3

Potencialidades e limites da lei: os paradoxos de nossa produção legislativa

José Alcione Bernardes Júnior[1]

Resumo: As potencialidades e os limites da legislação são examinados a partir de uma perspectiva sistêmica, que busca identificar e superar os paradoxos que marcam nossa produção legislativa. Sob esse prisma, a lei, embora importante, é apenas um dos elementos operativos do sistema jurídico, cuja funcionalidade, para além da boa qualidade das leis, depende do fortalecimento da intrincada rede institucional de que se compõe tal sistema.

Palavras-chave: Legislação. Estado democrático de Direito. Processo legislativo. Paradoxos. Hiperinflação legislativa.

Abstract: *The potential and limitation of the law are examined from a systemic perspective with the purpose of identifying and overcoming the paradoxes of our legal system. No matter how important the law, it is but one of the many elements of the legal system, the functionality of which, beyond the quality of the legal text, depends on the strenghtening of the intricate institucional net it constitutes.*

Keywords: *Legislation. Democratic rule of law. Legislative process. Paradoxes. Legislation surfeit.*

1 – Introdução

Toda exposição sobre qualquer assunto deve empreender um corte temático, a fim de se selecionarem ângulos preferenciais de análise, sobretudo quando se trata de um tema aberto como este, relativo aos limites e potencialidades da lei. Faremos uma abordagem sistêmica, partindo da consideração de que o padrão

1 Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, consultor legislativo da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, Professor da Faculdade Arnaldo Janssen.

de funcionamento de qualquer sistema consiste em sua organização em rede. O sistema jurídico não foge a esta regra, de modo que a lei, conquanto importante, é apenas um de seus elementos operativos, e sua funcionalidade depende, em grande medida, da intrincada rede institucional de que se compõe tal sistema. Assim, a lei deve almejar alcançar um padrão de uniformidade interpretativa, que, para além da qualidade técnica de seu texto, depende fundamentalmente do hipertexto em que ela se insere, representativo do mundo da vida, com todos os condicionamentos histórico-sociais que o modelam.

No curso da exposição, buscaremos proceder à identificação de alguns paradoxos que representam óbice a que a lei cumpra a sua função ordenadora da sociedade, e tentaremos, naturalmente, apontar alguns caminhos para a superação desses paradoxos. Será também examinada toda a complexa rede institucional envolvida no processo de produção e reprodução do direito, quando então procuraremos trabalhar alguns exemplos práticos que tornem mais clara a exposição. De fato, uma abordagem crítica dos limites e das potencialidades da lei deve cogitar do órgão que a edita, o Legislativo, e daqueles que a aplicam: a administração pública, que age de ofício; o Judiciário, que age por provocação, em situações de conflito de interesses, e até os cidadãos, no cumprimento espontâneo das leis. Deve-se cogitar também de instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública, o Tribunal de Contas. Objetiva-se demonstrar que nosso grande problema consiste não numa suposta fragilidade normativa, mas numa grande fragilidade institucional, noção que buscaremos clarear mais adiante.

2 – A lei como fator de estabilização de expectativas comportamentais

Numa primeira aproximação conceitual, pode-se dizer que a lei é o ato estatal revestido de imperatividade, de generalidade e de abstração, que tem por objetivo regular a vida em sociedade. O caráter cogente, imperativo da lei traduz-se na possibilidade de coação estatal para fazer cumprir os seus ditames. Assim, a lei se impõe

à observância compulsória de todos. A nota de generalidade consiste no fato de que a lei irradia os seus efeitos de modo difuso na sociedade, alcançando indistintamente a todos que se enquadrem na sua hipótese de incidência normativa. Quanto à abstração, esta decorre do fato de que a lei se exterioriza por meio de uma proposição hipotética, que prevê, em termos abstratos, uma determinada consequência jurídica sempre que a hipótese legal se verifique no plano da realidade empírica. É precisamente em virtude da abstração que a norma legal se torna suscetível de aplicações recorrentes, desde que, como visto, ocorram no plano fático situações que guardem correspondência com o modelo legal.

Esse conjunto de características lógico-semânticas da lei permite que ela cumpra sua função de pacificação social, de controle social, de modo que podemos afirmar que a função essencial da lei é a estabilização de expectativas de comportamento.[2] Não fosse a existência de instrumentos legais que disciplinam a conduta humana, nós teríamos a barbárie ou o arbítrio, com a opressão dos mais fortes sobre os mais fracos. Faz-se necessário, pois, que haja um mínimo de previsibilidade, de segurança jurídica, nas relações havidas no seio da sociedade. É importante que as pessoas possam saber antecipadamente que consequências advirão de seus atos. A par dessa função de cunho mais genérico, a lei cumpre também um papel mais específico, tendo em vista o setor da realidade social que ela visa a disciplinar. Assim, uma lei que institui um tributo objetiva carrear para os cofres públicos os recursos necessários ao cumprimento dos vários encargos que tocam ao Estado; a lei que regula a licitação tem uma dupla finalidade: assegurar o melhor contrato para o poder público e proporcionar igualdade de oportunidades a todos os particulares que queiram contratar com a administração; a lei que institui o Código de Trânsito Brasileiro objetiva disciplinar o trânsito e o transporte. Portanto, para além de uma finalidade genérica e comum a todas as normas, há finalidades específicas que variam conforme a natureza e o conteúdo da norma em questão.

2 LUHMANN, 1983.

3 – Hiperinflação legislativa e o paradoxo da insegurança jurídica

Conforme visto, não há como prescindir da lei para que haja condições mínimas de segurança para a coexistência entre as pessoas. Porém, é preciso alertar também para o risco de se propender para o extremo oposto: o da superabundância de leis. E aqui chegamos ao primeiro paradoxo. A lei foi feita para gerar segurança jurídica, para trazer previsibilidade. Porém, em meio à verdadeira barafunda de normas jurídicas existentes, os operadores do direito, bem como os cidadãos, acabam se perdendo, sem saber ao certo em que sentido aponta o direito. Na profusão de leis ordinárias, leis complementares, medidas provisórias, decretos, resoluções, instruções e quejandos, tem-se, paradoxalmente, uma sensação de anomia, de ausência de normas, sobretudo aqui no Brasil, onde a medida provisória se torna um instrumento normativo de uso corrente, sendo editada aos milhares, num ritmo alucinante.

Naturalmente, há vários fatores que geram esse paradoxo, que está intimamente associado à questão dos limites do direito ou da lei, conforme dissemos anteriormente. Merece críticas a visão simplista que se tem da lei como panaceia para todos os males, cuidando-se de editar sempre uma lei para fazer face a um problema qualquer, que muitas vezes demanda outras intervenções estatais, que não no plano legiferante. Tome-se como exemplo o projeto de lei que pretendia proibir o uso de expressões estrangeiras, apresentado no Congresso Nacional. Uma proposição como essa desconhece os limites e as possibilidades de um ato normativo, principalmente por tentar intervir no campo da linguagem, que seguramente não se deixa regular por lei.

Nem mesmo as constituições são poupadas desses devaneios legislativos. No Brasil, as emendas constitucionais são aprovadas aos borbotões. A título comparativo, vejamos o exemplo norte-americano: a constituição americana, que data de 1787 – tendo, pois, mais de duzentos anos –, mal chegou a receber 30 emendas. Lá existe o que nós podemos chamar de internalização do sentimento de constituição. Já a Constituição Brasileira, que data

de 1988, já recebeu mais de 90 emendas, sendo que tramitam no Congresso cerca de mil propostas de emendas constitucionais (e esse número não é força de expressão!). De que adianta aprovar uma emenda constitucional que preveja o direito à moradia, se nossa realidade econômica nega de modo peremptório qualquer possibilidade de aplicação prática dessa norma? A Constituição do Peru contém uma disposição que veda o golpe de estado, como se a mera existência de tal dispositivo pudesse funcionar como impeditivo à ocorrência de um golpe militar diante de condições histórico-sociais que lhe fossem favoráveis.

A proliferação de normas constitucionais inexequíveis só faz aumentar o sentimento generalizado de desestima à Constituição. Aqui, nós identificamos um outro paradoxo. O poder de emendar a Lei Maior foi concebido precisamente para assegurar a sua permanência, permitindo que ela pudesse adaptar-se às constantes mudanças sociais e às novas demandas da sociedade. Na prática, as emendas à Constituição só têm feito o contrário. Transformaram o texto constitucional em verdadeiro periódico e contribuíram para a disseminação de um sentimento de desprezo pela Constituição. Isso se deve, em grande parte, ao fato de que nossos governantes, não raro, são acometidos daquilo que o professor Luís Roberto Barroso chama de narcisismo constitucional, pois, ao invés de adequarem os seus governos à Constituição, buscam exatamente o contrário, isto, é, adequar a Constituição aos seus governos.

Portanto, ao elaborar uma norma, deve-se atentar para o grau de exequibilidade de suas disposições. Há que se ter um mínimo de eficácia. Neste ponto, cabe uma observação importante: o não direito é condição de existência do próprio direito. De fato, se todas as leis fossem rigorosamente cumpridas por todos, não haveria sequer a necessidade de preceitos sancionatórios. A nota de coercibilidade do direito existe exatamente para coibir condutas desviantes. Por outro lado, se o direito não fosse minimamente cumprido, ele não teria nenhum préstimo. Assim, sempre vai haver um coeficiente de inobservância das normas jurídicas, o qual deve variar entre um mínimo e um máximo, que não podem ser ultrapassados.

É importante dizer também que contribui para essa enxurrada de leis a inobservância dos limites constitucionais, de ordem formal e material, quando da elaboração legislativa. Ou seja, são editadas várias leis que apresentam vícios de inconstitucionalidade.

Também pode ser apontado como causa dessa inflação legislativa o apego a uma concepção estritamente legalista do direito, o que impele o legislador a tudo disciplinar, como se lhe fosse possível prever e normatizar todas as relações sociais. Assim, várias situações demandantes de solução jurídica, que poderiam muito bem ser resolvidas com base numa visão principiológica do direito, acabam ensejando a edição de leis para resolvê-las, quase sempre com resultados bem piores. Veja-se o exemplo do instituto da renúncia, que no Brasil acabou virando sinônimo de impunidade. O que fazer diante de um político que renuncia com o propósito de evadir-se da condenação em um processo de cassação? Ora, o processo não pode ser extinto, se já iniciado, ou deixar de ser instaurado, se ainda não tiver principiado, sob pena de violação de um princípio jurídico da maior relevância, segundo o qual ninguém pode valer-se da própria torpeza em benefício próprio. Em vez de se acolher essa orientação interpretativa, bem mais condizente com o sentimento de justiça de qualquer cidadão, prefere-se alterar a Constituição, nela fazendo constar um dispositivo de clareza meridiana, segundo o qual o político não pode renunciar se for instaurado processo contra ele. Como consequência, tem-se um festival de renúncias diante de denúncias de corrupção, as quais se verificam antes de iniciado o respectivo processo de cassação. Trata-se de uma interpretação míope, que privilegia a literalidade da norma em detrimento do espírito que a anima.

Então é necessária uma legislação de base principiológica com normas abertas, diretivas, até porque o princípio jurídico é vocacionado a adaptar-se com mais facilidade às constantes e inevitáveis mudanças sociais. A vã tentativa do legislador de abarcar toda a realidade com a sucessiva edição de regras jurídicas assemelha-se à tentativa de nos aproximarmos da linha do horizonte dando sempre um passo adiante.

4 – O devido processo legislativo como condição de legitimidade das leis

É preciso que haja boas leis, um arcabouço legislativo de boa qualidade, normas jurídicas que efetivamente busquem salvaguardar finalidades públicas. Se a lei objetiva regular a conduta humana, e se nós pensarmos que o ser humano age orientado a fins, que na verdade refletem valores a serem perseguidos, como determinar os valores que devem receber a proteção jurídica do Estado, a tutela jurídica do Estado? Naturalmente esse objetivo deve ser alcançado por meio do mais amplo debate público, de modo que todas as correntes político-ideológicas possam manifestar-se de maneira igualitária e pluralista. De fato, toda decisão legislativa é de cunho axiológico, finalístico. Uma proposição legislativa, na medida em que prescreve uma conduta, não se sujeita a um juízo de falso ou verdadeiro, mas sim a um juízo de plausibilidade, de razoabilidade, que deve resultar de um procedimento discursivo racionalmente estruturado. Daí a necessidade de um processo legislativo formal.

Nesse passo, nós podemos identificar um novo paradoxo: costumamos dar grande importância à lei e menosprezar o processo de sua formação. Trata-se de um grande paradoxo, pois todo o prestígio de que goza a lei no sistema de fontes do direito decorre precisamente do fato de que a lei deve resultar de um procedimento idealmente concebido para que haja a maior discussão pública possível a respeito da matéria legislada. No entanto, pouca atenção é dispensada ao processo legislativo.

Logicamente que o órgão que fará emanar a lei deve revestir-se de legitimidade popular para empreender essas escolhas valorativas, ou seja, para escolher os valores que a sociedade reputa mais importantes e, por isso mesmo, merecedores de proteção jurídica. Daí a necessidade de um processo legislativo formal, de uma via democrática, discursiva, dialética. Dessa perspectiva, é possível ver a importância da exigência constitucional de lei para que alguém seja privado de seus bens ou de sua liberdade. Infelizmente, nossa prática política tem demonstrado que o

processo legislativo, não raro, tem sido uma mera formalidade, a ser diligentemente providenciada à custa de mensalões e outras práticas nada abonadoras...

Neste ponto da exposição, deve-se chamar a atenção para uma distinção importantíssima entre igualdade *perante* a lei e igualdade *na* lei. Há uma máxima segundo a qual todos são iguais perante a lei. Isso significa, obviamente, que a lei deve ser aplicada igualmente a todos. Mas, além dessa igualdade de todos *perante a lei*, não podemos esquecer da igualdade de todos *na lei*. Com essa última expressão, quer-se dizer que a lei, nas suas disposições, não pode incorrer em discriminações injustificadas. É importante ressaltar que é próprio da lei discriminar. Porém, ao selecionar determinadas hipóteses situacionais às quais ela liga determinadas consequências jurídicas, é preciso proceder com isonomia, de modo a não tratar diferentemente situações que, na essência, se equivalem. Daí a necessidade de que os destinatários da norma possam sentir-se seus autores, participando de sua formação.

Foi dito anteriormente que as características lógico-semânticas da lei (generalidade, imperatividade, abstração) são relevantes, mas é preciso dizer que não são suficientes para assegurar uma legislação justa. Essa é a razão pela qual, no Brasil, não há a possibilidade jurídica de um regulamento criar ou extinguir direitos de forma autônoma. Embora tenha as características da generalidade, da imperatividade e da abstração, um regulamento depende de uma lei que lhe dê respaldo jurídico. E essa preeminência da lei decorre do fato de ela resultar de um procedimento de discussão pública, diversamente do que ocorre com o regulamento.

Celso Antônio Bandeira de Mello[3] ressalta as vantagens da lei em face de um ato normativo infralegal: maior confiabilidade, maior controlabilidade, maior publicidade e maior qualidade normativa, entre outras. É bem verdade que essa participação na formação das leis se dá entre os representantes do povo, integrantes das diversas correntes político-partidárias. Portanto,

3 BANDEIRA DE MELLO, 1995.

o direito não pode fundar-se apenas no seu caráter impositivo, funcional. Há que se ter a aceitabilidade racional das decisões legislativas, o que é possível pela via democrática, discursiva, dialética. A lei deve ostentar uma pretensão de correção, para usarmos uma expressão de Robert Alexy.[4] Muitas leis que não "pegam" são um reflexo dessa ausência de pretensão de correção, de aceitabilidade racional de suas disposições. Disso decorre a ausência de internalização do conteúdo da lei por parte da sociedade, que é a sua principal destinatária. Não faltam exemplos de leis desprovidas de razoabilidade, de legitimidade. Isso só faz demonstrar que o Legislativo tanto pode apresentar-se como uma instância de construção de cidadania, como pode degenerar-se em um espaço de exclusão de cidadania, espaço que se deixa privatizar, atendendo a interesses de poucos e distanciando-se do interesse público. Cite-se o exemplo da Lei n° 1.996, de 2000[5], que dispõe sobre a anistia de multas aplicadas pela Justiça Eleitoral em 1996 e 1998. É o típico caso de legislação em causa própria. Na campanha eleitoral, os políticos abusam da prática de transgressões à legislação eleitoral. Uma vez chamados a responder judicialmente por isso, aprovam uma lei que lhes concede anistia. Projetos desse tipo costumam ser aprovados em tempo recorde.

No estado do Amazonas, houve uma lei que concedia adicional de 1/3 de férias para servidores aposentados! Era uma lei de uma imoralidade aberrante, que teve sua inconstitucionalidade declarada por motivos óbvios. Mas, se temos esses contraexemplos, por outro lado temos leis, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, que resultou de amplo debate público, com a realização de seminários com os segmentos da sociedade civil interessados na matéria, com audiências com especialistas; temos o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente. A própria Constituição Federal

4 ALEXY, 2001.

5 Tal lei chegou a ter sua eficácia suspensa em razão de liminar expedida pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.306, ajuizada pela OAB, porém, no julgamento de mérito, infelizmente, por maioria de votos, a referida ação foi julgada improcedente, restaurando-se a eficácia da lei.

e também a Carta Estadual refletiram um momento de intensa mobilização da sociedade para a elaboração dos textos constitucionais. Temos também, no plano estadual, a lei de incentivo à cultura, o código de águas, a lei de elaboração e consolidação legislativas. Durante a tramitação desta lei, houve um seminário de altíssimo nível na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, com a presença de renomados juristas, de modo a subsidiar a elaboração legislativa.

Diante desses exemplos e contraexemplos é possível ver com nitidez a distinção conceitual, empreendida pelo eminente jurista português Canotilho[6], entre representação e representatividade. Representação nada mais é do que um esquema de seleção fundamentalmente baseado na eleição dos governantes, indispensável para a institucionalização do exercício do poder político. Já a representatividade traduz a efetiva ou real correspondência entre a composição de um órgão representativo e os indivíduos ou grupos sociais dos quais ele é expressão. Obviamente, uma situação ideal deveria expressar a correspondência semântica desses conceitos.

Uma outra observação pertinente é que esses exemplos e contraexemplos bem demonstram que a lei tanto pode exprimir uma grande força emancipatória, em sintonia com a justiça, como pode, ao contrário, expressar uma força opressora, contrária aos princípios e valores contidos na ordem jurídico-constitucional, o que torna ainda mais evidente a importância do controle de constitucionalidade das leis.

5 – A insuficiência de um bom arcabouço legislativo: da elaboração das leis à sua efetiva aplicação

A esta altura da exposição, podemos afirmar que é necessária a existência de leis, mas não de excesso de leis. É necessária uma boa qualidade normativa. Mas também só isso evidentemente não basta. As leis têm que ser cumpridas. Nós acabamos de citar

6 CANOTILHO, 1998.

boas leis em nosso ordenamento jurídico, inclusive a Constituição Federal, que, do ponto de vista formal, é considerada bem avançada. Mas essas normas devem ser cumpridas, ou melhor, bem cumpridas. O ministro Carlos Ayres de Britto, no IV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, utilizou uma imagem bastante expressiva da ideia de que é preciso implementar os direitos consignados nos textos normativos, de modo a eliminar a distância abissal que vai da criação da lei à sua implementação. Segundo ele, nós temos **vigência** normativa, falta-nos **vivência** normativa.

Quando se fala em aplicação do direito, ganha relevo o Poder Judiciário. Toda lei se dá a conhecer por textos, os quais devem ser interpretados e aplicados. É imprescindível, pois, a mediação do intérprete, do aplicador do direito. Recaséns Siches[7] já dizia que o direito não se esgota na obra do legislador, que empreende uma valoração abstrata, mas deve ser complementada pela obra do aplicador, que empreende uma valoração concreta. Norma alguma se autoaplica. É óbvio que o redator da lei deve esmerar-se na elaboração do texto, sempre buscando torná-lo o mais claro possível. Porém, há um limite intransponível: a linguagem não se deixa aprisionar, ela é sempre fugidia. Assim, uma disposição jurídica deve ser vista como um ponto de partida aberto a inúmeras possibilidades interpretativas. É o aplicador da norma que, em última instância, determina o seu sentido, estabilizando expectativas de comportamento.

Portanto, por mais diligente que tenha sido o legislador, sempre remanescerá no texto normativo uma inafastável indeterminação semântica, a desafiar a atividade interpretativa do aplicador da norma. Nesse ponto, é importante ressaltar que o texto normativo funciona como um "link" para um hipertexto, representado pela realidade mesma, a que o texto normativo se conecta. Há, pois, uma distinção que deve ser feita entre texto normativo e norma. O texto é o ponto de partida, a norma é o ponto de chegada. Para se passar do ponto de partida, ou seja, do texto, para o ponto de chegada, a norma, deve-se analisar todo o complexo

7 SICHES, 1980.

contextual de que se compõe o direito, que engloba o conjunto de valores dominantes em um dado momento histórico-social, a pragmática social ou a gramática de práticas sociais, a situação de aplicação, com todas as suas particularidades. O signo linguístico, por si só, é pouco.

Assim, a norma resulta da interação entre texto e contexto. Müller, citado por Paulo Bonavides[8], lança mão de uma imagem bastante feliz para expressar essa ideia. Segundo ele, o texto normativo é tão-somente a ponta do *iceberg* normativo.

Um significativo exemplo do relevo da mediação interpretativa pode ser colhido na Constituição norte-americana, que tem mais de duzentos anos e que passou por diversas mutações constitucionais, ou seja, mudanças do sentido das normas jurídicas, sem que houvesse qualquer alteração redacional, formal. Tome-se o exemplo dos negros em face da cláusula constitucional que assegura a igualdade, a isonomia entre os indivíduos. Nos primórdios do constitucionalismo norte-americano, os negros eram considerados escravos e, como tal, não eram sujeitos de direitos. Posteriormente, a Suprema Corte passou a acolher a tese da igualdade de direitos entre negros e brancos, ressalvando, porém, a segregação: iguais, mas separados (equal, but separated). Transporte coletivo idêntico, porém um reservado aos brancos, outro aos negros. Banheiros públicos idênticos, mas aqueles reservados aos brancos, estes aos negros. Num momento seguinte, a evolução jurisprudencial afastou a segregação, a discriminação. Recentemente, a Suprema Corte passou a examinar a chamada discriminação positiva, ou ação afirmativa, que consiste justamente em conceder um tratamento privilegiado aos negros como forma de compensação diante das desigualdades efetivas que há entre eles e os brancos, daí a política de reserva de cotas para negros em universidades, por exemplo.

Note-se que o dispositivo constitucional relativo à igualdade, subjacente a todas essas interpretações, não sofreu nenhuma

8 BONAVIDES, 2003, p. 505.

alteração formal, porém ensejou sentidos diferenciados em cada contexto histórico-social. Isso ocorre, em grande medida, em função da tessitura principiológica do ordenamento jurídico. Os princípios jurídicos encerram valores, e a concepção acerca de valores altera-se ao longo dos tempos. Daí essa grande força expansiva dos princípios, que têm grande capacidade de adaptação às inevitáveis mudanças sociais.

Outro exemplo interessante, trabalhado por Perelman[9], pode ser colhido na jurisprudência belga, relativamente ao caso de uma mulher que havia se doutorado em direito, mas que teve negada sua inscrição na Ordem dos Advogados. Na época, tal instituição não contava nenhuma mulher em seus quadros. A pretendente alegava a inexistência de qualquer dispositivo jurídico que lhe negasse o direito à inscrição e invocava, ainda, sua capacitação técnica para o exercício da advocacia, decorrente de sua condição de doutora em direito. A Corte de Cassação argumentou que a ausência de qualquer dispositivo legal que vedasse o ingresso de mulheres se devia ao fato de que se tratava de tamanha obviedade que dispensava inclusive a proibição expressa. Seria como que um silêncio eloquente. É evidente que, passados vários anos, o "silêncio eloquente" passou a indicar o sentido diametralmente oposto. De há muito que as mulheres encontraram reconhecimento social e espaço para ascenderem na sociedade, de modo que a Corte de Cassação teve que rever o seu posicionamento original. Esse exemplo belga é bastante elucidativo da importância do silêncio como signo essencial da linguagem, como fator atributivo de sentido em face de problemas hermenêuticos. É a pragmática social como atributiva de sentido aos signos linguísticos.

Vejamos outro exemplo: a lei pune comportamentos atentatórios à moral e aos bons costumes. Evidentemente, para aferir se uma dada conduta é ofensiva à moral e aos bons costumes, deve-se ter em vista a pauta de valores dominantes na sociedade, deve-se avaliar o conceito que se tem de moral segundo as condicionalidades histórico-sociais de cada época. Numa avalia-

9 PERELMAN, 1996.

ção como essa, seguramente os nossos avós seriam bem mais rigorosos do que nós, no que respeita aos parâmetros morais.

Assim, é imperativo que se combata a chamada interpretação retrospectiva, expressão utilizada por Luís Roberto Barroso que expressa a atitude de ver o novo com os olhos do passado. Exemplo disso foi a interpretação dada pelo STF ao instituto do mandado de injunção, que foi concebido para viabilizar o exercício de direitos constitucionais que dependem de regulamentação normativa que nunca vem. Segundo a melhor doutrina e mesmo a regra elementar do bom-senso, diante de um mandado de injunção com vistas ao exercício de um direito constitucional obstado por ausência de regulamentação, o juiz deveria prover a regulamentação faltante para aquele caso concreto, de modo a possibilitar o exercício do direito em questão. Em um primeiro momento, porém, não foi esse o entendimento do Supremo, que praticamente desnaturou o instituto ao decidir que, nesses casos, fosse notificada a autoridade faltante do dever de regulamentar a matéria para que providenciasse a regulamentação. Bastou uma interpretação retrógrada para a neutralização de um instituto que tinha um grande potencial dinamizador do direito constitucional. Todavia, posteriormente o STF se viu na contingência de rever esse entendimento e se inclinou em favor da posição concretista, o que ocorreu por ocasião do julgamento do Mandado de Injunção nº 712, relativo ao direito de greve dos servidores públicos. De fato, em face da greve dos controladores de voo, o STF decidiu que, ante a ausência de norma regulamentadora, seriam aplicáveis, na espécie, as normas da Lei Federal nº 7.783/89, que disciplinam o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, naquilo que coubesse, enquanto não sobreviesse a norma faltante.

Uma outra crítica que pode ser feita aos aplicadores do direito é que muitas vezes eles se prendem de modo excessivo à literalidade do texto na tarefa interpretativa. Perde-se de vista o fato de que o legislador, ao elaborar a lei, procede a partir de um juízo generalizante, que é totalmente insuficiente para abarcar toda a riqueza de possibilidades situacionais que a realidade oferece. Por mais previdente que seja o legislador, é absolutamente impossível que ele possa antever todos os fatos suscetíveis de ocorrer na realidade. Daí a necessidade de amoldar, de adaptar a letra da lei ao espírito que a anima, adequando a lei à realidade, a partir de interpretações restritivas ou extensivas do texto normativo em atenção às singularidades e especificidades do caso concreto. Mesmo disposições jurídicas aparentemente simples podem ensejar problemas hermenêuticos quando de sua aplicação a determinadas hipóteses, as quais impõem que se ultrapasse a literalidade da norma. Vamos a um exemplo clássico: na entrada de uma estação de trem existe uma placa proibitiva da entrada de cães. Seria o caso de barrar um cego que se fizesse acompanhar de seu cão-guia? É evidente que não. Tomemos um outro exemplo, fornecido por Perelman[10]: em um parque público, é vedada a entrada de veículos motorizados. Mas seria o caso de se proibir a entrada de uma ambulância para prestar socorro a uma pessoa que sofreu um ataque cardíaco e necessita de atendimento urgente?

O STF teve ocasião de julgar um caso em que uma mãe adotiva teve negado o pedido de licença-gestante. O Supremo decidiu pela negativa do benefício por considerar necessário o fenômeno biológico da gestação, o que poderia ser deduzido da própria literalidade do benefício: licença-gestante. Ora, quem vê somente a literalidade do texto muitas vezes não vê a norma. A licença-gestação, antes de tratar-se de um direito da mãe, é um direito fundamental da criança, que, na mais tenra idade, necessita dos cuidados da mãe. É esse o fim social da norma: evitar que, premida pela necessidade de trabalhar, a mãe deixe de dedicar ao filho a atenção e o cuidado de que ele necessita. Pouco importa se se trata de filho natural ou adotivo. Aliás, a própria Constituição veda qualquer designação discriminatória relativa à filiação, garantindo aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, os mesmos direitos e qualificações (art. 227, § 6°). Vejam aqui que um direito consignado na lei pode não cumprir a sua função social em razão de uma interpretação distorcida.

Estes exemplos bem demonstram que quem só vê a literalidade do texto não vê a norma. Já o apóstolo São Paulo dizia que "a letra mata, o espírito vivifica".

10 PERELMAN, 1996.

Outro mal que aflige parcela de nossa magistratura é o excessivo apego ao formalismo. Nesse ponto, podemos identificar mais um paradoxo. Figure-se o exemplo da legislação processual, que foi concebida para viabilizar o acesso à justiça, para viabilizar o direito, mas que, em muitas situações, em decorrência do manejo equivocado dessa legislação, tem-se transformado em óbice ao acesso à justiça. De fato, grande parte dos feitos judiciais são extintos com base em questões processuais, sem que o juiz chegue a enfrentar a questão do mérito da demanda. Ora, a forma não pode tornar-se um fim em si mesma. Forma não é fôrma, como pensam erroneamente alguns (pseudo) operadores do direito. Portanto, deve-se repelir o culto da forma pela forma. Na verdade, forma e matéria estão imbricados, estão numa relação de complementaridade. A forma existe para viabilizar o conteúdo. Não se pode superdimensionar a forma em detrimento do conteúdo nem vice-versa. Conforme afirma Eros Grau, em prefácio a Juarez Freitas[11] e com apoio em Elígio Resta, deve haver um equilíbrio nessa relação, que na verdade expressa a ambiguidade do fármaco: rompido o equilíbrio necessário, o remédio se transforma em veneno.

Vejamos outro problema que compromete a boa aplicação das leis: o dogmatismo excessivo, que decorre de uma crença exacerbada na razão, a revelar a pretensão a uma racionalidade absoluta. Muitas vezes questões judiciais complexas, que envolvem um conflito relevante de direitos, são decididas com base em formulações conceituais que, no plano da mera construção abstrata, no plano lógico, fazem todo o sentido, mas, na prática, podem demonstrar inadequação. Na verdade, as formulações conceituais são incapazes de abranger toda a realidade, elas sempre deixam restos sobrando. Segundo Arthur Kaufmann, citado por Karl Larenz[12], uma conceituação sem resíduos é inatingível. Muito mais do que um componente lógico, o direito possui um componente axiológico, estimativo, finalístico. Para uma decisão judicial, há que se considerar um conjunto de fatores

11 FREITAS, 2002, p. 15.

12 LARENZ, 1997, p. 187.

que devem ter um peso bem maior do que uma mera formulação conceitual, uma máxima jurídica, um dogma jurídico. Vamos a um exemplo: no direito, há um princípio segundo o qual o acessório segue o principal. Pois bem. Voltando à questão da renúncia, quando o ex-Presidente Collor renunciou, a alegação de seu advogado era de que, com a renúncia, a pena principal do impeachment (a destituição do cargo) deixava de existir e, com isso, o mesmo haveria de ocorrer com a pena de suspensão dos direitos políticos, pena acessória, já que o acessório segue o principal. Esse é um exemplo claro de que o apego a uma visão estritamente lógico-dedutiva pode conduzir a situações que repugnam a consciência jurídica das pessoas e agridem o seu sentimento de justiça.

Muitas vezes, para a atribuição de sentido ao texto normativo diante de um caso concreto, lança-se mão de máximas, como: "a lei não contém palavras inúteis", ou "é vedada a utilização de termos sinônimos", "a mesma ideia deve ser expressa com a mesma palavra".

Ora, é evidente que o redator de leis deve procurar orientar-se por essas máximas. Mas, para o aplicador da norma, essas máximas não devem ser sobrevalorizadas, sob pena de deturpação de sentido, de injustiças evidentes, em face de outros fatores hermenêuticos que mereceriam um peso bem maior na tarefa interpretativa e que poderiam conduzir a uma decisão mais consentânea com a justiça e menos presa a abstrações.

Deve-se, pois, combater essa aura de perfectibilidade que muitos veem em torno do legislador, como se ele fosse infalível no momento de elaborar abstratamente a norma. A realidade é bem diferente.

Neste ponto da exposição, deve-se ressaltar que o aplicador da norma deve aliar o sentimento à racionalidade. O apego irrestrito à fria letra da lei pode levar, como vimos, a grandes injustiças, precisamente pelo fato de que a lei é uma abstração que precisa adequar-se à realidade. É por isso que a justiça tem um viés generalizante, mas tem também um viés individualizante,

tendo em vista as especificidades e singularidades de um caso concreto. E esse viés individualizante é detectado por aqueles que aliam o sentimento à racionalidade. Aliás, foi essa ideia o fio condutor da brilhante exposição do Ministro Carlos Ayres de Britto no IV Congresso Brasileiro de Direito Administrativo: ele enfatizava a necessidade de incorporar sentimento à aridez racionalizante do discurso jurídico. Diga-se de passagem, a ideia era mais do que oportuna para o momento, pois aquele congresso foi realizado em tributo à memória do grande jurista Paulo Neves de Carvalho, que sabia como poucos conjugar o sentimento e a racionalidade para manejar adequadamente o direito, sempre tendo em conta a preciosa lição de Miguel Reale[13] de que "o direito existe para a vida, e não a vida para o direito".

6 – A Defensoria Pública como condição de possibilidade para o exercício dos direitos dos mais necessitados

Nós já dissemos que são necessárias leis, não o excesso de leis. Deve-se ter leis de boa qualidade. Deve-se ter uma boa aplicação da lei, sobretudo pelo Judiciário. Mas não podemos nos esquecer de que, via de regra, o Judiciário age por provocação. Assim, diante da violação de um direito, deve-se recorrer ao Judiciário para que este recomponha o estado de juridicidade então rompido. Considerando que a ordem jurídica foi concebida para amparar todos os indivíduos, sem distinção, não se pode negar a importância da Defensoria Pública, que presta assistência judiciária gratuita aos necessitados. Vê-se, portanto, mais uma instituição que emerge dessa complexa rede institucional que condiciona o cumprimento do papel social que toca à legislação. Faz-se necessária uma Defensoria Pública fortalecida, autônoma, com ótimos quadros técnicos.

O reconhecimento da importância da Defensoria Pública deve, pois, traduzir-se em garantia de infraestrutura adequada e de remuneração condizente com a importância de seus profissionais, de modo a evitar uma situação de assimetria técnica nos processos judiciais, contrapondo, de um lado, aqueles que podem arcar com caros honorários advocatícios (o que aumenta as possibilidades de êxito na causa) e, de outro, aqueles que devem recorrer ao advogado público mal remunerado, com precária infraestrutura para sua atuação profissional. É isso que se quer evitar.

13 REALE, 1996.

Ainda a propósito dessa questão do acesso ao Judiciário, não poderíamos deixar de apontar mais um paradoxo engendrado por nossos legisladores, qual seja a promulgação de leis que estabelecem valores elevadíssimos para as custas e emolumentos judiciais, o que praticamente inviabilizava o exercício do direito constitucional de acesso ao Judiciário. Felizmente, o STF tem declarado inconstitucionais tais medidas legislativas.

7 – O Ministério Público e os direitos transindividuais

Existem direitos que não são suscetíveis de titularização individual: são os chamados direitos difusos, de natureza transindividual, que não têm um sujeito determinado, mas vários sujeitos indeterminados, como, por exemplo, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável, o direito à preservação do patrimônio histórico e artístico. São direitos que, uma vez violados, acarretam danos não a um indivíduo especificamente considerado, senão à coletividade como um todo. A efetiva implementação das leis que consignam tais direitos encontra-se intimamente ligada à atuação do Ministério Público, que é o órgão que detém a prerrogativa constitucional de propor ação civil pública em defesa de tais direitos. É importante lembrar também que o Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral da República, detém legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade. É evidente, pois, a relevância dessa instituição para o assunto de que estamos a tratar, concernente aos limites e às potencialidades da lei, que será tanto mais efetiva quanto mais atuante e operante for o Ministério Público.

8 – A função fiscalizadora e a efetividade da legislação

Numa abordagem sobre as potencialidades da legislação, não poderíamos deixar de aludir à importância de mecanismos de controle, de fiscalização institucional. E nesse ponto ganha relevo o próprio Poder Legislativo, que tem como missão constitucional empreender a função fiscalizadora do Poder Executivo. Também ganha importância, nesse enfoque, o Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Legislativo no controle do Executivo.

Assim, de nada adianta uma excelente legislação sobre licitação, se não há mecanismos eficientes de controle que assegurem uma boa aplicação dessa legislação. Aquilo que originariamente fora feito para assegurar, de um lado, a isonomia entre os particulares que queiram contratar com a administração e, de outro, a melhor proposta de contratação para o poder público acaba gerando, na prática, direcionamento do processo licitatório e superfaturamento.

A tarefa fiscalizadora repercute de modo significativo no âmbito dos chamados direitos sociais, que são os mais afetados pela corrupção sistêmica, pois a implementação de tais direitos passa necessariamente pela existência de condições materiais, as quais tendem a escassear diante da corrupção desenfreada. A efetivação dos direitos sociais fica sempre condicionada pela chamada teoria do "possível orçamentário".

Nem é preciso dizer que, no Brasil, os mecanismos de controle institucional funcionam de modo precário. Basta observar que grandes escândalos que surgem no País vêm a público, muitas vezes, não porque tenham funcionado os mecanismos institucionais de controle, mas por razões totalmente diversas e contingentes, motivadas, muitas vezes, pelo trabalho da imprensa investigativa, a colher elementos de convicção surpreendentes, como o inusitado depoimento de um motorista, ou de uma secretária, ou de um caseiro, ou mesmo de um político enredado em atos de corrupção sistêmica, como no malsinado episódio de venda de votos congressuais, conhecido como "mensalão".

Quanto ao Tribunal de Contas, outro órgão encarregado da função fiscalizadora, é preciso dizer que ele deveria ser eminentemente técnico, mantendo o necessário distanciamento das paixões políticas, que comumente rendem ensejo a conchavos e articulações contrários ao interesse público. Neste ponto, é importante dizer que a legitimidade que respalda a função fiscalizadora difere daquela que sustenta a ação política.

Na verdade, muitos políticos flagrados em atos de corrupção invocam em sua defesa a aprovação de suas contas pelo Tribunal de Contas. Trata-se, muitas vezes, de um controle meramente formal, e não substancial, de fundo, em face das indevidas injunções políticas. Ainda sobre o Tribunal de Contas, é importante trazer à reflexão a proposta do eminente publicista argentino Prof. Roberto Dromi, que sugere a realização de parcerias entre universidades e o Tribunal de Contas, para que haja assistência técnica àquele órgão fiscalizador. Essa medida conduziria a um maior compromisso dos professores com a vida pública, promovendo um maior engajamento social da classe docente.

9 – A relevância da sociedade civil no processo de produção e reprodução do direito

Evidentemente, não poderíamos deixar de analisar a importância da sociedade civil, sobretudo no contexto do Estado Democrático de Direito, cujo grande ganho institucional foi precisamente uma intensificação da participação popular no processo político, contrariamente ao que ocorria nos paradigmas de Estado anteriores. De fato, o cidadão não pode mais ser visto como um mero recebedor passivo de provimentos civilizatórios, mas, ao contrário, deve fazer-se influente no processo de tomada de decisão. Trata-se do caráter dinâmico, e não estático, da cidadania, fazendo expandir os espaços públicos informais de geração da vontade e da opinião pública, constituindo como que uma rede periférica que deve conectar-se aos centros institucionalizados da política, como o parlamento, por exemplo, com vistas a determinar o conteúdo da agenda política. Da interação entre essa esfera pú-

blica culturalmente mobilizada, para usarmos uma expressão de Habermas[14], e as instâncias institucionalizadas de poder devem derivar deliberações políticas revestidas de maior legitimidade.

Essa participação é importante não só no processo de produção das leis, mas também no processo de sua implementação. Cite-se, por exemplo, a relevância do disque-denúncia para a elucidação de ilícitos penais, contribuindo para a efetivação da legislação penal.

Temos, ainda, o exemplo das associações de donas de casa, com intensa atuação nos Procons, com vistas à defesa dos direitos dos consumidores, e as organizações não governamentais voltadas para a defesa do meio ambiente, que contribuem para a implementação da legislação ambiental.

10 – Conclusão

O direito, nas suas múltiplas manifestações, como a lei, a sentença judicial, a doutrina, se dá a conhecer mediante textos escritos, mediante a palavra. E a palavra, nós bem sabemos, mantém uma relação ambígua com o sentido, pois, ao mesmo tempo em que ela pode revelar, ela pode também ocultar, esconder, dissimular. Daí se conclui que o direito tanto pode ser empregado como um instrumento de transformação social, de emancipação, voltado, pois, para a realização da justiça, como pode também ser utilizado como instrumento de opressão, de manutenção e reprodução de desigualdades, de manutenção do *status quo*. Tudo vai depender, para além da qualidade técnica das nossas leis, do funcionamento dessa intrincada rede de que se compõe o sistema jurídico, da solidez ou da fragilidade de nossas instituições, da pauta de valores da sociedade, das práticas sociais, que são atributivas de sentido aos signos jurídicos. O texto jurídico, na verdade, opera como um *link* para o hipertexto constituído do mundo da vida, com a tábua

14 HABERMAS, 1997.

de valores sociais, a pragmática social, as coordenadas de tempo e de espaço e as singularidades e especificidades da situação de aplicação da norma.

Dito isso, caberia indagar: será que o uso abusivo de medidas provisórias entre nós é fruto de uma má redação do texto constitucional, ao referir-se aos requisitos de relevância e urgência? Será que o fato de a renúncia, no Brasil, ter-se transformado em sinônimo de impunidade de políticos que se veem na iminência da cassação resulta da má qualidade de nossa legislação? Será que o mandado de injunção, instrumento processual que surgiu como alternativa para viabilizar direitos constitucionais dependentes de regulamentação que nunca vem, chegou a se transformar em algo praticamente inútil em virtude de uma redação deficiente do texto constitucional que o instituiu? Se o STF prontamente declarasse inconstitucional a primeira medida provisória que contraditasse os requisitos de relevância e urgência, teríamos tido a disseminação dessa prática distorcida em nosso meio? Se políticos à beira da cassação, ao renunciarem ao mandato, ainda assim fossem condenados e considerados inelegíveis, teríamos o festival de renúncias que escandalizam a sociedade brasileira? Com a agravante de que, mais tarde, tais políticos, valendo-se das mazelas e das falhas de nosso processo eleitoral, bem como do poderio econômico, retornam à cena política, quase que a escarnecer da sociedade. Se o primeiro mandado de injunção a desaguar no STF tivesse tido uma interpretação adequada, não teríamos à nossa disposição um eficiente instrumento de efetivação da Constituição?

A propósito de tudo isso, é bastante positiva a decisão histórica do STF relativa ao processo do "mensalão", que rompe com uma tradição de impunidade no que toca aos chamados crimes de colarinho branco e acolhe o entendimento que dispensa a existência de provas cabais ante um forte conjunto de indícios, os quais, inobstante a ausência de provas definitivas, conduzem, no seu conjunto, à formação do convencimento do julgador. Até porque, à medida que se ascende na hierarquia da cadeia criminosa, torna-se mais difícil a obtenção dessas provas, que alcançam mais facilmente os laranjas, os peixes pequenos.

O fato é que esforços devem ser feitos para evitar que haja essa impunidade seletiva, que por tanto tempo perdurou em nossa prática jurisprudencial. Todavia, há que se ter o devido cuidado para que não se vá ao extremo oposto, resvalando-se para a sede de justiçamento, que pode induzir a decisões violadoras dos direitos e garantias fundamentais, em especial, o princípio da presunção da inocência e o direito à ampla defesa. Fosse outra a decisão, na Ação Penal 470, será que a sociedade brasileira dormiria tranquila, diante de um salvo-conduto expedido pelo STF para a prática de condutas ilícitas?

A reflexão acerca dessas indagações reforça a premissa de que o direito tanto pode operar como um instrumento de transformação social e de realização de justiça, como pode, ao contrário, degenerar-se em um instrumento de opressão, de dominação, o que nos coloca diante da necessidade indeclinável de um esforço permanente voltado para o aprimoramento e o fortalecimento de nossas instituições, único caminho possível para a consolidação de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

11 – Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica.** Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo.** 7ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2ª ed., 4. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

BARROSO, Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito.** São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichter. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I.** Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** Trad. Maria Ermantina Galvão Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito.** 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SICHES, Lis Recaséns. **Nueva filosofía de la interpretación del derecho.** 3ª ed. México; Porrúa, 1980.