

# A inutilidade das leis (em demasia)

João Gaspar Rodrigues

O autor é Promotor de Justiça em Tabatinga e autor dos livros: *O Ministério Público e um novo modelo de Estado* e *Tóxicos: abordagem crítica da Lei n.º 6.368/76*.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – A edição exagerada de leis no Brasil e seus efeitos; 3 – Pragmatismo legislativo; 4 – Falta de uma política legislativa; 5 – A qualidade dos aplicadores das normas jurídicas; 6 – A permanência da crise jurídica apesar do excesso de leis: conclusão.

## 1 – Introdução

A todo propósito o Estado cria novas leis, numa velocidade e quantidade assombrosas. O Brasil tem aproximadamente um milhão de leis em vigor. Esse paternalismo legislativo afoga a iniciativa da sociedade civil em lamber suas próprias feridas e resolver os conflitos que surgem, além de malferir o princípio da segurança jurídica (que se constitui na primeira vítima da histeria legislativa). Como falar de segurança jurídica num universo de um milhão de decretos? Ela simplesmente dissipa-se nessa infinitude.

A lei fornece grandes possibilidades de intervenção deliberada nos arranjos sociais e é responsável por nossos destinos, na medida em que as condições sob as quais vivemos estão sujeitas à avaliação moral e são suscetíveis de controle por meio da ação legal. A lei apresenta um impacto direto e indireto sobre nossas vidas. A iniciativa legislativa, portanto, funciona como um mecanismo de desmobilização social, constituindo-se em mais uma estratégia da inteligência funcional do Estado, em seu “desejo” de tornar-se indispensável, quando, em princípio não o é, pelo menos nos moldes hipertrofiados vigentes. O bem-estar social é mais seguramente bem servido quando se garante que certos interesses restem imunes à intervenção legislativa, e sejam servidos pelo sistema como um todo. Apesar de importante, a lei é apenas uma entre várias instituições básicas de controle social, exercendo

um papel limitado e complementar. O fim legal deveria ser o de assegurar um patamar mínimo de segurança pessoal para o desenvolvimento espontâneo das relações jurídicas e de cooperação social. E nesse sentido, deveria ser limitada por certos princípios, tais como o da autonomia pessoal, o qual estabelece direção geral para a legislação. É necessário, portanto, um sistema que estabeleça limites na intervenção legal e promova efetiva e ampla participação geral. E isso só se logrará restringindo a atuação do Estado onipotente e sua portentosa máquina legislativa.

O Estado e o governo que tentam impor comportamentos e padrões morais são opressores. O melhor governo é o que governa menos, que legisla menos, que julga menos.

A mistificação da lei revela uma letargia do espírito, em função da lei refletir de forma imperfeita a realidade humana e social. O endeusamento dos códigos e compilações legislativas tem servido ao longo da história para justificar muitas iniquidades, desatinos políticos e opressões. A lei em seu aspecto lógico-formal sem uma incidência valorativa será funcional instrumento de dominação.

Outra interface da caudalosa produção legislativa estatal atém-se à corrupção. Quanto mais leis, mais meios interpretativos, mais *brechas* aparecerão no tecido normativo estatal (não é sem propósito que a lei utiliza expressões polissêmicas que admitem as mais variadas interpretações), facilitando a impunidade e por conseqüência, estimulando os corruptos de plantão. *Fatta la legge, pensata la malizia* (ou ainda, *fatta la legge, trovato l'ingano*), como dizem os italianos. A grande quantidade de leis é prova de um mau governo e da decadência de uma nação, porque são os maus costumes que colocam os homens na contingência de fazer leis. *Corruptissima in republica plurimae leges*, já dizia Tácito.

A falta de controle e o desenfreado arbítrio é a marca mais saliente que caracteriza o Estado e seus diversos filhotes. Para amainar ou dulcificar criam a nomenclatura *Estado de direito* em que o limite do líbito estatal é o Direito. O Brasil foi mais longe na mania de enfeitar a Fúria e adicionou o adjetivo *democrático*, resultando no aberrante, porém agradável ao ouvido (popular), *Estado democrático de direito* (expressão que sequer tem o timbre da originalidade pois

copiada da Constituição portuguesa de 1976).<sup>1</sup> Pura retórica e manifestação ritualística! O controle jurídico pode até funcionar em muitos ângulos do aparelho estatal, mas no universo, no geral, o Estado sempre impõe a sua vontade, seja contrariando o Direito (que ele mesmo cria), seja compondo os conflitos (através de seus agentes). É um ilogismo falar em Estado de direito, pelo prisma do controle jurídico, pois o Direito é criado e aplicado pelo próprio Estado, como então controlar juridicamente, quando é o próprio controlado que cria as normas jurídicas e as aplica. E não podemos esquecer dos princípios do materialismo dialético que vê no Direito um *aparelho repressivo-ideológico* que expressa a vontade do poder estatal. Indiscutivelmente, o grande instrumento de dominação do Estado é o Direito, através dele, o Estado aparece como legal, é dizer, *Estado de Direito*. O papel do Direito ou das leis, como alhures disse Marilena Chauí, é o de fazer com que a dominação não seja tida como uma violência, mas como legal, e por ser legal e não violenta deve ser aceita. A lei é direito para o dominante e dever para o dominado. Ora, se o Estado e o Direito fossem percebidos nessa sua realidade real, isto é, como instrumentos para o exercício consentido da violência, evidentemente ambos não seriam respeitados, e os dominados se revoltariam. A função da ideologia consiste em impedir essa revolta fazendo com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom. Assim, a ideologia substitui a realidade do Estado pela idéia do Estado – ou seja, a dominação de uma classe é substituída pela idéia de interesse geral encarnado pelo Estado. E substitui a realidade do Direito pela idéia do

1 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, p. 231. Em Portugal, houve uma inversão na locução, em vez de “Estado democrático de direito” (como no Brasil) tem-se “Estado de direito democrático”, como numa síntese entre “Estado de Direito e democracia” (conforme asserto de Jorge Miranda, *Manual...*, cit., II/390). Ao falar numa síntese entre Estado de Direito e Democracia, resultante da expressão, o autor português implicitamente reconhece a existência em separado dos dois elementos: Estado de Direito e Democracia. A forma como foi colocada na Constituição portuguesa me parece correta, por que aí o adjetivo “democrático” não qualifica o Estado tão-só (como aqui no Brasil), antes o “Direito”. E de fato, como já foi dito aqui (reproduzindo lição de Alain Touraine) só se dá a Democracia quando o Direito se deixa permeabilizar por princípios éticos superiores. Assim, é legítimo falar-se em “Direito democrático” (ou “legalidade democrática”, como também aparece na Constituição portuguesa – art. 2.º), e por extensão, em “Estado de direito democrático”, não porém, em “Estado democrático”, pura e simplesmente. É necessário deixar bem clara a diferença entre *Estado*, *Estado de Direito* e *Democracia*.

Direito – ou seja, a dominação de uma classe por meio das leis é substituída pela representação ou idéias dessas leis como legítimas, justas, boas e válidas para todos.

Em tese, o Direito não se confunde com o Estado. No caso brasileiro, entretanto, todo o Direito é legiferado. E quem legisla é o Estado através de seu órgão legislativo. A afirmação de que uma norma para ser jurídica precisa ser criada por uma instituição elaboradora de leis não encontra respaldo na boa técnica, pois exclui do ordenamento jurídico normas criadas pelos costumes, pelos tribunais ou por um ato de fundação política (elaboração constitucional). Não consta que as fontes jurídicas estatais tenham conseguido monopolizar a função criadora do Direito. Há muitas sociedades modernas nas quais os costumes conservam importante lugar e nas quais eles são, juridicamente, de cumprimento obrigatório, embora não tenham sido promulgados pelo Legislativo. A existência de instituições legislativas não é condição indispensável para uma ordem jurídica (concepção do legalismo clássico). Integração, uniformidade e adaptação a circunstâncias em mutação são conseguidas independentemente de uma coordenação legislativa. O direito internacional ilustra o caso. A inexistência de um órgão legislativo não retira a indenidade da ordem jurídica internacional. De acordo com Terry Nardin (*Law, Morality and the Relationis of States*, p. 128) “a existência de instituições legislativas pode ser um aspecto de muitos sistemas jurídicos, mas a diversidade da experiência jurídica da humanidade sugere que não é nem um aspecto decisivo nem uma condição indispensável para uma ordem jurídica. A falta de instituições legislativas na sociedade internacional, portanto, não fornece fundamentos para se duvidar do caráter jurídico ou da real existência de uma associação internacional na base de normas comuns”.

Entre nós viceja a categoria do *positivismo legalista* ou *lógico*<sup>2</sup> em que o ponto de partida são as leis ou normas instituídas por um

---

2 Há três espécies de positivismo jurídico: o positivismo legalista (defende as formações jurídicas legislativas), o positivismo historicista ou sociologista (defende as formações jurídicas pré-legislativas) e o positivismo psicologista (rende preito à intuição individual ou consciência jurídica do intérprete). Todas as formas do positivismo giram num círculo em cujo centro está o ponto de chegada que é a lei e o Estado.

órgão legislativo, dentro de uma estrutura única, plena, hermética e sob a égide do Estado. Os anseios sociais, a dinâmica dos grupos e classes, ou são esquecidos, ou ficam jungidos e limitados, pois em qualquer hipótese predomina a voz e o desejo do Estado. Nesta perspectiva, o Direito não existe antes do Estado e não está acima dele. Serão as normas jurídicas auto-suficientes, esgotando em si a razão de ser? E as relações sociais não têm nenhuma influência sobre o conteúdo do Direito? O anti-humanismo e a auto-suficiência contidos no positivismo jurídico retira-lhe boa parte de aceitabilidade como teoria jurídica, embora não o infirme como esquema de interpretação.

O maior vício do positivismo consiste na rendição do jurista perante o legislador, conjuntural ou não. E do formalismo que lhe é imamente, reside o vício em pedir à lógica mais do que aquilo que ela pode dar. O Direito está acima e para além da lei; há valores não positivados a atender, únicos que lhe podem imprimir razão e permanência; a elaboração científica implica o apuramento de conceitos, mas não se esgota na sua concatenação; o sistema é confrontado com a mediação efetiva do problema; a lógica fornece processos de raciocínio, não fornece soluções.<sup>3</sup>

No Brasil, a doutrina positivista tem sido cruel, impondo a vontade estatal sem barreiras, diante da ineficiência crônica do Judiciário, de sua dependência e do perfil anacrônico de seus agentes. Aqui, prevalece aquele agente que *prefere errar com a lei*. Diante dessa postura não é preciso dizer mais nada sobre o estofo moral de nossos julgadores, a expressão diz tudo: não passam de uma extensão do poder político estatal.

A lei deve representar uma resposta ao anseio da coletividade, o que lhe confere o subjacente interesse público, em sua criação e aplicação. Quando o móvel genético da lei é desvirtuado em prol de um pragmatismo mercantilista, o que se tem é o arbítrio e a irresponsabilidade, atributos nitidamente antidemocráticos. Em seu bojo não podem ser exigidos bens imerecidos ao homem, ao indivíduo, como se a vida humana fosse um dom condicional do Estado e não um presente da natureza.

---

3 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, I/33.

Ao Estado de direito são dados dois objetivos imediatos: limitar o poder arbitrário do Estado, somente na medida em que as regras são conhecidas previamente pelos destinatários, e enquadrar a vida social pela proclamação da unidade e coerência do sistema jurídico (segurança). Todavia, adverte Alain Touraine (*Qu'est-ce que la démocratie?*, p. 36), esse Estado de direito não está necessariamente associado à democracia; pode combatê-la, tanto quanto favorecê-la. Ocorre a primeira hipótese quando o Estado de direito conduz a todas as formas de separação entre ordem política ou jurídica e a vida social, pois a democracia assenta-se sobre a coesão entre a vida social e política, como já disse. A lei *per se* é capaz de provocar o bem, mas também tem grande potencial para o mal. Ela pode resolver disputas que de outra forma conduziriam a controvérsias particulares, ela pode prover segurança e incrementar a liberdade, mas ela pode também ser um instrumento de opressão, protegendo fraudes, inibindo a liberdade e promovendo a escravidão. A lei não serve necessariamente ao bem comum, nem é sempre talhada para fazer isso.

O Estado de direito (a legalidade) somente favorecerá a democracia quando for permeabilizado e irrigado por princípios morais e éticos (liberdade, justiça etc). Todo Direito tem a pretensão de ser um *direito justo*, mas nenhum Direito alcança tal reivindicação, pois a veleidade de validade universal e perene esbarra no seu caráter particular que não realiza o interesse geral, apenas o interesse médio de uma classe minoritária; a temporariedade do Direito consistente em que apenas transitoriamente constitui a expressão legítima das condições adequadas de desenvolvimento da sociedade estigmatiza sua funcionalidade.

A prática jurídica, mesmo dentro de um Estado de Direito, reproduz uma ideologia de dominação e por isso não apresenta a qualidade necessária para por si só favorecer a democracia. O meio democrático não é aquele que simplesmente busca valores morais superiores, mas aquele que já tem esses valores contidos em suas ações. Justiça, liberdade, moralidade não são fins, mas meios de ação democrática. Se são valores essenciais, não se compreende que possam ser postos como objetivos alcançáveis, como uma realidade fora da democracia e perseguida por ela. Esta realidade compõe a democracia,

ferindo a lógica das coisas o entendimento contrário. Esses valores em seu conjunto constituem o caldo democrático. Uma pessoa justa, rigorosamente falando, não é aquela que busca, simplesmente, “uma finalidade justa”, “fins bons”, mas sim, a que age na prospecção de seus fins de forma justa, com meios justos. Similarmente, na democracia não se justifica o bordão maquiavélico de que *os fins justificam os meios*: o meio será necessariamente democrático, independentemente do valor do fim a ser alcançado. Não é tarefa da democracia determinar o conteúdo destes fins e, sim, especificar como a busca por parte de diferentes indivíduos e demais atores políticos deve ser conciliada. Cinge-se, nesse sentido, de um perfil *garantista*, refletindo nitidamente uma preocupação com a autonomia ou liberdade pessoal, entendida como a liberdade dos indivíduos de buscar os próprios fins autodeterminados, sujeitos apenas às restrições surgidas da igual liberdade de outros de buscarem fins próprios. A democracia, neste sentido, não é, em si própria, um fim, mas um valor interno nas práticas políticas.

No Brasil, o hábito crônico de aplicar somente o espectro mais evidente da lei sem perscrutar princípios superiores, torna-o sáfaro e inibidor do espírito democrático. A lei sendo um dado social, um referencial lançado para ordenar a liberdade, não está automaticamente informada pelos princípios morais, o que a sujeita, na sua interpretação e aplicação, a uma avaliação moral. O Estado de direito, por si só, é terreno maninho incapaz de gerar a democracia e muito menos de preservá-la. É preciso mais. A legalidade do ponto de vista moral é falível e não está automaticamente permeada por padrões pelos quais ela pode ser propriamente avaliada. Estes lhe são exteriores e independentes. A existência e o conteúdo da lei são determinados por fatos que a tornam sujeita à avaliação moral, mas não lhe garantem nenhum valor moral. Na elaboração da lei, o legislador utiliza apenas a idéia do direito, o fundamento axiológico-jurídico, que encontra seu nicho na Constituição. Quando é aplicada, o juiz utiliza o critério axiológico-jurídico da justiça, que é encontrado no campo da moral.

Imediatamente surge a indagação de como saber se determinada lei, dentro de um Estado de Direito, é justa ou injusta, sendo funcional à democracia? Sobre que padrão moral será feita esta avaliação? Efetivamente, negar obediência a uma lei por tê-la como injusta ou

mais razoavelmente reconhecer-lhe esta injustiça, embora lhe obedecendo, não pode ser fruto de uma moral individual, sob pena de criar um juiz em cada cabeça, o que traria sérios prejuízos à harmonia das relações sociais e à própria solidez da comunidade. A lei jurídica para despertar nosso respeito e obediência é preciso que corresponda moralmente a um bem necessário e essa avaliação é-lhe independente. A escala moral utilizada para essa avaliação deve ser objetivada o máximo possível e inclui algumas regras que são explicitamente estabelecidas e outras que não são formalmente expressas ou impostas, mas são determinadas por uma convergência de atitudes populares e apoiadas por pressões sociais informais. Essa moralidade reduz-se em boa parte ao que chamamos *costume* ou *moralidade positiva*.

A cisão entre a vida política e social, de que falei linhas atrás, decorre da constatação de que a cúpula de governo do Estado e seus subsistemas de domínio, que representam a vontade estatal, jamais iriam legislar contra os seus interesses. Aqui pontifica a lição de Roberto A. R. Aguiar de que “sendo a lei a emanação normativa de um poder e, sendo esse poder instrumento de domínio de grupos sociais sobre outros, dificilmente esses grupos iriam legislar contra si mesmos, sob pena de se constituírem, pela primeira vez na História, em detentores suicidas do poder. Por isso, os grupos detentores do poder não vão permitir uma normatividade que venha ferir seus interesses, sua ideologia, seu *modus vivendi*. Ora, uma normatividade que favoreça dados grupos ou classes, necessariamente irá ferir os interesses, a ideologia e o modo de viver de outros grupos ou classes, logo, o bem legal não pode ser comum, pois emana de grupos para incidir sobre outros grupos, o bem comum, empiricamente observável, é o bem particular dos detentores das decisões”. Efetivamente, quando um grupo de fato exerce o poder (definido como controle efetivo sobre determinado território) sua ideologia nada mais é do que a própria lei.

Inevitavelmente, nessa linha de raciocínio desenvolvida postase o binômio legalidade/legitimidade. É uma velha discussão doutrinária, que no século XVIII, nos debates pós-revolucionários, elevou-se em importância e onde foi clarificada a distinção entre os dois termos. A primeira parte do binômio reflete basicamente o acatamento a uma estrutura normativa posta, válida, vigente e positiva. A

legitimidade, por seu turno, pressupõe um passo além da ordem estabelecida, estacionando na conformidade ou adequação entre esta ordem e o consenso público, a partir da realidade pinçada como justificadora do preceito normatizado. A força da legitimidade não repousa nas normas e nos preceitos jurídicos, mas no interesse e volição da maioria em uma determinada organização social. Sua conceitualidade a par de ser dinâmica é marcada pela prática da obediência transformada em adesão, assegurada por um consenso valorativo livremente manifestado sem a necessidade imperiosa do uso da força. O valor que integra a legitimidade é o consenso livremente manifestado por uma comunidade de homens livres e conscientes, sem a interferência do poder estatal ou da manipulação e sem mistificações ideológicas.

Em termos mais facilmente assimiláveis poder-se-ia dizer que a norma jurídica que apresenta além de uma *eficácia jurídica*, uma *eficácia social* tem o selo da legitimidade, além da legalidade; enquanto o preceito que se vale tão-somente da eficácia jurídica, detém legalidade, mas carece de legitimidade. A legitimidade é conceito de elevado valor para o meio democrático por permitir a coesão do meio social, criando reais condições de adesão e consenso. A efetiva legitimidade do Direito requer seja este criado através da prévia participação dos cidadãos (geral, livre e democrática) e que a legislação seja produto das reais necessidades comuns e orientada para o interesse geral. Num meio jurídico pluralista, democrático e participativo, a legitimidade não tem sua gênese e nem se identifica com a legalidade positiva, deriva do consenso das práticas sociais e das necessidades reconhecidas como justas, éticas e reais. Ao Estado não basta alavancar-se na legalidade, é necessário que suas ações e práticas, inclusive legislativas, sejam legítimas.

Max Weber classificou a legitimidade em três variantes: a legitimidade legal-racional, a tradicional e a carismática. A legitimidade tradicional é aquela que descansa nas crenças cotidianas e na santidade das tradições representada pelo comando daquelas pessoas que exercem a autoridade. A legitimidade carismática apóia-se nas qualidades pessoais, na mistificação, no heroísmo e na exemplaridade de um indivíduo (príncipe, guerreiro, santo ou chefe político), bem como nas ordenações ou instituições por ele criadas ou reveladas. A legiti-

midade legal-racional repousa na crença da validade de um estatuto legal e na competência objetiva, assentada em regras racionalmente criadas, ou seja, disposição de obediência no cumprimento de deveres conforme as prescrições impessoais e objetivos ditados por autoridade legalmente instituída.<sup>4</sup>

A consecução de fins justos e legítimos aperfeiçoadores da democracia, que se traduz na legitimidade, somente será alcançável dentro de alguns critérios de fundamentação, tais como: a) a necessidade de se adotar o critério das maiorias; b) o total respeito à liberdade crítica individual e das minorias; c) a efetiva conexão entre liberdade e igualdade; d) a realização da liberdade, da segurança e da igualdade nos postulados ético-políticos dos direitos humanos; e) finalmente, o estabelecimento de um regime democrático não dogmático e sujeito à constante revisão crítica.

Diante desse Estado, que cria e aplica suas próprias normas jurídicas, já não podemos nos contentar somente com as garantias constitucionais e jurídicas, enquanto a vida econômica e social permanecem dominadas por grupos oligárquicos de poder (um dos filhotes do Estado) cada vez mais fora de qualquer controle.

O Estado, utilizando-se de sua inteligência funcional, de que já fiz menção, forja o próprio conteúdo da democracia e molda-lhe as feições. O domínio que exerce sobre o indivíduo e a opinião pública possibilita-lhe criar e manobrar os anseios da sociedade. E já sabemos, sem necessidade de recorrer à psicologia social, quanto o meio social é maleável e sugestível.

## 2 – A edição exagerada de leis no Brasil e seus efeitos

De há um século para cá tem aumentado assombrosamente a competência do Estado, o volume dos assuntos sobre os quais ele é chamado a apreciar, decidir e mandar. Emaranhado e perdido no meio de uma civilização comprometida pelo egoísmo, a crueldade e a ânsia dos gozos materiais, o homem começou a apelar desesperadamente para o Estado, numa espécie de *estatolatria*. A cada necessidade, a

4 Apud Antônio Carlos Wolkmer. *Ideologia, Estado e Direito*, p. 89.

cada desejo, a cada veleidade da cupidez e da ignorância coletiva, o ventre do Estado, em contínua gestação, dá à luz uma lei, um regulamento, uma ninhada de funcionários – novo serviço público.

Mas, já não se exige do Estado apenas bens materiais; quer-se também os espirituais. E como, depois de cinco mil anos de ciência e filosofia, os gênios e os santos não tenham conseguido um critério universalmente aceito sobre a essência desses bens, o homem contemporâneo teve a estranha inspiração de pedir ao Estado que os decretasse. Em breve, perspicazes legisladores definiram em códigos e solícitos funcionários produziram em massa o *belo*, o *bem* e a *verdade*, para consumo do público. Essa maravilha foi realizada pelos Estados autoritários e imitada por outros. Todavia, tais bens estão fora da competência do Estado, são transcendentais; por isso, assiste razão a Rui Barbosa quando diz que “o Estado é apenas a organização legal das garantias de paz comum e mútuo respeito entre as várias crenças, convicções e tendências que disputam, pela propaganda persuasiva, o domínio do mundo. A verdade científica, a verdade moral, a verdade religiosa estão fora da sua competência. É na região superior do espírito, é na esfera livre das consciências que elas se debatem, caem ou triunfam”.<sup>5</sup>

No Brasil, segundo Pontes de Miranda (*Jornal do Brasil*, 27/05/1980, p. 10), em palestra na Universidade de Brasília, em 1980, estimava-se estarem em vigor 45.000 leis. Cifra absurda para a época! Hoje, passado apenas um vicênio, temos aproximadamente um milhão de leis. É esta contínua criação de leis e regulamentos que nos deterá o passo, a fim de analisar sinteticamente seus efeitos. O problema, alerte-se, não é flor nativa e nem é recente.

Uma lei não é fruto do acaso ou de mero capricho do legislador, saindo-lhe da cabeça como Minerva da cabeça de Júpiter. Ela provém de uma necessidade coletiva, racionalmente apreendida pelo legislador (em tese, representante do povo), que cria a lei com o propósito de congregar em seu bojo a solução da expectativa social. Quando um certo número de indivíduos considera um padrão como apropriado, internalizando-o, a norma correspondente existe. Quando tal padrão é assegurado por fortes pressões sociais para sua obediência, é conside-

---

5 *Teoria Política*, Vol. XXXVI, p. 32.

rado como impondo obrigações. A norma legal floresce sobre essa capacidade de obedecer dos indivíduos. A própria justiça em vez de algo abstrato e eterno, nasce das relações que os homens empreendem entre si no comércio da vida diária.

É esta correspondência entre o anseio da comunidade e sua conversão em lei, que confere legitimidade ao processo de elaboração legislativa e faz com que o povo obedeça ao determinado na lei, sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. Uma sociedade tende a amar e a submeter-se de bom grado às suas leis quando tem elas como obra sua, necessária e útil. Todavia, quando a lei é criada para atender interesses que não os da sociedade, ela perde ou sequer chega a adquirir *eficácia social*, ou seja, a capacidade de produzir efeitos no seio do povo e de, portanto, ser observada e cumprida por esse mesmo povo. “O direito à submissão dos povos cessa, nos governos, onde começar por eles, a troca da lei em arbítrio”.<sup>6</sup>

O efeito imediato da confecção exagerada e a todo transe de novas leis é a perda de eficácia social. Porque leis, quanto mais se as fazem, menos se tende a conhecê-las, respeitá-las e aplicá-las. O excesso de mudanças nas leis é sinal de pouca afeição a elas. Crises não se resolvem apenas e principalmente pela emissão de novas leis. Contrariamente, às vezes se fazem leis para se impedirem as reformas sociais ou políticas que o povo quer e precisa, apenas como um discurso fácil e abúlico a mais que se usa para enganar a sociedade.

Criação de leis não é jogo, nem pode ser um engodo ao povo. A emissão desenfreada e a todo momento de novas leis, nas ocasiões e para os grupos que o que mais querem é nada criar ou manter o *status quo* favorável, pode sugerir ao povo a conclusão de que as suas leis são inúteis, ou pior ainda, instrumentos de poucos em detrimento de muitos. Além disso, o enleamento dos homens numa infinidade de leis, tão numerosas que se torna impossível conhecê-las todas, ou tão obscuras que é impossível compreendê-las, constitui-se num princípio de injustiça, não obstante o princípio formal e legal de que a ignorância da lei não exime da obrigação de observá-la. Trata-se de princípio retórico

---

6 Rui Barbosa. *Teoria Política*, n.º XX.

e ficcional que visa unicamente preservar a ordem jurídica, estando completamente dissociado da equidade.

### 3 – Pragmatismo legislativo

Aspecto que não pode passar sem receber sua pitada de comentários refere-se ao pragmatismo legiferante.

A lei criada pelo Parlamento é fecundada pelos casuísmos que ocorrem na praça e aproveitável pelos efeitos práticos imediatos. Raptou-se um empresário de sucesso, torne hediondo o crime de seqüestro e junte os penduricalhos que tornam a pena mais aflitiva ainda. O horizonte do legislador restringe-se ao raio de ação das luzes da imprensa, que segundo dizem, representa e destila a opinião pública (não confundir com *opinião publicada*, “aquilo que a imprensa pensa e quer que a população pense”). Embora a imprensa não seja o único canal possível de aproximação com a sociedade, no caso brasileiro, ela com exclusividade desempenha o papel de formadora de opinião pública, pois o livro e sua leitura é uma prática incomum entre nossa população, que o utiliza apenas como adorno em sua sala de estar e não como instrumento de engenho!

Não se aplica ao Brasil o que ocorreu com o ordenamento jurídico romano, calcado e produzido em cima de uma política legislativa casuística que não obstante levou este povo antigo, apesar da grandeza reconhecida de sua ordem jurídica, a alguns desatinos verbais, incompreensíveis para a funcionalidade sistemática de hoje. Os romanos, é preciso dizer, tinham um elevado senso de dever e de organização política, jurídica e militar, tudo guiado por uma postura pragmática de muita eficiência.<sup>7</sup> O casuísmo romano partia de casos particulares que funcionavam como uma amostragem do que ocorria normalmente e exigiam, portanto, uma regulamentação jurídica que abarcasse todos os casos semelhantes.

7 Diz-se à guisa de ressaltar o espírito pragmático do romano, que enquanto o grego para modelar fisicamente o corpo exercitava-se nos ginásios, o romano mourejava no campo, unindo o útil ao agradável, pois que trabalhava o corpo e ao mesmo tempo produzia. *Omnium virtutum et utilitatum rapacissimi* – os romanos eram avidíssimos por tudo quanto representasse valor e utilidade, dizia Plínio, o Velho.

No Brasil, o que ocorre é uma prática casuística em que o caso particular ensejador da produção legislativa não se repetiu nem meia dúzia de vezes, quando não tenha ocorrido apenas uma vez na mente tendenciosa, corporativa e vingativa do legislador, o que leva a ter a lei brasileira muitas vezes como instrumento de vingança. Um exemplo serve para ilustrar. No ano de 2000, no dealbar da virada do milênio, o presidente da República participou de uma feira internacional onde estavam expostos diversos *stands*, entre os quais um do Brasil. Muito se comentou à época (pela imprensa nacional), que o valor gasto com o referido *stand*, administrado por um filho do respectivo chefe de governo, não condizia com o que fora apresentado efetivamente na feira, indício, portanto, de desvio de dinheiro público. De posse destes indícios, um membro do Ministério Público instaurou um inquérito civil para apurar as supostas irregularidades. Que fez então o referido presidente? Apelou ilegitimamente para a máquina legislativa, como antes houvera, talvez, apelado para o Tesouro Nacional. Moral da história é que foi editada uma lei de natureza penal (Lei n.º 10.028, de 19 de outubro de 2000) modificando o art. 339 do Código Penal que em sua redação original dispunha: “dar causa a instauração de investigação policial ou de processo judicial contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”, e que pela nova redação passou a ter o seguinte teor: “dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, *instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém*, imputando-lhe crime de que o sabe inocente”. Pôs o presidente, então, uma espada de Dâmocles sobre a cabeça do promotor. Em vez de contratar um advogado, resolveu abeberar-se na fonte que apresenta solução redentora: acionou seus prosélitos parlamentares e aprovou uma lei, certamente melhor que uma sentença judicial, pois desprovida da incerteza. Pode-se, portanto, esperar do casuísmo brasileiro que reflita a grandeza legislativa de Roma Antiga? Claro que não; que me perdoe o grande Tobias Barreto, mas no Brasil casuísmo é sinônimo de vingança, afilhadagem e corrupção. Por esta via, a legislação continuará a patinhar no pó do pessoalismo e da ineficácia, mantendo-se acanhada e atrasada, em nada favorecedora da democracia.

#### 4 – Falta de uma política legislativa

A verdade é que não há uma política legiferante séria, racional e responsável. O que nos resta é uma legislação retórica, em que cada lei se apresenta mais bonita e sonora que as outras, mas sem alcance prático nenhum, sendo obrigada a conviver com a prática que inutilmente tenta extirpar. A estrutura normativa ainda não foi bafejada pelos princípios morais e éticos caracterizadores do modelo democrático. Temos uma legalidade formal sem eco numa moralidade democrática. Acena o Direito com justiça social, igualdade social, direitos fundamentais, mas sem o plus ético só resta o desejo formal. De nada adianta uma ordem jurídica com uma retórica moderna, se sua atualização se dar por práticas tradicionais inerentes à ordem anterior, assegurando a continuidade de um antigo modelo.

No Brasil, ademais, o legislador legisla simplesmente como se estivesse utilizando a lei como uma moeda de troca (às vezes, como instrumento de vingança pessoal, como expus acima), de pouco valor, dado que é prodigalizada às mancheias, casuisticamente. Esse pragmatismo, próprio das sociedades autoritárias, é altamente prejudicial, pois o que hoje se justifica diante de um fato concreto, amanhã poderá não apresentar a mesma utilidade. Também só por ser útil, o útil não é verdadeiro; o que dá resultados práticos, no sentido de úteis, não é, só por isso, verdadeiro.

A lei é por essência, abstrata, genérica e impessoal, e assim para guardar correspondência com sua finalidade e natureza deve ser criada nos mesmos moldes. A corrupção genética da lei liga-se, normalmente, à dubiedade e relatividade do caso concreto. Como ato sério e responsável, pois instrumento coletivo, não pode a lei ter berço nas paixões de momento e sentimentos menos nobres de vingança, ou pior ainda, na mercancia vil de favores. Cada projeto de lei, verdade seja dita, gera uma batalha por meio da qual os legisladores procuram extrair favores.

De forma alguma se aplica a premissa pragmatista de que o vantajoso em relação à experiência atualmente em vista, sê-lo-á necessariamente em relação a experiências posteriores. O caso concreto se não guarda pertinência com a generalidade dos casos, não sendo uma amostragem do comportamento social, não pode servir de mode-

lo para a criação legal. Para a edição da lei exige-se uma *jurisprudência social* que condense uma necessidade de prescrições para reger a espécie e colmatar uma lacuna que espontaneamente a sociedade mostrou-se incapaz de equacionar. E até nisso o legislador deve precaver-se, pois a máquina legislativa quando muito usada passa a funcionar como fator de desmobilização social. A sociedade civil, tal como as sociedades políticas, é organizada e por isso mesmo detém mecanismos de controle e solução de problemas (as chamadas *instâncias formais de controle*). Tais mecanismos para manterem-se azeitados e eficazes, requerem sejam usados. A criação iterativa e abusiva de leis afoga a iniciativa da sociedade e enferruja suas engrenagens naturais de composição de litígios. A adoção legislativa da sociedade é procedimentalmente irregular, na medida em que a sociedade civil não pode ser tida como órfã e nem tampouco é tutelável, pois detentora dos rumos de seu destino e titular exclusiva do poder político.

Hoje o que temos é um sistema legislativo de feição totalitária, inserindo-se ao máximo na vida privada, para controlar o indivíduo.

## 5 – A qualidade dos aplicadores das normas jurídicas

A força e a eficácia de uma determinada ordem jurídica medem-se não pela quantidade de suas leis, mas pela qualidade de seus juízes. As normas valem o que valerem seus aplicadores, já dizia Thomas Jefferson, princípio sobre o qual a nação americana deve sua grandeza (e retirado da tradição clássica dos Anglo-Saxões de que o juiz é o órgão essencial do Direito; de que *é Direito o que é aplicável pelo Juiz*). Inclusive não se pode afirmar conclusivamente e *a priori*, se uma lei é boa ou má, justa ou injusta. Tal avaliação só é possível depois que a mesma é aplicada ao caso concreto. E aí entra em cena a sensibilidade e inteligência do aplicador.

Ao brocardo romano *sic lex, sic judex* – “tal a lei, tal o juiz”, pode-se por esta visão cambiar facilmente por *sic judex, sic lex* – “tal o juiz, tal a lei”. É a qualidade do juiz que vai dizer da qualidade da lei, e não o contrário.

Se o juiz ao aplicar a lei fizer uso de recursos hermenêuticos e princípios contrários à justiça, não há lei por melhor que seja, capaz de

manter-se assim na prática. O juiz pode tanto corromper uma lei “boa”, quanto aperfeiçoar uma lei “má”. No grande leito legal, cria a jurisprudência, conforme a qualidade dos juizes, veredas estreitas e intransitáveis, ou amplas vias por onde transitará a segurança e a justiça, com maior ou menor dificuldade. Quanto melhor “souber a jurisprudência adaptar o Direito vigente às circunstâncias mutáveis da vida, tanto menos necessário se tornará por em movimento a máquina de legislar. Até mesmo a norma defeituosa pode atingir os seus fins, desde que seja inteligentemente aplicada”.<sup>8</sup> E isto porque mesmo que uma lei completamente dissociada da evolução histórica do povo seja formalmente posta em vigor, o juiz pode ao interpretá-la e aplicá-la, repô-la no curso da tradição (e no Brasil temos a vantagem de contar com a fiscalização da constitucionalidade da lei).

Uma magistratura não prescinde de ser eficiente, instruída e vocacionada, e com isso é capaz de resolver uma boa quantidade de problemas da democracia. Há até quem sustente ser a instrução dos magistrados elemento fundamental para uma boa justiça, de acordo com conhecida e repetida máxima de um antigo chanceler francês: “Prefiro mil vezes ser julgado por um magistrado venal, porém, capaz, a sê-lo por um magistrado honesto, porém, ignorante, porque o magistrado venal não faltará à justiça senão nas causas em que tiver interesse em fazê-lo, enquanto que o magistrado ignorante só por um mero acaso pronunciará uma boa sentença”.

O tino jurídico de Tobias Barreto, com base na lição de Rossirt (*Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*), atentou para o fato de que “a liberdade deve ser protegida por outro modo, que não o simples respeito da letra da lei; porquanto, onde a independência e integridade dos juizes, a honra do soberano e da nação não são garantias suficientes de justiça, a lei é um instrumento na mão dos mais sabidos. A santidade do direito e de sua justa distribuição não pode ser posta em perigo por esta ou aquela doutrina dos juristas”.<sup>9</sup> Efetivamente, o mero discurso jurídico, normalmente contraditório e com acentuado tom ideológico tem como função a imposição de modelos de comporta-

8 Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 62.

9 Tobias Barreto. *Menores e Loucos*, em: *Estudos de Direito II*, p. 42.

mento, e por isso mesmo, não apresenta uma uniformidade capaz de salvaguardar com razoável excelência os bens fundamentais do ser humano.

A salvação de qualquer nação e a efetividade de sua ordem jurídica jazem na grandeza de sua justiça, na sua moral elevada. A barreira a qualquer intrujice do poder estatal, em seus propósitos expansivos e centralizantes, deve encontrar pronta vigilância no oráculo da justiça, regaço onde a liberdade busca confiantemente refúgio. Onde ela não funciona, onde subsistemas pessoais envolvem-na e onde interesses secundários desviam-na de sua nobre missão, o que resta é a desesperança e o domínio do arbítrio.

## 6 – A permanência da crise jurídica apesar do excesso de leis: conclusão

Não obstante todos os sacrifícios, todas as leis, todos os órgãos, todos os impostos, todos os consertos e reformas, o Estado moderno não deu nenhum dos bens que inconsideradamente lhe exigiram. E tanto lhe forçaram o maquinismo, que ele por fim explodiu na crise em que se debate. Devemos, por isso, ater-nos ao que disse Tácito em tempos imemoriais: *Corruptissima in republica plurimae leges* (as leis abundam nos Estados mais corruptos). Efetivamente, o número exagerado de leis é sinal inequívoco de que os costumes se deterioram, pois mesmo com esta infinidade de leis, a máquina legiferante continua a girar mais que a casa da moeda em período de hiperinflação. O problema do estiolamento moral é gritante e salta aos olhos; quando os cidadãos e a sociedade são eticamente íntegros, as leis em quantidade desmesurada são desnecessárias; quando são corruptos, as leis passam a ser inúteis. A perfeição não consiste na quantidade, mas na qualidade. Tudo que é muito bom e valioso, sempre é pouco e raro. A desenfreada quantidade de leis explica-se por uma dissolução moral e perda de sensibilidade cidadã.

Países politicamente organizados e com relativa tradição democrática não reclamam novas leis, mas o cumprimento das já existentes. É este espírito de continuidade histórica, de respeito à história e de apego à tradição que falta ao Brasil. Se devemos copiar algo, que copiemos o modo de ser e de se comportar diante das rupturas, diale-

tizando e sintetizando novas soluções e não puros procedimentos institucionais que se mostram ineficientes, pois despidos do selo histórico. Exemplo de arraigado espírito de tradição encontra-se na Inglaterra, como nos dá conta Edward Freeman: “Em todas as nossas lutas políticas, a voz dos ingleses nunca se ergueu para pedir a afirmação de novos princípios, o estabelecimento de leis novas; o grito público foi sempre para reclamar uma melhor obediência às leis em vigor e para se repararem os males nascidos da sua corrupção ou do seu esquecimento. Até à Magna Carta ter sido arrancada ao Rei João, reclamaram-se as leis do bom Rei Eduardo; e, quando o tirano, contra a sua vontade, apôs o selo nesta obra capital, fundamento de todas as nossas leis posteriores, limitamo-nos a exigir o estrito acatamento de uma Carta que passava por não ser senão a Constituição de Eduardo sob uma forma nova. Fizemos mudanças de tempo a tempos. Mas estas mudanças foram simultaneamente um acto de conservação, porque eram um progresso; um progresso, porque conservavam”.<sup>10</sup>

O avanço do Direito, com a inflação legislativa, representa um encolhimento da esfera da moral, sendo um índice seguro de regressão ou involução social (o fenômeno de *desmobilização social* que aludi acima). A passagem para uma organização social superior segue em direção inversa, pressupondo a substituição de certo comportamento jurídico por outro, moral. Efetivamente, quando os indivíduos regulam as suas relações com os demais não sob a ameaça de uma pena ou pela pressão de uma coação externa, pode-se afirmar que nos encontramos diante de uma forma de comportamento moral mais elevada.

## Notas bibliográficas

ABBAGNANO, Nicola. *Dizionario di filosofia*. Trad. Alfredo Bosi, Ed. Martins Fontes, 4.<sup>a</sup> ed., São Paulo, 2000.

AGRAMONTE, Roberto. *Sociologia*. Vol. I, Ed. Cultural, 5.<sup>a</sup> ed., Habana, 1949.

ASTER, Ernst von. *Historia de la filosofia*. Editorial Labor, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1945.

---

10 Apud Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*, I/124-125.

- BARRETO, Tobias. *Estudos alemães; Estudos de direito I; Estudos de direito II; Estudos de direito III*.
- BOURDIEU, Pierre. *Le Pouvoir symbolique*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Ed. Bertrand Brasil, 2.<sup>a</sup> ed., 1998.
- DURKHEIM, E. *Sociologia, Pragmatismo e Filosofia*. Porto, Ed. Rés.
- FOUGEYROLLAS, Pierre. *La Philosophie en question*. Ed. Paz e Terra. Trad. Roland Corbisier, 2.<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 1960.
- FROMM, Erich. *Análise do Homem*. Ed. Guanabara Koogan, 13.<sup>a</sup> edição.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1995; *A Democracia*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993.
- LYONS, David. *Ethics and the rule of law*. Trad. Luís Alberto Peluso. Ed. Papirus, 1990.
- MAGEE, Bryan. *Confessions of a philosopher*. Ed. Martins Fontes, 2001, 1.<sup>a</sup> ed.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 14.<sup>a</sup> ed., 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. I; *Manual de Direito Constitucional*. Vol. III.
- POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1972.
- SARTORI, Giovanni. *A Política*. Brasília: Ed. UnB, 2.<sup>a</sup> ed., trad. Sérgio Bath, 1997.
- SCHELER, Max. *La esencia de la filosofía y la condición moral del conocer filosófico*. Buenos Aires, Editorial Nova.
- TARDE, Gabriel. *A Opinião e as Massas*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1992.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. São Paulo: Edusp/Ed. Itatiaia, 1987.
- TOURAINÉ, Alain. *Qu'est-ce que la démocratie?* Petrópolis: Ed. Vozes, 2.<sup>a</sup> ed., 1996.
- WEIL, Eric. *Philosophie politique*. São Paulo: Edições Loyola. Trad. Marcelo Perine, 1990.