa do ordenamento jurídico, revalorizando o exercício da função legislativa do Estado como condição de realização da liberdade do indivíduo, ao nível do “jurisprudencialismo” do caso concreto⁷. Para este efeito, Wintgens (2007) propõe uma inversão na cadeia de legitimação pela vinculação do legislador ao dever de justificação, propondo um “legalismo fraco” validado internamente, mais adequado ao actual funcionamento de sistemas normativos plurais pela abertura inter-sistemática do “ponto de vista hermenêutico” interno do legislador aos “pontos de vista hermenêuticos” externos, aqui se incluindo a posição do julgador (Santos, 2011, 103).

O contributo da Legisprudência realça a importância de garantir uma adequada vinculação metodológica da função legislativa do Estado ao Direito pela construção das condições que permitam um mais perfeito cumprimento das obrigações que lhe estão atribuídas constitucionalmente e, sistematicamente, na realização do Direito enquanto ordem normativa de

⁷ Defendido, na língua portuguesa, por CASTANHEIRA NEVES, 1993.

segurança e liberdade. A melhoria da qualidade da intervenção legislativa é o instrumento para a construção de uma teoria prática posta ao serviço do incremento do reconhecimento popular da bondade do exercício do poder, neste caso, do poder legislativo. Estes desafios são, necessariamente, interdisciplinares e colocam o ordenamento jurídico além do estrito legalismo positivista, impondo um conjunto de medidas prévias à adopção de legislação (*ex ante*) e posteriores à sua adopção (*ex post*) de avaliação do impacto da legislação que se estendem à avaliação da sua aplicação jurisprudencial e, inclusivamente, administrativa, dirigido à melhoria da sua qualidade e do reconhecimento da sua bondade e qualidade, condições da sua implementabilidade e respeito.

3. Um movimento global de “Legisprudência”

A renovada atenção prestada à necessidade de melhorar os procedimentos legislativos no sentido de incrementar a sua qualidade e o reconhecimento popular da bondade dessa intervenção tem desenvolvido um conjunto de instrumentos ao serviço do legislador em diferentes espaços normativos.

A Organização Cooperação e Desenvolvimento Económico desenvolveu, desde meados do final da última década do século passado, recomendações e princípio dirigidos aos Estados-membros com vista à melhoria do ambiente regulatório e tem produzido relatórios de acompanhamento da sua implementação pelos Estados-membros. Em particular, relevam as *Recomendações do Conselho sobre a melhoria da qualidade da regulamentação governamental (1995)*⁸, os *Princípios Orientadores da OCDE para a Qualidade e Performance Regulatória (2005)*⁹ e as *Recomendações do*

⁸ Disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD\(95\)95](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=OCDE/GD(95)95), consultado em 13 de Setembro de 2018.

⁹ Disponível em <https://www.oecd.org/fr/reformereg/34976533.pdf>, consultado em 13 de Setembro de 2018.

*Conselho na Política e Governação Regulatória (2012)*¹⁰. O ponto de partido foi a formulação de questões tipo (*checklists*) pelas quais os Estados poderiam justificar qualquer intervenção normativa: 1. *O problema está correctamente definido?* 2. *A acção governamental é justificada?* 3. *A regulação é a melhor forma de acção governamental?* 4. *Existe base legal para a regulação?* 5. *Qual é o nível (ou níveis) apropriado(s) do Governo para esta acção?* 6. *Os benefícios desta regulação justificam os custos?* 7. *A distribuição destes efeitos na sociedade é transparente?* 8. *A regulação é clara, consistente compreensível e acessível a todos?* 9. *Todos os interessados tiveram oportunidade de apresentar as suas posições?* 10. *Como será assegurado o cumprimento?* A partir desta inicial proposta, a OCDE tem reforçado a necessidade de compromisso político dos Estados, recomendando na última intervenção regulatória de 2012 a adopção de medidas adequadas para

¹⁰ Disponível em <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/49990817.pdf>, consultado em 13 de Setembro de 2018.

cumprir este desiderato, em particular, pela promoção dos Estudos de Impacto Regulatório (EIR)¹¹.

¹¹ Idem. "I. RECOMENDA aos membros:

1. Assumir o compromisso no mais alto nível político com uma política explícita de qualidade regulatória para o governo como um todo. A política deve ter objetivos claros e estruturas para a implementação que assegurem que, se a regulação for usada, os benefícios econômicos, sociais e ambientais justifiquem os custos, os efeitos distributivos sejam considerados e os benefícios líquidos maximizados.
2. Respeitar os princípios de um governo aberto, incluindo transparência e participação no processo regulatório para garantir que a regulação sirva ao interesse público e para que seja informado das necessidades legítimas dos interessados e das partes afetadas pela regulação. Isto inclui a oferta de canais efetivos (incluindo online), para que o público possa contribuir para o processo de preparação de propostas regulatórias e para a qualidade da análise técnica. Os governos devem assegurar que regulações sejam compreensíveis e claras e que as partes possam facilmente compreender seus direitos e obrigações.
3. Estabelecer mecanismos e instituições para supervisionar ativamente os procedimentos da política regulatória e seus objetivos, apoiar e implementar a política regulatória, e, assim, promover a qualidade regulatória.
4. Integrar a Avaliação do Impacto Regulatório (AIR) desde os estágios iniciais do processo de políticas para a formulação de novas propostas de regulação. Identificar claramente os objetivos da política, e avaliar se a regulação é necessária e como ela pode ser mais efetiva e eficiente na consecução desses objetivos. Considerar outros meios de regulação e identificar os trade offs das diferentes abordagens analisadas para escolher a melhor alternativa.
5. Conduzir programas sistemáticos de revisão do estoque regulatório em relação a objetivos que sejam claramente definidos pela política, incluindo considerações de custos e benefícios, para assegurar que as regulações estejam actualizadas, seus custos justificados, efetivos e consistentes, e almejem os objetivos pretendidos.
6. Publicar regularmente relatórios sobre o desempenho da política regulatória, dos programas de reforma, bem como das autoridades públicas responsáveis pela aplicação das regulações. Esses relatórios devem incluir informações sobre como instrumentos regulatórios, tais como a Análise de Impacto Regulatório (AIR), práticas de consulta pública e revisões de regulações existentes funcionam na prática. Desenvolver uma política consistente capaz de abranger o papel e as funções das agências reguladoras, a fim de proporcionar maior confiança de que as decisões regulatórias sejam tomadas de maneira objetiva, imparcial e consistente, sem conflito de interesse ou influência indevida.
7. Assegurar a efetividade dos sistemas de revisão da legalidade e imparcialidade processual das regulações, bem como das decisões tomadas pelos órgãos competentes na aplicação de sanções regulatórias. Garantir que os cidadãos e as empresas tenham acesso a estes sistemas de revisão a um custo razoável e recebam as decisões tempestivamente.

A União Europeia assumiu na sua própria legislação interna a necessidade de pugnar pela melhoria da qualidade do procedimento legislativo, condição para o maior reconhecimento da sua legitimidade e bondade. No Conselho Europeu de Lisboa, em 2000, foi definida a prioridade de estabelecimento de legislação de qualidade para uma economia competitiva, tendo sido constituído um Grupo de Trabalho de Alto Nível, conhecido como *Grupo Mandelkern*, que apresentou, em 2001, um relatório com um enunciado dos princípios fundamentais para a melhoria da qualidade legislativa na União Europeia e nos Estados-Membros¹². O Relatório anuncia a importância da adoção de legislação de qualidade para uma economia competitiva, valendo como um fim em si mesmo que aumenta a credibilidade do exercício do poder, enunciando os sete princípios basilares da intervenção legislativa: *necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência, responsabilidade, acessibilidade e simplicidade*. Para desenvolvimento dos princípios enunciados, definem-se como instrumentos fundamentais: *a consulta/ participação; a avaliação de impacto; os programas de simplificação e acesso à legislação – revisões periódicas da legislação, consolidação da legislação*. No seguimento deste relatório a Comissão aprovou a Decisão de Junho 2005 (SEC(2005)790)¹³ com as *Impact Assessment Guidelines*, revisto em 15 de Janeiro de 2009 pela SEC(2009)92¹⁴. Este regime foi, mais recentemente, revisto pelo Documento de Trabalho “*Guidelines on better regulation*” (SWD(2017)350)¹⁵ na sequência do Acordo Interinstitucional para Melhor Legislação, concluído entre o Parlamento, a Comissão e o Conselho,

¹² Disponível em http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/mandelkern_report.pdf, consultado pela última vez em 13 de Setembro de 2018.

¹³ https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/sfs/documents/documents/sec2005-791_en.pdf.

¹⁴ http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_en.pdf

¹⁵ Disponível em <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10102/2017/EN/SWD-2017-350-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>, completado por um conjunto de ferramentas (Toolbox) disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/better-regulation-toolbox_2.pdf, consultado em 13 de Setembro de 2018.

em 2016¹⁶, dirigido a garantir a mais eficiente possível regulação no quadro da UE. Para este efeito, desde 2012, a UE estabeleceu um programa específico - o REFIT - que inclui um conjunto de iniciativas como um *scoreboard* e uma plataforma de especialistas¹⁷.

Os Estados-membros têm implementado as recomendações da OCDE e da UE de formas muito variadas. Têm seguido *modelos institucionalizados*, criando estruturas administrativa responsáveis pela melhoria dos procedimentos legislativos¹⁸, ou *modelos não institucionalizados*, nos quais o cumprimento destes objectivos de melhoria da qualidade da produção legislativa é deixado a cada um dos Ministérios proponentes da legislação, em especial, pelo preenchimento de *checklists* de controlo do cumprimento dos princípios de uma intervenção legislativa de qualidade, por exemplo, segundo o modelo enunciado no *relatório Mandelkern*.

Em Portugal, a *Comissão para a Simplificação Legislativa* (CSL) foi criada em 2001, pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 29/2001, de 9 de Março, tendo por objecto participar na simplificação e melhoria da qualidade da legislação e regulamentação, garantir a maior acessibilidade possível da legislação e a deslegalização ou desregulamentação, na medida do possível, incluindo formas alternativas de autorregulação. Esta comissão cessou o seu mandato com o fim do respectivo Governo, passando os mesmos fins a ser prosseguido segundo o *Programa Estratégico para a Qualidade e Eficiência dos Atos Normativos do Governo*, aprovado pelo Despacho n.º 12017/2003 do Gabinete do Ministro da Presidência, de 25 de Junho, em linha com as, já então vigentes, recomendações internacionais e europeias. Com nova mudança de Governo, o *Programa Legislar Melhor* foi aprovado pela

¹⁶ OJ L 123, 12 de Maio de 2016, p1. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2016:123:TOC>.

¹⁷ Mais informações disponíveis em https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/refit-making-eu-law-simpler-and-less-costly_en.

¹⁸ Para o qual tendem os sistemas anglo-saxónicos segundo o modelo britânico do Better Regulation Executive, na dependência do PM e coordena as Departamental Better Regulation Units de cada Ministério. Vide www.gov.uk/government/groups/better-regulation-executive, consultado em 13 de Setembro de 2018.

Resolução do Conselho de Ministros n.º 63/2006, de 18 de Maio, complementado com a Resolução do Conselho de Ministros n.º 64/2006, de 18 de Maio também, integrado no quadro dos objectivos do Programa SIMPLEX 2006. Este quadro normativo dirigia-se a promover a melhoria da qualidade da legislação produzida, pela simplificação dos procedimentos, a mais relevante de todas a desmaterialização de procedimentos com recurso às novas tecnologias para facilitar o procedimento legislativo e a aproximação dos cidadãos. Algumas das mais emblemáticas medidas foram a desmaterialização do acesso ao Diário da República, bem como a exigência de maior fundamentação do procedimento legislativo pela obrigatoriedade de preenchimento de *checklists*, modeladas segundo o desenho internacional e comparados, entretanto, abandonadas. Este procedimento levou também a um mais participado procedimento de consultas, públicas e privadas, prévias ao procedimento legislativo governamental, pela aprovação do Decreto-Lei n.º 274/2009, de 2 de Outubro. Um novo impulso reformador nesta matéria fez-se sentir a partir de 2010, com a entrada em vigor do programa SIMPLEGIS pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 77/2010, de 11 de Outubro, que aprovou o Regimento do Conselho de Ministros do XVIII Governo Constitucional e concretizou diversas medidas do programa de simplificação legislativa (SIMPLEX), dirigida aos mesmos objectivos de simplificação e melhoria da qualidade legislativa. Entre outras medidas emblemáticas deste programa, destaca-se o Decreto-Lei n.º 70/2011, de 16 de Junho, que revogou 233 diplomas.

Os países que compõem a CPLP têm-se integrado neste movimento global pela melhoria da qualidade da legislação como condição da sua implementação e reconhecimento popular da sua legitimidade. A CPLP produziu, inclusivamente, um *“Manual de Feitura das Leis”*, participando neste esforço (v. Sousa Pinheiro e Meira Lourenço, 2006). Em Cabo Verde, as regras de legística usadas no procedimento legislativo do Governo encontram-se previstas no Decreto-Lei n.º 6/2005, de 24 de Janeiro, enquanto que em São Tomé e Príncipe se optou por estabelecer as regras de legística num acto legislativo parlamentar, assim, vinculando a acção legislativa de todo o Estado

pela Lei n.º 9/2008, de 24 de Setembro. Esta é uma interessante opção de política legislativa que garante a uniformidade da acção legislativa do Estado, sujeita às mesmas regras, com claras vantagens de uniformidade e garantias de previsibilidade jurídica¹⁹. Em Angola, o Decreto Presidencial n.º 251/12, de 27 Dezembro, procura cumprir o mesmo objectivo de promoção da qualidade legislativa, mas no contexto de um sistema presidencialista. No Brasil, o mesmo objectivo é prosseguido pela Lei Complementar n.º 95, de 26 de Fevereiro de 1998²⁰, alterada pela Lei Complementar n.º 107, de 26 de Abril de 2001²¹, e pelo e pelo Decreto n.º 4176, de 28 de Março de 2002²², que introduz, no procedimento legislativo brasileiro, o modelo de *checklists* já seguido noutros ordenamentos jurídicos. Estes instrumentos normativos encontram-se densificados no Manual de Redacção da Presidência da República²³.

4. Lições para Timor-Leste

Em Timor-Leste, não são muitos os exemplos da preocupação com a qualidade da produção legislativa, condição da maior qualidade da regulação

¹⁹ Apesar da simpatia manifestada pela medida, a Comissão da Reforma Legislativa de TL não deixou de apontar algumas críticas a esta opção legislativa “No artigo 1.o, ao se determinar que as regras aprovadas devem ser observadas por todos os órgãos de soberania com competência para formular atos normativos, apresenta-se uma lista exemplificativa, da qual não poderiam deixar de constar as leis, os decretos-leis e os decretos do Governo, os dois primeiros de natureza legislativa e o terceiro de carácter regulamentar. Já a inclusão das moções e dos decretos presidenciais nos parece descabida, pois não têm carácter normativo. Mal andou também o diploma quando diz ter previsto regras de legística material nos artigos 2.o e 3.o, porque não o são verdadeiramente”.

²⁰ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp95.htm, consultada em 24 de Setembro de 2018.

²¹ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp107.htm, consultada em 24 de Setembro de 2018.

²² Disponível (rectificado) em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2002/decreto-4176-28-marco-2002-344776-retificacao-73044-pe.html>, consultada em 24 de Setembro de 2018.

²³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manual.htm, consultada em 24 de Setembro de 2018.

e do maior reconhecimento popular da sua bondade que a aproxime dos seus destinatários. O quadro jurídico da produção legislativa parte, como em quase todos os ordenamentos jurídicos, da Constituição, sendo aqui completado pela Lei da Publicação dos Actos (Lei n.º 1/2002, de 29 de Junho), conjugado com a Lei n.º 10/2003, de 10 de Dezembro, apenas em parte interpretativa da Lei n.º 2/2002, de 7 de Agosto (“Interpretação do Direito Vigente em 19 de Maio de 2002”). O quadro jurídico-constitucional é, como se viu já em diversas ocasiões, altamente equívoco e não dispensa uma referência de revisão²⁴.

Na definição do procedimento legislativo do Governo, parte-se do Regimento do Conselho de Ministros (CdM). O Regimento do CdM de 2002, aprovado pela Resolução do Governo n.º 1/2002, de 14 de Novembro, fazia alusão, no seu preâmbulo, à experiência e aos “ensinamentos colhidos com os Manuais do Conselho de Ministros dos I e II Governos de Transição de Timor-Leste”. Com o Regimento do CdM de 2007, aprovado pela Resolução do Governo n.º 11/2007, de 5 de Setembro, surgiram as primeiras referências à simplificação legislativa e à racionalização da produção dos actos normativos da competência do Governo. A Resolução do Governo n.º 8/2013, de 27 de Fevereiro, aprovou o Regimento do CdM do V Governo Constitucional, com aparente ambição de durar além do mandato do Governo, o que não se verificou uma vez que o Regimento do Conselho de Ministros foi revisto pela Resolução do Governo n.º 51/2017, de 13 de Dezembro. O Regimento do Conselho de Ministros estabelece as regras de funcionamento do CdM, definindo o procedimento legislativo, bem como dos demais procedimentos deliberatórios do Governo. Não sendo o local certo para resolver todas as questões de legística material e formal, as regras de legística formal encontram-se previstas no Despacho n.º 1/SECM/2007, publicado no JR, Série II, n.º 23, de 14 de Setembro, que estabelece o padrão de legística a aplicar na produção normativa do Governo. Apesar de estas regras cumprirem

²⁴ AAVV, 2011, página 401, ainda que propendamos a defender a necessidade existencial que o ordenamento jurídico tem de ordem e previsibilidade o que obriga a “levar a sério” a previsão constitucional de relações de parametricidade entre actos legislativas, segundo a previsão do art. 126.º da Constituição que o Tribunal de Recurso tem aplicado com um critério nem sempre convergente.

as melhores práticas internacionais, a verdade, é que a sua falta de uniforme cumprimento tem suscitado diversas dificuldades na produção legislativa e normativa timorense. Um maior esforço na promoção da qualidade da produção legislativa do Governo, orientada a promover a coerência do ordenamento jurídico, recomendaria a revisão estas regras, que devem constar de um acto normativo em reforço da sua vigência e coercibilidade.

Um renovado investimento na qualidade e bondade da produção legislativa timorense resultou da criação da Comissão para a Reforma Legislativa e do sector Judiciário (CRL), pela Resolução do Governo n.º 30/2015, de 26 de Agosto, tendo-se extinguido por caducidade com o termo do mandato do VI Governo Constitucional, em 2016. A Comissão publicou vários relatórios, o mais relevante neste caso relativo ao procedimento legislativo, o mais interessante na relação com o Direito Costumeiro, tendo desenvolvido um importante trabalho no diagnóstico da situação do ordenamento jurídico timorense, apresentando recomendações que não deixam de merecer discussão.

As principais preocupações no ordenamento jurídico timorense com a acção legislativa do Estado têm-se dirigido à legística formal ou aos ciclos legislativos, como se viu. No entanto, a construção de uma Teoria normativa da Legislação em Timor-Leste não se pode limitar a estas preocupações.

Os problemas ainda sentidos no ordenamento jurídica em ordenar os actos normativos tem de procurar solução no Direito Constitucional timorense, como na Teoria do Direito, mas não pode deixar de preocupar a Teoria da Legislação. É fundamental procurar fazer sentido da teoria dos actos normativos, sendo a única solução definitiva a revisão constitucional, cujo prazo se encontra já aberto, e não a apontada revisão da Lei da Publicação dos Actos (Lei n.º 1/2002, de 29 de Junho, mesmo na versão complementada pela Lei n.º 10/2003, de 10 de Dezembro, apenas em parte interpretativa da

Lei n.º 2/2002, de 7 de agosto)²⁵. Legislativamente, a revisão da Lei da Publicação dos Actos (Lei n.º 1/2002, de 29 de Junho) será fundamental, mas para resolver a tipificação de fontes de Direito, que exclui o costume, em violação do disposto no art. 2.º, n.º 4 da Constituição. A possibilidade de ser a Lei ordinária a resolver o problema da hierarquia normativa, no entanto, violaria o *princípio básico de produção legislativa*, segundo o qual nenhum acto normativo pode ser critério de validade de actos de igual força normativa, só acrescentando confusão ao ordenamento jurídico²⁶.

A Teoria da Legislação tem de navegar este cosmos normativo complexo enquanto não se der uma intervenção constituinte clarificadora. A jurisprudência do Tribunal de Recurso não tem sido suficientemente esclarecedora com decisões em sentido divergente²⁷, que ora apontam no sentido da hierarquia normativa, ora a recusam no caso concreto. O especial cuidado do legislador na definição do quadro normativo vigente obriga a um especial dever de “fundamentação”, na esteira do defendido por Wintgens. Neste sentido, obriga-se a uma solução que formule claras opções relativas às fontes de Direito em cada uma das intervenções legislativas em concreto. A solução poderia considerar uma definição prévia deste entendimento dentro de cada um dos órgãos de soberania ou, preferencialmente, através de um

²⁵ Conforme parece defender a Comissão da Reforma Legislativa na página 101 do seu relatório sobre o Procedimento Legislativo, disponível em http://www.crl.gov.tl/sites/tlcr/files/docs/2017/REPROLEGIS_2017_09_15_0.pdf, consultado em 24 de Setembro de 2018.

²⁶ Em sentido contrário ao defendido pela CRL, 2017: 101, e COUTINHO, 2018:111.

²⁷ Por vezes, o mesmo juiz relata decisões em sentido divergente, sem qualquer referência a alteração jurisprudencial, como sucede com a afirmação de inexistência de qualquer hierarquia legislativa no ordenamento jurídico timorense que submeta o OGE à Lei do Orçamento e da Gestão Financeira (Lei n.º 13/2009, de 21 de Outubro), pela relatora do Ac. n.º 02/CONST/2016/TR, página 11, disponível em <https://www.tribunais.tl/?q=filebrowser/download/11497516>, que vota pela ilegalidade do Decreto do Parlamento Nacional n.º 1/V submetido a fiscalização preventiva da Constitucionalidade por Sua Excelência, o Presidente da República, por violação, precisamente, da Lei do Orçamento e da Gestão Financeira (Lei n.º 13/2009, de 21 de Outubro) e da Lei do Fundo Petrolífero (Lei n.º 9/2005, de 3 de Agosto, alterada pela Lei n.º 12/2011, de 28 de Setembro), no Ac. n.º 05/CONST/2018/TR inédito, consultado em 24 de Setembro de 2018 (vencida).

acordo inter-institucional, como a seguida no espaço da UE para a definição dos termos de qualquer intervenção legislativa.

Questão mais fácil de resolver prende-se com as dúvidas suscitadas pelo exercício da função normativa administrativa do Governo através de Regulamentos. O próprio Governo tem de, internamente, resolver o exercício da função regulamentar, mais uma vez, *à priori* ou pela sua prática quotidiana. A função regulamentar do Governo encontra-se prevista no art. 115.º, n.º 1 e)) da Constituição e, segundo o disposto no art. 12.º da Lei da Publicação dos Actos (Lei n.º 1/2002, de 29 de Junho), segue a forma de Decreto do Governo, encontrando-se sujeita aos princípios da legalidade, nas suas diferentes decorrências, precedência de lei, reserva de lei e prevalência de lei, nos termos conjugados do art. 1.º e do art. 137.º, ambos da Constituição, e do art. 20.º do Decreto-Lei n.º 17/2006, de 26 de Julho, sobre a Estrutura Orgânica da Administração Pública. Fora destes casos, o recurso a Diplomas Ministeriais apenas pode ser feito para regulamentos internos ou regulamentos de mera execução.

Também se impõe um esforço codificador que compile a legislação em vigor e revogue toda aquela legislação improdutiva que não se encontra em vigor – exemplo é o Decreto-Lei n.º 36/2014, de 17 de Dezembro (*Transmissão de Direitos Sobre Bens Imóveis no projeto Suai Supply Base*).

Em sentido inverso, é urgente aprovar legislação já há muito tempo devida como condição de um mais claro diálogo argumentativo no exercício da função legislativa do Estado, bem como no diálogo jurídico nacional. Assim, a revisão da orgânica judiciária no sentido de dar cumprimento ao princípio do Estado de Direito da actuação administrativa pela criação dos Tribunais Administrativos e Fiscais permitirá explorar os limites da legislação administrativa nacional em benefício dos cidadãos, bem como a aprovação do Regime Geral das Taxas²⁸ e do Regime Geral de Contraordenações, que

²⁸ Deve ser considerada, especialmente, a possibilidade de exigir ao legislador ordinário a fundamentação económico-financeira das taxas criadas.

permitirão um mais claro diálogo com o legislador concretizador destas matérias altamente intrusivas nos direitos dos particulares.

Em matéria de legística formal é imperioso rever as regras de legística formal em vigor no sentido de actualizar as soluções aí vigentes, em especial, fazendo-as cumprir. Da mesma forma, é fundamental rever o procedimento legislativo assente em *checklists*, reforçando os *Estudos de Impacto Regulatório* (*ex ante* e *ex post*) como condição da melhoria dos procedimentos legislativos e da sua permanente avaliação (Blanco de Moraes, 2010).

A primeira opção a tomar, no entanto, prende-se com o modelo orgânico a seguir: *institucionalizado*, com a criação de uma estrutura administrativa própria, dedicada à realização destes estudos, ou, alternativamente, um procedimento *descentralizado*, que imponha este dever a todos os envolvidos no procedimento legislativo, em especial, aos Ministérios proponentes (Blanco de Moraes, 2007). Uma solução mista pode impor o procedimento prévio de avaliação do impacto regulatório aos proponentes, em todos ou em alguns casos, responsabilizando-os pelo fornecimento da necessária informação, e deixando estudos de impacto regulatório *a posteriori*, mais detalhados e dirigidos a avaliar o impacto de qualquer outra medida, para uma estrutura especialmente criada para o efeito²⁹.

À partida, este esforço promove o mais importante passo de melhor fundamentar a própria *Decisão de Legislar*, instruindo esta decisão dos melhores elementos possíveis, numa intervenção transversal à actuação governativa alicerçada na produção de estatísticas suficientemente detalhadas para justificar qualquer decisão e, em particular, a decisão de legislar. Estes estudos de impacto regulatório trazem variadíssimas vantagens. Por um lado, esclarecem as opções de política na base da intervenção legislativa, facilitando a sua implementação e a compreensão pelos destinatários. Por outro lado, é este tipo de estudos que permite o reforço do princípio da uma intervenção legislativa baseada em estudos prévios que a fundamentem probatoriamente (*Evidence based policy*). Apesar das conhecidas limitações

²⁹ Mais do que a duplicação de estruturas proposta por COUTINHO, 2018: 101 e ss.

desta intervenção, uma vez que as estatísticas podem ser sempre usadas para fundamentar diferentes argumentos, muitos deles políticos ou simplesmente parcelares, este ainda é um importante instrumento para diminuir a arbitrariedade de qualquer intervenção legislativa, sujeitando-a a critérios normativos reconhecidos como tal pelos cidadãos. Estes estudos não dispensam, como se viu, que durante o procedimento legislativo sejam ouvidos os interessados, destinatários ou não, de qualquer intervenção legislativa, promovendo a qualidade da acção legislativa do Estado.

5. Conclusão

O investimento feito em Timor-Leste na qualidade da produção legislativa (e normativa) parte de um movimento comum a vários ordenamentos jurídicos, actualmente com fonte internacional, na procura das melhores soluções normativas, assim como da garantia da unidade e coerência do ordenamento jurídico, em ambos os casos, condições necessárias para a sua implementabilidade e para o reconhecimento popular da bondade desta intervenção estadual limitadora da liberdade original do indivíduo. À partida, a construção de uma teoria normativa da legislação parte de uma posição metodológica que revaloriza o papel do legislador como actor do complexo processo normogénico pela colocação das mesmas questões colocadas ao julgador em torno da “fundamentação” argumentativa das opções legislativas tomadas. Esta revalorização da “fundamentação” das opções legislativas, feita com a renovada Legisprudência, obriga o procedimento legislativo a reformular os passos de grande discricionariedade positivista até aqui reconhecidos ao legislador. O ponto de partida é, globalmente, comum. Wintgens desenvolveu um conjunto de princípios para a fundamentação metodológica deste novo desafio. Da mesma forma, numa perspectiva mais pragmática, o *Relatório Mandelkern* apontou os princípios da boa intervenção legislativa (ao nível da UE, mas com efeito irradiador para qualquer intervenção legislativa): *necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade, transparência,*

responsabilidade, acessibilidade e simplicidade. Os desafios colocados a cada ordenamento jurídico são, no entanto, únicos.

Em Timor-Leste, a construção de uma adequada teoria normativa da legislação tem de, previamente, resolver a questão da definição do direito aplicável, pelo menos da perspectiva do legislador ordinário, na falta de uma intervenção constituinte plenamente esclarecedora. Este é um dos esforços da perspectiva da Teoria da Legislação que mais exige do legislador ordinário e da argumentação jurídica. O procedimento legislativo precisa, naturalmente, de ver reforçado este momento de fundamentação, com a referência aos estudos de impacto regulatório que, em todo o mundo, tendem a melhor fundamentar a decisão de legislar e os custos e benefícios aí implicados. Esta avaliação não é apenas prévia à intervenção legislativa, mas permanente de forma a manter actualizado o juízo sobre a qualidade da legislação e a permitir a sua permanente renovação.

A função legislativa do Estado confronta-se hoje com desafios vários oriundos de exigências colocadas por ordenamentos jurídicos cada vez mais complexos, interrelacionados e por vezes contraditórios – são as exigências a legislar oriundas, já não apenas da Constituição, mas também do Direito Internacional (na Europa também do Direito Europeu) e, em Timor-Leste, inclusivamente do Direito costumeiro. Mas são também as crescentes exigências populares com a bondade e legitimidade do exercício da função legislativa do Estado em limitação da liberdade, percebida como original, dos indivíduos. Perante estes desafios, o legislador tem de manter uma permanente atitude de auto-crítica perante a sua própria acção – na esteira da “modernidade autorreflexiva” de Beck (1994:1 e ss.). Da forma como o Estado lidar com estes desafios depende muito do sucesso do reconhecimento popular da bondade da própria acção do Estado num mundo crescentemente aberto, policêntrico e multipolar.

Bibliografia Citada:

- AGUIAR E SILVA, JOANA; *Para uma teoria hermenêutica da justiça. – Repercussões jusliterárias no eixo problemático das fontes e da interpretação jurídicas*, Almedina, Coimbra 2011;
- BECK, ULRICH; GIDDENS, ANTHONY E LASH, SCOTT; *Reflexive Modernization*, Polity Press, Cambridge, 1994;
- BLANCO DE MORAIS, CARLOS (Coord.), *Guia de Avaliação de Impacto Normativo*, Almedina, 2010;
- BLANCO DE MORAIS, CARLOS; “*Manual de Legística - Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor*”, Editorial Verbo, 2007;
- CANOTILHO, J. J. GOMES; Os impulsos modernos para uma teoria da legislação. *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*. Oeiras, INA, no 1, abril – junho 1991, páginas 7-14;
- CASTANHEIRA NEVES, ANTÓNIO; *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1993;
- CAUPERS, JOÃO; “*Ciência da Legislação*” in Jorge Bacelar Gouveia (Org.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2007, Coimbra, Coimbra Editora, página 114 e ss.;
- CAUPERS, JOÃO; TAVARES DE ALMEIDA, MARTA E GUIBENTIF, PIERRE, *Feitura das Leis: Portugal e a Europa*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014;
- CAUPERS, JOÃO; Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodologia da Legislação. *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*. Oeiras, INA, no 35, outubro – dezembro 2003, p. 5-87;
- COUTINHO, PATRÍCIA; “A Reforma Legislativa em Timor-Leste: Contributos para a Melhoria da Qualidade das Leis”, e-BLJ, Ano 1 (2018), n.º 1, página 101 e ss.;
- NOLL, P; *Gesetzgebungslehre*, Hamburg, Rowohlt, 1973;

- OTERO, PAULO; *Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003;
- SANTOS, LETÍCIA; *Análise da Decisão Judicial no Quadro da Legisprudência: o diálogo das fontes do direito*, Belo Horizonte, 2011, disponível em <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-8MQGVU>, consultado em 26 de Setembro de 2018;
- SOUSA DA CUNHA, RICARDO; “*The Security Council’s Chapter VII action on Terrorism in light of the United Nations’ normative powers*”, *Tékhné, Edição Temática de Direito, Vol. VIII, n.º 13, Junho de 2010, página 241 e seguintes*;
- SOUSA DA CUNHA, RICARDO; *Constituição e Legalidade Administrativa Cosmopolita – o Direito Administrativo Global entre a constitucionalização e a fragmentação*, Coimbra, Almedina, 2016;
- SOUSA PINHEIRO, JOSÉ ALEXANDRE GUIMARÃES DE, MEIRA LOURENÇO, PAULA; *Manual de Feitura das Leis*, Lisboa, INA, 2006;
- WINTGENS, JEAN LUC, “*Legitimacy and Legitimation from Legisprudential Perspective*”, in WINTGENS, Luc J. (ed.). *Legislation in context: essays in legisprudence*, Ashgate, 2007, páginas 3-42;
- WINTGENS, JEAN LUC, *The justification of legislation. An introduction to Legisprudence, a new theory of legislation*, 2005, Disponível em <http://www.openthesis.org/documents/justification-legislation-introduction-tolegisprudence-276199.html>.

OUTRAS REFERÊNCIAS:

- Recomendação do Conselho sobre a Melhoria da Qualidade da Regulação Governamental [C(95)21],
- Checklist* de Referência da OCDE para a Tomada de Decisões Regulatórias [OCDE/GD(95)95];

Relatório da OCDE de 1997 sobre a Reforma Regulatória [C/MIN (97) 10 (resumo) e C/MIN(97)10/ADD],

Princípios Orientadores de 2005 para a Qualidade e Desempenho Regulatório [C(2005)52 e CORR1],

Checklist Integrado para Reforma Regulatória APEC-OCDE [SG/SGR(2005)4],

Recomendação do Conselho sobre a Avaliação da Concorrência [C(2009)130];

Relatório Mandelkern sobre a Melhoria da Qualidade Legislativa, Lisboa, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, volume 1, Março 2002 [também publicado in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 29, Out.-Dez. 2000].

Relatório da Comissão para a Simplificação Legislativa, Lisboa, Ministério da Reforma do Estado e da Administração Pública, volume 2, Março 2002 [também publicado in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, 30/31, Jan.-Jun. 2002].

Comissão da Reforma Legislativa, Relatório sobre o Procedimento Legislativo, disponível em http://www.crl.gov.tl/sites/tlcrf/files/docs/2017/REPROLEGIS_2017_09_15_0.pdf, consultado em 24 de Setembro de 2018.