

14. O sistema de invalidade das normas jurídicas infraconstitucionais frente ao processo legislativo corrompido. Um novo paradigma?

Fernando Rodrigues Martins

Promotor de Justiça em Uberlândia

Mestre em Direito Civil pela PUC/SP

Doutor em Direito Civil pela PUC/SP

O tema aqui proposto, observados os parâmetros jurídicos, políticos e sociais do Estado brasileiro, não tem o cariz de ser novidade e nem mesmo apresentar soluções mirabolantes para resolução dos problemas relativos à construção normativa através das casas legislativas. O mote do trabalho que se leva a efeito é de apenas identificar como o Direito, entendido como sistema, opera ou pode operar situações jurídicas (ou normativas) que não decorreram de um processo legislativo que fosse ao menos regular. Portanto, trata-se de uma observação, papel da Teoria Geral do Direito, que avalia as situações jurídicas assim desenvolvidas sob o plano da validade.

A tanto, algumas estratégias serão desenvolvidas ao longo desse trabalho. Em primeiro lugar, é objetivo explicitar, pelo menos em termos mais abstratos, o funcionamento do processo legislativo, logicamente decorrente dos atos dos chamados representantes dos eleitores nas casas legislativas. Uma segunda estratégia traçará pontos condizentes com a teoria realeana tridimensional do Direito, explicitando fato, valor e norma na formação do sistema jurídico. A terceira estratégia advém de um estudo sobre a legitimidade procedimental e o relacionamento intersistêmico. Por fim, a análise final será o cotejo dos pontos dissertados com o plano da validade para daí chegar-se à conclusão se, de fato, há um novo paradigma quanto o exercício do direito/dever de legislar.

Num primeiro momento, é de mencionar que o processo legislativo decorre da vontade do legislador. E assim o é por conta do primado da separação de poderes, cabendo a um poder executar as leis, outro a aplicá-las e, assim, às casas legislativas a produzi-las. Fala-se em vontade do legislador, porque o primado da vontade está ligado ao iluminismo, o qual por sua vez, tinha por característica uma correspondência à razão (ao racionalismo) desenvolvido filosoficamente por Kant e Rousseau e, politicamente, por Montesquieu e Locke.

Esse fundamento filosófico, baseado na vontade humana sobre o domínio do mundo e com influência no Direito a partir dos séculos XVIII e XIX, vai proporcionar a geração de dogmas até hoje muito utilizados e que notadamente ganharam relevo nos estudos de Kelsen: *i)* a completude do sistema jurídico; *ii)* adesão inquestionável ao positivismo jurídico; *iii)* e a fixação do legislador racional, já que a lei não contém palavras desnecessárias. Nesse passo remarque-se que a fé no grau do legislador era tamanha que não havia, nas primeiras Constituições, remédios para o controle das leis, quer seja do ponto de vista material, quer do formal.

Cabe frisar que essa era apenas uma vertente do processo legislativo, ou seja, a racionalidade do legislador e o adesismo ao positivismo, porque, de outro lado, a atividade legiferante perante o Estado liberal era mitigada não no conteúdo dos representantes populares, mas na instituição em si, mesmo porque valia o brocado do 'deixa acontecer' 'deixa passar' e que cada um cuide de sua vida particular (*laissez-faire, laissez-passer que lê monde va de lui-même*). Uma intervenção mínima.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado social o papel o legislador em muito foi modificado, especialmente no que respeita o caráter institucional das casas legislativas. Logicamente, ainda persistia o positivismo, mas agora sob críticas pontuais, já que os dogmas começam, pelo menos, a serem revistos. Portanto, o sistema que era compreendido como suficiente, passa a ser entendido como incompleto o que vai dar ensejo à utilização não apenas das regras dispostas em códigos, mas da utilização de princípios e cláusulas gerais para a mobilidade sistêmica.

E considerando que o Estado social traz consigo uma noção de Direito promocional, premial, o legislador torna-se um ator principal, dado que passa a investir num processo legislativo que

visa à função social, o dirigismo contratual, a compreensão de novos direitos fundamentais, dentre outras situações. Isso, mais tarde, vai dar ensejo a uma crítica pontual, no que respeita a inflação legislativa. Até nessa etapa, é prudente fixar que o Direito romano-germânico está sob o domínio das 'regras do jogo', ou seja, um conceito que vai se adequar num plano superior à segurança jurídica.

A técnica legislativa é o procedimento através do qual uma norma jurídica é criada, abstrai-se inicialmente da vontade do legislador para ser materializada posteriormente no sistema normativo. E, em virtude disso, situamos para uma melhor reflexão que a técnica legislativa é o conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção e veto, promulgação e publicação) praticados pelos órgãos competentes na produção das leis que compõem o ordenamento jurídico.

A par disso, a fim de que uma norma jurídica proceda a seus efeitos perante certo território, é exigido que o processo legislativo seja verificado perante dois mundos. Um mundo da existência (ente) e o mundo da validade (mundo valente).

Identificadas quais são as fases do processo legislativo, tem-se ao menos uma referência importante no plano da existência dessa técnica, que entendemos por compreendê-la como pressupostos de existência do processo legislativo. Daí é possível intuir os seguintes elementos; *i)* a constituição de um parlamento (órgão específico de processo legislativo e que pela idéia advinda do constitucionalismo preserva a separação de poderes); *ii)* a necessidade de proposição (que corresponde ao princípio judicial *sine iudex sine actore*, ou seja, o processo legislativo somente existe se for provocado); *iii)* a legitimidade específica do proponente do processo legislativo.

Apontados os elementos de existência do processo legislativo, tem-se como relevante indicar quais seriam os elementos ou pressupostos de validade do processo legislativo, os quais vão se dar tanto num caráter geral como num caráter específico. Em primeiro lugar, obtemperem-se que ao processo legislativo são exigidos elementos gerais de validade e nesse desiderato, considerando que se trata referido processo de um complexo de atos administrativos, tais pressupostos estão elencados na Lei de Ação Popular (LF 4.717/65),

a saber: *i)* incompetência; *ii)* vício de forma; *iii)* ilegalidade do objeto; *iv)* inexistência dos motivos; *v)* desvio de finalidade.

Já os pressupostos de validade específicos e podem ser abstraídos da Constituição Federal quanto ao processo legislativo se constituem nos seguintes princípios: *i)* publicidade dos atos; *ii)* oralidade; *iii)* separação do ato de votar com o ato de discutir; *iv)* unidade da legislatura; *v)* exame prévio de projeto por comissões temáticas; e *vi)* autonomia parlamentar.

Portanto, no processo de construção das normas jurídicas, a ausência dos elementos existenciais e os pressupostos de validade podem colocar em xeque sua coercibilidade, que advém de sua publicação como texto normativo. Daí, duas formas essenciais de controle do processo legislativo. Enquanto o processo legislativo está em trâmite, é possível contestar sua existência ou validade via *writ* de mandado de segurança. Terminado o processo legislativo e já que com a publicação do último ato, tem-se uma lei, sendo que o remédio para repulsa do processo legislativo pode ser tanto a ação direta de inconstitucionalidade como uma ação declaratória de nulidade.

Essa conclusão quanto à possível invalidade de norma jurídica advém de uma contemplação simples do sistema normativo e pelo manejo de uma estratégia corriqueira e estrutural de subsunção do fato ao ordenamento jurídico. Contudo, hão de ser enfrentados dois outros planos essenciais para análise do sistema de validade.

Num plano filosófico, é interessante a adotar a concepção realeana de tridimensionalidade do direito. A tridimensionalidade decorre da experiência adquirida pela humanidade ao longo de sua existência, realçando a importância do culturalismo e do historicismo axiológico. Em outras palavras, para Miguel Reale, a experiência e a cultura desenvolvidas em dada comunidade ao longo de um determinado lapso temporal importarão na apreensão de situações de relevância passíveis de serem normatizadas. Destarte, o tempo que interessa não é o tempo em seu estágio cronológico, senão a história de valores desenvolvida pelo tempo.

A filosofia do Direito tem especial atenção com a humanidade, partindo-se da acepção que o radical dessa palavra 'idade' significa um

conjunto de pessoas, por isso a humanidade é entendida como o conjunto de seres humanos (humano+idade). Assim, o papel da filosofia do Direito que observa, perscruta, analisa a humanidade com o Direito. Neste sentido, a proposta da teoria tridimensional do Direito parte para o conhecimento da matéria através do fato, valor e normas, elementos concretos para o manejo da ciência do Direito. Conjugando o fato social com a humanidade, teremos a normalidade que são as condutas vigentes (vivas) dentro de uma comunidade (condutas repetidas, condutas usais). Conjugando a norma com a humanidade, teremos a normatividade que são as normas públicas (leis, códigos, decretos, resoluções) que passam a vigor quando de sua publicação e as normas privadas estabelecidas pelos particulares (contratos). Conjugando o valor (como ideal) com a humanidade, teremos a idealidade que são as crenças da sociedade, ou seja, o espírito do povo, descritos em exposições de motivos, princípios gerais e preâmbulos. Essa constatação vai permitir outro tipo de análise que decorre da legalidade, da legitimidade e da efetividade.

Legalidade pela estrutura da palavra é a conjugação dos radicais latinos *lex + alis*, ou seja, aquilo de acordo com a lei. Disso decorre que o não adequado à lei é considerado ilegal, o que autoriza a utilização pelo operador da lei das sanções previstas ou na expulsão da norma do sistema (p.e., o caso de decreto de invalidade de norma que não seguiu corretamente o processo legislativo). Daí a importância do sistema jurídico que se sobrepõe sobre a norma ou sobre a normatividade, autorizando compreender a existência de uma a legalidade formal e outra material.

Haverá legalidade formal toda vez que os passos para a criação de uma norma foram rigorosamente seguidos. Haverá legalidade material quando os atos realizados estão de acordo com o conteúdo da lei. Essa distinção é notabilíssima, porque a se a norma foi criada dentro de um processo legislativo escorreito, ou seja, preenche de legalidade formal o sistema garantirá uma presunção de legalidade material, o que comumente ocorre com o ato administrativo, até que seja avaliado por outros meios.

Legitimidade, ao seu tempo, se desdobra também pelos radicais latinos *lex + imus*. Esse radical *imus* (mais) concede a idéia de superlativo,

portanto conjugando lei com mais se tem aquilo que é mais que a lei. Disso é correto entender que o legítimo não está no plano da normatividade, mas sim no plano das crenças, da fé social, concluindo no plano da idealidade ou no plano dos valores.

Efetividade é o resultado verificado no plano da normalidade resumindo-se no fato que concretamente ocorreu no seio social. Caso contrário, se não verificado o fato social, não se há falar em eficácia fática ou efetividade. Isso pode ser visualizado nas normas jurídicas que sistematicamente são desprezadas pelo meio comunitário e via de regra perdem a força vinculante pelo desuso.

Ora, a partir disso, pode-se referendar alguns outros resultados além daquela primeira conclusão: *i*) se o fato cometido por alguém não estiver de acordo com a lei, haverá uma ilegalidade; *ii*) se a norma não tem correspondência com os fatos ela está desprovida de efetividade; *iii*) se a norma não está de acordo com os valores, ela é uma norma ilegítima. Agora, se adaptarmos um determinado exemplo de norma jurídica que fora criada através de suborno, peita, concessão de favores, corrompendo o processo legislativo, em franca oposição ao desejado e praticado por todos os componentes da sociedade, é possível que essa norma seja: *i*) ilegal, porque não respeitou ao processo legislativo (licitude do objeto, vício de forma, autonomia do parlamento); *ii*) ineficaz, porque não corresponde aos fatos que ocorrem no seio social; *iii*) ilegítima, porque longe da crença e fé havida no âmago da sociedade.

Portanto, o sistema de invalidade continua o mesmo, nesse caso não havendo falar-se em paradigma. Parece que se paradigma existe é tão somente no que diz respeito à hipercomplexidade, ou seja, a quantidade de fatos a serem regulados na sociedade globalizada, o que acaba gerando o abandono do sistema de 'regras do jogo', para se abraçar o sistema de 'jogo com as regras', cumprindo a cada setor os respectivos esforços para criar seu próprio mundo legal em detrimento aos demais.

Segundo Luhmann, o papel do Direito é organizar e institucionalizar conflitos de interesses, ademais, o direito estabiliza expectativas, procedimentaliza escolhas e legitima decisões. Tanto que o Direito Positivo é consagrado diante três etapas diferenciadas, de forma que pela

primeira há uma complexidade (i), compreendida por inúmeras possibilidades de propostas jurídicas para a solução de conflitos ou estabilização de expectativas; uma contingência (ii), observada na identificação de duas ou mais possibilidades que melhor de amoldam à solução jurídica; uma seletividade (iii), pela qual o órgão decisor escolherá a melhor alternativa. Por isso, o Direito Positivo é um Direito por escolha, por decisão.

O sistema político opera mediante os códigos binários governo/oposição, criando normas jurídicas dentro das casas legislativas. Ao estabelecer o direito positivo, elegerá uma decisão, exercerá uma seletividade, que servirá posteriormente ao sistema jurídico. Se, no entanto, ao agir, se ao operacionalizar o direito na obra de criação da norma, o parlamento assim o fizer mediante recebimento de benefícios ou em troca de favores não relacionados ao processo legislativo, ocorrerá a chamada corrupção sistêmica que atinge o núcleo duro do sistema jurídico, porque em ofensa ao princípio da legalidade. Da mesma forma, o sistema jurídico opera mediante os códigos binários lícito/ilícito, legal/ilegal. Ao julgar determinado caso, deve se ater à sua forma de comunicação e não nas particularidades do programa governo/

oposição ou maioria/minoria. À guisa de exemplo, seria o mesmo que o Poder Judiciário expedisse liminares determinando os programas de governo a serem cumpridos pelo Executivo.

Nesta pós-modernidade, o sistema representativo é objeto de críticas por parte da comunidade, deixando de haver, em certos momentos a conjugação dos valores com as normas por ele expedidas, o que começa a exigir uma maior participação popular no discurso político. Exemplo que se adequa à discussão aqui posta e que grassa em dúvidas entre os operadores do direito diz respeito à reforma previdenciária. Nesse caso, cabe ao Judiciário a palavra, especialmente ao STF, na indicação da validade de norma jurídica expedida pelo Congresso Nacional enquanto flagrantemente, lado outro, tramita ação penal indicativa da existência de sistema de cooptação de votos de parlamentares por modo irregular.

Portanto, no mundo atual, no mundo 'jogo com as regras', ante à hipercomplexidade, as possibilidades de criação de normas infraconstitucionais predispostas a um processo legislativo corrompido obviamente aumentam, devendo o direito valer-se de seus próprios meios para operar o sistema de invalidade.

Referências Bibliográficas

- ALCOVER, Pilar Giménez, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.
- ALEXY, Robert, *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zélia Hutchinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.
- DERRIDA, Jacques, *Gramatologia*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.
- DUARTE, Écio Otto Ramos, *Teoria do discurso e correção normativa do direito*. São Paulo: Landy, 2003.
- FARIA, José Eduardo, *Legalidade e legitimidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.
- GARCIA, Maria. Desobediência civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*. Tomo 1. Madrid: Cátedra, 1987.
- KELSEN, Hans, *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- LUHMANN, Niklas. Confianza. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.
- _____. El derecho de la sociedad. Trad. Javier Torres Nafarrate. Guadalajara.
- _____. Legitimação pelo procedimento, Brasília, UnB, 1980.
- MORCHON, Gregorio Robles, *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. v. 1. Madrid: Civitas, 1998.
- NAVARRO, Evaristo Prieto, *Jürgen Habermas: acción comunicativa e identidad política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- PAI MORAES, Paulo Valério Dal. Compatibilidade entre os princípios do código de defesa do consumidor e os do novo código civil. *Revista de direito do consumidor*. v. 57, 2006.
- PAULO, Vicente. Processo legislativo. Niterói, Impetus, 2005.
- RADBROUCH, Gustav, *Introdução à ciência do direito*. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- REALE, Miguel, *Teoria tridimensional do direito*. Saraiva, 2003.
- SILVA, Alexandre Garrido da, *Direitos humanos, Constituição e discurso de legitimação: possibilidades e limites da teoria do discurso*. In: *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Ana Paula de Barcellos et all. Coord. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TEUBNER, Gunther, *Droit et réflexivité: l'auto-reference en droit et dans l'organisation*. Belgique: Bruylant, 1996.
- _____. *O direito como um sistema autopoietico*, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.