

O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO LEGIFERANTE EM INCURSÃO NO ÂMBITO DA AUTONOMIA DA VONTADE

THE EXERCISE OF LEGISLATIVE FUNCTION ENTERING THE PRIVATE AUTONOMY FIELD

Jean Thiago Vilbert Pereira*

RESUMO

A proposta deste estudo é analisar a legitimidade estatal, especialmente no que tange à produção de normas imperativas, dotadas de cunho obrigatório, bem assim averiguar se devem ser impostos limites a tal exercício legiferante, considerando a autonomia da vontade. Verificou-se que o Estado busca legitimar sua existência e ações pelo consentimento popular, assim como a obrigatoriedade das suas emanções derivaria da outorga de poderes realizada pelo povo. Todas as leis, portanto, seriam legítimas expressões do anseio popular. Contudo, exatamente por isso, a função legislativa encontra-se limitada: se a ninguém é dado invadir a esfera de direitos do outro, o poder político, consectário do poder popular organizado, conseqüentemente também não poderá fazê-lo. Criterioso, dessa forma, que a legislação respeite a autonomia da vontade, mantendo-se em seus limites, de maneira que a lei não seja utilizada como panaceia universal – remédio para todos os males –, mas como instrumento efetivo a tratar das questões mais sensíveis à vida gregária.

Palavras-chave: Estado. Função legislativa. Autonomia da vontade.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the state legitimacy, especially in regard to the production of mandatory rules, as well as to check whether there should be limits on legislating exercise, considering the private autonomy. It was concluded that the State tries to legitimize its existence and actions by popular consent, such as the obligation of its emanations would derive from the powers granted by the people. All laws, therefore, would be legitimate expressions of the will of the people. However, that is the very reason the legislative function is restricted: as one cannot encroach on the rights of others, so the political power also cannot do it. Thus, it is judicious that the legislation respects the private autonomy, keeping itself within its limits, so the law could not be used as a universal panacea - cure for all ills - but rather as an effective tool to deal with the most sensitive issues to the gregarious life.

Keywords: State. Legislative function. Private autonomy.

* Bacharelado em Direito, pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (2011). É pós-graduado pela Universidade Anhanguera Uniderp em Ciências Penais (2012) e pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó em Direito Processual Civil (2012). Mestrando pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. É assessor jurídico atuante no Gabinete da 2ª Vara Cível da Comarca de Chapecó e docente na Universidade do Oeste de Santa Catarina - Unoesc e na Universidade Comunitária da Região de Chapecó - Unochapecó; jeanthiago@tjsc.jus.br

1 INTRODUÇÃO

Certamente, um dos temas mais polêmicos na abordagem das questões pertinentes ao Estado diz respeito exatamente à legitimidade dos atos emanados do ente estatal, não no seu trato particular e individual, mas genérico. Em outras palavras: por que os cidadãos devem obedecer aos preceitos impostos pelo Estado?

Mergulhando mais a fundo nos questionamentos acerca da limitação da força estatal, adentrando então aos meandros do conteúdo normativo, há de se indagar até que ponto a atuação do Estado tem legitimidade para restringir ou outorgar direitos, ditar o certo e o errado, e atuar, por exemplo, sobre a liberdade e patrimônio das pessoas.

Há, nesse caso, ressaltada colisão entre a função estatal de buscar o bem comum e a autonomia da vontade, em conflito que, com vinda a lume da Constituição de 1988, alça a patamar constitucional, devendo de ser dirimido pela ponderação de interesses, tanto que envolve um objetivo fundamental da República (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 3º, IV) em contraposição a um direito individual que se sobreleva hialino da hermenêutica sistêmica da Carta Magna e do próprio ordenamento jurídico-axiológico como um todo.

Elucidando, o cidadão pode fazer tudo que a lei não proíba, e deixar de fazer tudo que a lei não obrigue (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 5º, II): aí reside a autonomia da vontade, campo amplo e profícuo à atuação do homem, de onde advêm importantes avanços nas áreas tecnológica, artística, econômica e científica em geral.

Alguns direitos, colateralmente, são de conteúdo eminentemente negativo: a propriedade e a liberdade demandam, em especial, uma abstenção de todos os outros sujeitos, inclusive do Estado, em relação ao seu detentor. São esses direitos os que mais sofrem com as investidas estatais na regulação das condutas humanas, havendo forte resistência de parcela da doutrina sempre que a legislação avança sobre tais terrenos.

A preocupação atinente às balizas que devem ser observadas pelas ordenações oriundas da figura estatal não é nova. Desde os primórdios da sociedade o homem vive em um constante cabo de guerra com este ente que ele mesmo criou, ora esforçando-se para retirar-lhe poderes, de maneira a evitar arbitrariedades, ora dotando-lhe de prerrogativas para que aja diretamente na ordem social. Enfim, é tênue a linha que demarca os extremos da atuação estatal.

E tal discussão, como não poderia deixar de ser, invariavelmente carrega o interessado ao estudo detido da lei, afinal, mormente nos séculos mais recentes, é por meio desta que o Estado, em teoria, constitui-se legitimamente e, por conseguinte, dá sustentáculo a seus atos. Em termos pragmáticos, a lei perfaz o arcabouço fundamental segundo o qual se erigem as nações, a égide sob a qual as sociedades desenvolvem-se ao longo dos anos.

A lei é, em vista disso, inescapável aos membros da sociedade moderna, afetando a todos indistintamente, inclusive à figura do Estado, de tal forma que o futuro dos indivíduos, e da própria Nação, repousa e depende da justeza das leis ali instituídas. Daí a relevância dos colóquios envolvendo o assunto.

2 A LEGITIMIDADE E OBRIGATORIEDADE DO COMANDO ESTATAL

O advento do Estado Democrático de Direito representa, entre outras coisas, que o Estado Moderno há de se encontrar adstrito, tal quais seus súditos, aos princípios e normas jurídicas vigorantes, sendo que, em seara de Direito Administrativo vige inclusive o princípio da estrita legalidade: se aos súditos é possível fazer tudo o que a lei não vede, ao Estado só é dado fazer o que a lei expressamente permita.

Neste contexto, pode-se afiançar, sem maiores receios, que os conceitos que dizem respeito ao Estado são essencialmente jurídicos: cidadãos são aqueles que o direito assim o declara, órgãos são aqueles que o são segundo o direito, poderes são aqueles aos quais o direito atribui tal prerrogativa. O Estado define-se, qualifica-se e explica-se inteiramente em termos de legalidade (PALLIERI, 1969, p. 02).

Aspirar a responder se as primeiras manifestações vieram inicialmente do Estado ou do direito, com efeito, pode desembocar o pensador em inquietação quejanda a “o que veio antes: o ovo ou a galinha?”.

Pereira (1997, p. 100-101) apreende que se pode pensar o direito como criação do Estado, ou, inversamente, o Estado como criatura do direito. E, por mais paradoxal que possa parecer, ambas as afirmações estão corretas, visto que nas sociedades modernas não há direito, no sentido estrito do termo, sem Estado, já que às normas não positivadas falta a correspondente possibilidade de sanção estatal. De outro modo, em dias coevos o Estado é plenamente assentado nos termos da norma Constitucional, e, nesse sentido, o direito cria o Estado.

O que é certo é que, segundo o paradigma contemporâneo, o próprio Estado, acaso não arrimado na ordem jurídica, será reputado ilegítimo, conjuntura apta a colocar em xeque toda a série de atos, mormente normativos, dele provindos. Não à toa “a tese de sustentação para o reconhecimento da existência de poder no Estado está toda ela amparada no princípio de que esse poder é legítimo” (FÉDER, 1997, p. 153), sendo que “a legitimidade de um sistema jurídico é a possibilidade que este sistema goza de poder vir a ser aceito pelo conjunto de uma dada sociedade [...]” (ANTUNES, 1992, p. 28-29).

Por isso, “em qualquer forma de Estado, a autoridade que comanda apresenta-se como, e pretende ser, autoridade legal: se assim não é, teremos apenas uma autoridade que comanda de facto, confiada na sua força” (PALLIERI, 1969, p. 209). E conforme aduz Rousseau (2008, p. 24): “a força é um poder físico, não imagino que moralidade possa resultar de

seus efeitos; ceder à força é ato preciso, e não voluntário ou quando muito prudente: em que sentido pode ser uma obrigação?”

Duguit (2005, p. 30-35), e.g., apregoa que o poder estatal não é imposto pelo simples comando mandamental, haja vista sua força somente se legitima quando exercida conforme o direito. Nesse quadrante, o poder público se resume a constituir uma força posta a serviço do direito.

Mas, se o direito legitima o Estado, o que é que legitima o direito? Modernamente, busca-se responder ao questionamento com base no regime democrático representativo: o direito é erigido pelo próprio povo – detentor de todo o poder (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. art. 1º, parágrafo único) – por meio de seus representantes eleitos em sufrágio.

Locke (2006, p. 145, grifo nosso) assevera que o Legislativo constitui a essência e a união da sociedade em agir por uma só vontade, pressuposto para a continuação da comunhão de todos sob a direção das pessoas escolhidas. É, pois, órgão sem o qual nenhum homem ou grupo de homens tem autoridade para elaborar leis válidas para os restantes.

Acatado isso, as emanações estatais seriam legítimas porque contam com a concordância popular, seja expressa ou tácita: os representantes são eleitos para agir conforme a vontade dos representados; logo, todas as leis seriam produto, ainda que indireto, da vontade do povo.

Não são poucos, porém, os que discordam desse arquétipo, a exemplo de Féder (1997, p. 153-154), que argumenta tratar-se de uma teoria demasiadamente simplista, cuja aceitação decorre mais pela conveniência aos detentores do poder do que de um imparcial exame fenomenológico. Alerta que não raro se constata, mesmo após eleições sérias e livres, que está ausente a confiança do povo nos governantes. Destarte, como se poderia falar em legitimidade do poder? Ademais, admitindo-se essa legitimidade, seria ela bastante para tornar legítimos todos os atos do governo, mesmo aqueles eventualmente não desejados pelo corpo de cidadãos?

Rapidamente se percebe que o debate sobre os critérios de legitimidade do poder estatal não tem apenas um valor doutrinário, porquanto estreitamente ligado ao problema da obrigação política, aos alicerces do princípio de que a obediência é devida apenas ao comando do poder legítimo: onde acaba a obrigação de obedecer às leis começa o direito de resistência (BOBBIO, 1987, p. 91).

Sobeja discernir, nessa senda, por qual razão a emanação estatal é dotada de cunho cogente e, conseqüentemente, por que os homens, em sua generalidade, obedecem à lei¹.

¹ Oportuno ressaltar que a presente investigação nem sempre foi aceita com naturalidade, pois, séculos atrás “Kant chega à conclusão de que toda lei é tão sagrada, tão inviolável, que é crime até mesmo colocá-la em discussão” (GRUPPI, 1986, p. 17).

2.1 A OBRIGATORIEDADE DA LEI

Em linhas gerais, a lei visa a definir quais são as condutas vedadas aos membros da comunidade, de forma que, pragmaticamente, os textos legais têm por escopo impor uma obrigação, isto é, uma limitação à autonomia da vontade – em tese para assegurar um direito. E a lei, por suas características incutidas nos corações dos homens, é mandamental e imperativa, exigindo submissão ao seu comando.

É que não basta escrever leis, é preciso que, efetivamente, as normas gozem de obediência – a despeito de, especialmente em terras tupiniquins, ser tão ordinária quanto a descomedida atividade legislativa a assertiva: “vamos ver se essa lei vai pegar”. Ao largo dessa incidência, é criterioso divisar o que é que, precisamente, torna uma norma obrigatória.

Adentrando a tal âmbito, uma das questões mais estimulantes dentre as muitas abarcadas pela Teoria Geral do Estado é a suscitada por Féder (1997, p. 39): “Não tem sido fácil explicar como e por que os homens se deixam governar, por que uns mandam e outros concordam em obedecer?”, apesar de o próprio autor predizer que “se, de fato, é mais fácil acreditar do que pensar, logicamente mais fácil é também obedecer do que contestar” (p. 40).

Tal máxima não anula o fato de que, em verdade, nada parece mais surpreendente do que a facilidade com a qual muitos são governados por poucos e a submissão implícita com que os homens abdicam seus próprios sentimentos e paixões em favor dos seus governantes² (HUME, 2003, p. 16).

Em sua controversa obra “Estado sem Poder”, Féder (1997, p. 186) ainda levanta cinco hipóteses que poderiam ensejar a sujeição à figura estatal:

Por que obedecer ao Estado? 1- Porque é a vontade de deus. 2 - Porque eu e o Estado celebramos um acordo. 3 - Porque o Estado é a realidade da ideia de ética. 4 - Porque o Estado se trata de uma instituição política que eu ajudei a implantar e da qual faço parte. 5 - Por que se eu não obedeco eles me cortam a cabeça.

Pallieri (1969, p. 152), por sua vez, observa que uma certa obrigatoriedade é corriqueiramente reconhecida ao direito, de modo que as autoridades que o promulgam pretendem emanar normas dotadas de valor obrigatório, e aqueles a quem se dirigem não se conformam com elas apenas por temerem a sanção, mas porque consideram existente a sua obrigatoriedade, ou seja, a ciência jurídica está autorizada a pressupor, dogmaticamente, a obrigatoriedade do direito. E ela faz aquilo que faz qualquer outra ciência: parte de dogmas aceitos e não demonstrados.

Já Hume (2003, p. 16) entende que como a força está sempre do lado dos governados, os governantes não possuem nada além da sustentação provida pela opinião. Portanto, o

² “Nothing appears more surprising... than the easiness with which the many are governed by the few and the implicit submission with which men resign their own sentiments and passions to those of their rulers” (tradução livre).

governo sustenta-se unicamente pela opinião; e esta máxima se estende até mesmo ao mais despótico e militar dos governos, tanto quanto às sociedades mais livres e democráticas³.

Arquitetando tal preceito aos seus limites, Kelsen diria que os comandos normativos seriam válidos somente para as consciências que os aceitassem, sendo que, para aqueles que contestassem a autoridade estatal – revolucionários, anarquistas, etc. –, o Estado nada mais seria do que pura prepotência brutal. A soberania estatal, então, despojar-se-ia do caráter quase sagrado com o qual outrora se ambicionou revesti-la: a autoridade do Estado basear-se-ia ou no consentimento ou na força, não podendo apelar a qualquer valor ideal superior.

Talvez em vista disso alguns autores, tal como Léon Duguit, tencionando explicar de que maneira se infunde na consciência dos membros da coletividade a convicção de que certa regra de conduta deve ser sancionada pela coação estatal, sendo transmutada em direito positivo, recorram aos sentimentos de sociabilidade e justiça, dos quais todos os homens são munidos e representam aquilo que, desde a mais remota antiguidade, manifesta-se na consciência e na razão humanas, convertendo-se nos princípios naturais e racionais do direito (CAETANO, 1996, p. 303).

Em outro viés, Pallieri (1969, p. 103), discernindo exatamente acerca da doutrina piramidal de Kelsen, apregoa que para o positivismo jurídico, de traços marcantes na modernidade, a lei é obrigatória porque há outras normas, superiores a ela – as normas constitucionais –, dispendo que o ato aprovado daquela determinada forma, por aquela certa assembleia e promulgada pelo chefe do Estado, sendo depois devidamente publicado, é dotado daquele larguíssimo valor jurídico que é próprio da lei.

Importante rememorar também que para muitos o fundamento do direito poderá encontrar-se em preposições bastante práticas: se queres que a sociedade exista, ou se queres que a sociedade funcione adequadamente, ou se queres que a sociedade esteja em condição de realizar certas tarefas, observa o direito, por que o direito e a sua observância são indispensáveis para que tais resultados sejam atingidos.

No alvorecer deste século XXI, parece prevalecer que a legitimidade das normas jurídicas estatais abrolha da observância do devido processo legislativo (Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, art. 59 e ss.), bem ainda do consentimento popular, quer seja presumido, considerando o regime democrático representativo. De mais a mais, reconhecer a obrigatoriedade do direito posto é *conditio sine qua non* para a utilidade da lei no fito de regular a vida em sociedade, planeando assegurar a convivência harmônica entre os homens.

³ “as force is always on the side of the governed, the governors have nothing to support them but opinion. It is, therefore, on opinion that government is founded; and this maxim extends to the most despotic and most military governments, as well as to the most free and most popular” (tradução livre).

A este ponto, surge oportunamente uma novel indagação, a qual demanda apurado exame: a função legiferante estatal encontra-se cingida a limitações no que concerne à possibilidade de cercear a autonomia da vontade? Quer dizer, até onde pode avançar o Estado no afã de regular a vida das pessoas, restringindo suas liberdades?

2.2 OS LIMITES DA LEI

Em paralelo à questão da legitimidade e obrigatoriedade do comando estatal repousa o problema dos limites à atuação do Estado.

Para aferir a importância do assunto, basta lembrar que as incipientes manifestações do Constitucionalismo, podendo-se citar emblematicamente a primeira constituição escrita e assim batizada formalmente, a Constituição da Virgínia, de 1787 (CAMPOS, 2005, p. 37), bem como os direitos de primeira dimensão, conquistados ao logos dos séculos XVIII e XIX, visavam precisamente limitar os inflados poderes do Estado, impondo-lhe deveres de não fazer, de não atuar, de abster-se, máxime naquelas áreas reservadas à autonomia individual. O Estado, então, respeitava os direitos individuais na medida em que não invadia o domicílio, não lesava a incolumidade física do indivíduo (MARTINS; PASSOS, 1999, p. 39).

Assim, ao lado das dificuldades atinentes ao fundamento do poder, a doutrina clássica do Estado continuamente se ocupa também dos limites do poder, problema que, em regra, é apresentado como situado nas relações entre direito e poder, ou direito e Estado (BOBBIO, 1992, p. 93-94).

Sem circunlóquios, a questão fundamental é: instituído um poder político, ser-lhe-á lícito intervir em todas as formas e aspectos da conduta dos membros da sociedade? Todas as ações sociais estarão sujeitas a serem reguladas pela autoridade estatal? (CAETANO, 1996, p. 158-159).

Classicamente, aduz-se que a lei deveria ser tão somente o comando cogente, claro e conciso, das regras *fundamentais* ao convívio harmônico entre os entes sociais (pessoas, grupos, instituições). Ocorre que, com o passar dos anos, mais e mais amplo tem se tornado o arcabouço normativo estatal, abarcando matérias outrora reservadas puramente à autonomia da vontade.

Tal avanço é, normalmente, justificado pela busca do bem comum. Realmente, é consenso que a sociedade encontra o seu fim primordial na linha de intersecção entre os interesses de todos os homens, de onde exsurge algo, um valor, um bem, que todos consideram como tal: o bem comum, consistente no conjunto composto pela integralidade das condições de vida social que favoreçam o desenvolvimento total da personalidade humana (DALLARI, 1991, p. 19).

É esse objetivo primordial que deu ensejo à criação do Estado, mantém seu funcionamento e há de nortear o conteúdo normativo dele emanado; do contrário, o Leviatã tornar-se-ia desnecessário⁴.

A conclusão supra não demanda maiores esforços. As dificuldades surgem realmente quando se cogita abalizar com exatidão os limites à perquirição estatal na vereda do bem comum. Em suma: quais objetivos do homem devem ser instrumentalizados em leis? Quais finalidades a lei, diretamente, deve se preocupar em atender?

Bastiat (1991, p. 19), de forma bastante sintética, esclarece que “a finalidade da lei é fazer reinar a justiça, o que, a rigor, não é bem exato. Seria melhor dizer-se que a finalidade da lei é impedir a injustiça de reinar. [...] Uma resulta da ausência da outra.”⁵

O problema é que “a palavra lei parece ter uma espécie de ‘condão mágico’ de transformar a mera prescrição em direito” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 199), talvez em razão de que fazer imperar a justiça esteja tão inerente à natureza da lei, que lei e justiça formam um todo no espírito das massas. O homem tem forte inclinação a considerar que tudo o que é legal é justo, a tal ponto que são muitos os que falsamente consideram como certo que toda a justiça provém da lei (BASTIAT, 1991, p. 09).

Repetidamente, mesmo a conceituada doutrina esquece-se de que o direito, enquanto produto da sociedade, navega ao sabor das mudanças sociais, transitando pelas ideologias dominantes e sendo modificado pelas revoluções, o que torna a lei suscetível às paixões dos grupos sociais – especialmente dos governantes –, que não raro veem a norma como uma oportunidade de fazer valer suas vontades, por vezes em detrimento do verdadeiro interesse comum.

Porventura por essa razão, Rousseau (2008, p. 46), ainda no século XVIII, já afirmava que:

Para descobrir as melhores regras de sociedade que convêm às nações, seria necessária uma inteligência superior que visse todas as paixões sem experimentar nenhuma; que, sem relação com a nossa natureza, a conhecesse profundamente; que se dignasse a entender a nossa felicidade, sendo a sua independente de nós; que buscando enfim no andar dos tempos uma glória distante, pudesse trabalhar num século e gozar no outro. Seriam necessários deuses para dar leis aos homens.

Para além disso, em sua incansável perseguição ao bem comum, como já dito, não é insueto que o Legislativo pisoteie áreas que quicá deveriam permanecer protegidas, não manejas pelas mãos estatais. Dada essa incidência, parte da doutrina defende firmemente

⁴ A justificação do Estado pode ser aferida traçando-se um paralelo bem simples: o homem vivendo sem o Estado, e o homem a viver no Estado. Somente no caso desta comparação ser favorável ao Estado, isto é, quando na condição estatal o indivíduo ganha mais do que perde, é que o Estado terá justificação (PALLIERI, 1969, p. 39).

⁵ Complementando: “não é verdade que a função da lei seja reger nossas consciências, nossas ideias, nossos talentos e nossos prazeres. A função da lei é proteger o livre exercício destes direitos e impedir que qualquer pessoa possa impedir qualquer cidadão de usufruir desses direitos.” (BASTIAT, 1991, p. 44).

que certos direitos estariam acima do Estado, cabendo a este tão somente reconhecê-los. Eis que “a vida, a liberdade e a propriedade não existem pelo simples fato de os homens terem feito leis. Ao contrário, foi pelo fato de a vida, a liberdade e a propriedade existirem antes que os homens foram levados a fazer as leis” (BASTIAT, 1991, p. 04).

Nada obstante, até dias coevos, o Estado trabalhou, infatigavelmente, para afastar este último véu que obscurece o fulgor total de sua soberania. Tornar tudo de si mesmo, não reconhecer outra norma, de nenhum tipo, fora da que é estabelecida por ele próprio. Fazer valer para os seus súditos uma única ordem objetiva, ao mesmo tempo jurídica, moral e racional, tem sido o esforço constante do Estado – ainda que habitualmente de forma insidiosa, ocultada tanto pelos políticos como pelos teóricos (PALIERI, 1969, p. 20-21).

Atento a isso, Locke (2006, p. 101-102) assenta não ser viável imaginar que os homens, ao instituir a sociedade, iriam conceder ao legislador um poder arbitrário sobre suas vidas, liberdade e posses, pois se assim procedessem, estariam se colocando sob condição pior do que no estado de natureza, onde, ao menos, dispunham de liberdade para defender, por sua própria força, seus direitos perante as agressões alheias. Outrossim, evidentemente que se postar à vontade arbitrária do legislador, abandonando as armas e ao mesmo tempo armando aquele que tem às suas ordens a força de todos os homens unidos, é muito pior do que ficar exposto ao poder aleatório de todos os homens, mas isolados.

Desse modo, é manifesto que a função legiferante não pode ser exercida de forma completamente discricionária, uma vez que o legislador detém atribuições na exata medida dos poderes que lhe foram confiados pela comunidade: ninguém pode transferir mais direitos do que tem.

E sopesando-se que o Legislativo representa tão somente o poder cedido pelo conjunto dos membros da coletividade, se nenhum homem possui arbítrio absoluto sobre a própria vida, ou sobre a vida e a fortuna de outrem, certamente que o poder legiferante igualmente não o possuirá⁶ (LOCKE, 2006, p. 99).

Nesta mesma seara, Caetano (1996, p. 302-303) infere ser logicamente necessário asseverar a limitação do poder: toda a instituição é um instrumento ao serviço de determinados fins. Ora, o poder político não foi instituído para realizar a totalidade dos fins humanos. Logo, seu exercício só é legítimo enquanto perseguir os fins próprios de sua instituição e respeitar os fins exclusivos de cada pessoa e de instituições anteriores a ele, como a família.

Acontece que, infelizmente, a lei nem sempre se mantém dentro de seus limites próprios. Às vezes os ultrapassa, com consequências pouco defensáveis, mas severamente danosas.

⁶ O direito coletivo tem, pois, seu princípio, sua razão de ser, sua legitimidade, no direito individual. E a força comum, racionalmente, não pode ter outra finalidade, outra missão que não a de proteger as forças isoladas que ela substitui (BASTIAT, 1991, p. 05).

A bem da verdade, historicamente, nenhum governo se manteve limitado por muito tempo. E há excelentes razões para se supor que nenhum jamais irá. Quanto mais os poderes coercitivos do Estado são expandidos para além dos limites estimados [...] maior é o poder e a riqueza acumulada pela classe dominante que opera o aparato Estatal⁷ (ROTHBARD, 1998, p. 176).

Isso porque “Montesquieu dividiu o poder, não o domesticou. Árdua e ingrata tarefa de domesticar o poder. O poder, assim como a pompa, sempre exerceu enorme fascínio sobre o ser humano” (FÉDER, 1997, p. 39).

São inúmeros os exemplos de leis brasileiras que invadem áreas sensíveis da individualidade. A força laborativa, por exemplo, sofre afamada restrição pelas normas trabalhistas, consideradas indubitável conquista da sociedade moderna. Contudo, não se pode deixar de reconhecer a evidente interferência na autonomia privada, inclusive do trabalhador. A reboque vêm o Código de Defesa do Consumidor e em boa parcela o próprio Código Civil – noutros tempos baluarte do direito privado.

Além disso, os pais que nesta terra queiram educar sua prole em casa, renunciando ao ensino formal, terão problemas com a Justiça, havendo inclusive subsunção a tipo penal (CP, art. 246 – abandono intelectual). É consabido que o *homeschooling* (ensino doméstico) funciona muito bem em vários países, causando perplexidade o fato de o Estado brasileiro adentrar ao seio familiar e, em caráter tão rígido, assentar como é que os pais devem educar seus filhos – quiçá preocupado em não deixar a escola fenecer, meio também de doutrinação e controle de massa.

Muitas outras situações poderiam ser citadas, como a carga tributária confiscatória, desacompanhada de efetiva retribuição em utilidades sociais, e o próprio voto obrigatório, medida de legitimação mordaz do poder estatal. Entretanto, os exemplos oferecidos já dão conta de dimensionar a dramaticidade do mote.

Outra faceta a ser esposada é a famigerada inflação legislativa que assola muitas sociedades, inclusive (ou ressaltadamente) a brasileira, conjuntura que, por si só, já representa austera invasão da autonomia da vontade, posto que, se o homem pode fazer tudo que a lei não veda, “cada lei é uma infração da liberdade” (Jeremy Betham).

Conforme aduz Bastiat (1991, p. 16), com especial prevalência na idade contemporânea, “não se julga suficiente que a lei garanta a cada cidadão, o livre e inofensivo uso de suas faculdades para o seu próprio desenvolvimento físico, intelectual e moral. Exige, ao contrário, que espalhe diretamente sobre a nação o bem-estar, a educação e a moralidade.”⁸

⁷ “Certainly, historically, no government has long remained ‘limited’ [...]. And there are excellent reasons to suppose that it never will. [...] The more the coercive powers of the State are expanded beyond the cherished limits [...], the greater the power and pelf accruing to the ruling caste operating the State apparatus” (tradução livre).

⁸ Neste aspecto, o autor adverte de que “Se se extrapolam os limites, [...] logo se atingirá o infinito, o desconhecido, a utopia ou, o que é pior, uma infinidade de utopias, que lutam para apoderar-se da lei com o objetivo de a impor. Isto é verdade porque a fraternidade e a filantropia, ao contrário da justiça, não precisam ter limites fixos. Uma vez iniciadas, onde parar? E onde parará a lei?” (1991, p. 66-67).

Notadamente, o direito positivo é o campo no qual se encontram espargidas as condutas defesas aos homens, as quais, por sua lesividade, não podem ser permitidas pela sociedade. Ali, igualmente, estão estabelecidas condutas que se apresentam imprescindivelmente requeridas, dada sua importância – tidas por fundamentais ao bom desenvolvimento da vida gregária. Não sem motivo as ciências jurídicas são constantemente apregoadas (por inspiração Kelseniana) como pertencentes ao mundo do “vir a ser”, isto é, guiadas por um ideal de sociedade perfeita. E é justamente a lei o instrumento pelo qual o legislador visa aproximar o mundo real dos moldes quiméricos.

Acontece que, mormente em seara de uma sociedade plural, diversificada e a cada dia mais complexa, apresenta-se como tarefa deveras intrincada prover, pela via legislativa, o bem comum, a paz, a equidade e a justiça, mesmo porque, o próprio direito não cabe todo no pote da lei, conforme vislumbra Hobbes (2005, p. 126): “em nenhum lugar do mundo foram estabelecidas regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é coisa impossível)”.

A despeito disso, o homem, instado por sua própria natureza, deixa-se levar pelas emoções e – olvidando-se do refrão aristotélico: “a lei é a razão, desprovida de paixões” – procura na lei conforto e auxílio à resolução das indignações experimentadas no cotidiano – dificuldades socioeconômicas, aumento da delinquência e da criminalidade, etc. –, pondo em marcha uma produção legislativa desenfreada.

Trilhando essa azinhaga, o homem utiliza a positivação de normas jurídicas como remédio basilar para toda e qualquer mazela social. Só que, ao intentar atender a ocorrências específicas, voltadas especialmente a este ou aquele caso concreto, a sociedade inadvertidamente acaba por alterar características ínsitas à lei: abstração e indeterminação temporal.

Como os problemas sociais são múltiplos, variáveis e intermináveis, a orientação legislativa voltada a casos concretos está fadada a ser enleada em um ciclo sem fim: a cada novo problema social, uma nova lei tem de ser editada; a cada mudança nas estruturas mais sutis da sociedade, a legislação precisa ser modificada para atender à nova realidade que se apresenta... é uma bola de neve.

Por isso é tão difícil colocar limites à produção legislativa: no ínterim fugaz dos momentos históricos, erigem-se convicções sociais diversas, ensejo em que se intenta legislar para atender e sedimentar o paradigma nascente, como se, sem a lei, a sociedade restasse totalmente desprovida de arrimos. É preciso, sem sombra de dúvidas, uma reformulação geral no aspecto como tem sido abordada e manejada a lei em países como o Brasil, atentando-se para o que Proudhon (2006, p. 85-86), séculos atrás, já alertava:

O Governo, portanto, deverá fazer leis [...] Ele fará tantas leis que chocará interesses; e, visto que os interesses são inumeráveis, que as relações nascentes uma das outras se multiplicam ao infinito, o antagonismo não tem fim, a legislação deverá funcionar sem parar. As leis, os decretos, os editais, as ordens, as decisões caíram em abun-

dância sobre o pobre povo. Ao cabo de algum tempo, o solo político será coberto por uma camada de papel que os geólogos não terão senão que registrar sobre o nome de formação “papesóica” [...]. Acreditais que o povo, e o próprio governo conserva sua razão nesta balbúrdia?

Daí por que a função legiferante deve ser exercida apenas nas áreas fundamentais à regulação da vida gregária, pois do contrário, além de tornar o ordenamento jurídico uma miríade ininteligível, poderá adentrar em matérias que não são de sua alçada – relativas ao âmbito da autonomia da vontade –, tornando-se ilegítima a sua atuação.

O legislador deve sempre pautar seu desempenho pelas finalidades que levaram o homem a instituir o Estado, até mesmo em razão de que o exercício legislativo encontra limites exatamente na medida do poder – outrora popular (união das forças individuais) – que lhe foi delegado e, então, transformado em poder político.

3 CONCLUSÃO

Corriqueiramente, diz-se que o poder estatal é constituído pela força individual de cada cidadão, agregada às dos demais em uma instituição que tem como compromisso a manutenção dos direitos fundamentais e a perquirição do bem comum.

Com efeito, as leis têm seu campo de incidência limitado às balizas do poderio aglutinado pelo Estado. Ora, se a legitimidade estatal tem como fulcro o consentimento popular, oriundo da delegação de poderes efetivada pelo povo, sendo ainda tal exercício vinculado aos direitos fundamentais do homem, orientado à consecução do bem comum (razão da própria existência do Estado), o exercício legislativo, por questões lógicas, só pode estar circunscrito às mesmas fronteiras.

Destarte, a lei não deve preocupar-se em regular toda e qualquer situação da vida dos homens – tal qual fosse uma panaceia universal: remédio para todos os males –, mas apenas as questões mais mezinhas à organização da vida em sociedade.

Do contrário, o nobre escopo do exercício legislativo sobeja predisposto a constantes alterações, navegando pelas águas turvas das paixões humanas. Ao ser demasiadamente ampliado, ademais, acaba por ter desvirtuada sua verdadeira função, passando a atuar mesmo contraditoriamente aos anseios que o Estado, ainda em seus primórdios, jurou proteger.

Por tudo isso, curial que a lei fique adstrita tão somente às matérias essenciais à vida em sociedade, sempre com vistas ao bem comum e respeitada a autonomia da vontade. Nesse intuito, imperioso que observe rigorosamente os limites da delegação de poderes realizada pelo povo, porque aí se encontram as balizas de sua atuação legítima.

A se ressaltar que a orientação legislativa desfocada dessas premissas deve ser reputada por, se não espúria, ao certo inadequada a atender ao desígnio a que se propõe, encerrando, igualmente, com as possibilidades de o Estado representar instituição apta a assegurar a harmonia social e a viabilização do bem comum.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Uma nova introdução ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- BASTIAT, Frédéric. *A lei*. [tradução de Ronaldo Da Silva Legey] 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991 - (Série Pensamento liberal, n. 5).
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral*. [tradução Marco Aurélio Nogueira]. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- _____. *A era dos direitos*. [Tradução Carlos Nelson Coutinho]. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. Coimbra: Almedina, 1996.
- CAMPOS, Nelson Renato Palaia Robeiro de. *Noções essenciais de direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.
- DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.
- GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: as concepções de Estado em Marx, Engels, Lenin e Gramsci*. 11. ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 1986.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. [tradução Heloisa da Graça Burati]. São Paulo: Rideel, 2005. - (Biblioteca clássica).
- HUME, David. *Political Essays*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. [tradução Alex Marins] 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2006 - (Coleção Obra-prima de cada autor).
- MARTINS, Ives Granda da Silva; PASSOS, Fernando. *Manual de iniciação ao direito*. São Paulo: Pioneira, 1999.
- PALLIERI, Giorgio Balladore. *A doutrina do Estado*. Volume I. [tradução Fernando de Miranda] Coimbra: Coimbra, 1969 - (Coleção Coimbra Editora).

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Cidadania e “res publica” a emergência dos direitos repúblicas. *Revista de Filosofia Política*. Porto Alegre, v. 1, p. 99-144, 1997.

ROTHBARD, Murray Newton. *The ethics of liberty*. Nova York: New York University Press, 1998.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social*. [tradução Pietro Nassetti] 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008 – (Coleção Obra-prima de cada autor).