

## 7

### O dizer, o não dizer e o dito: ambigüidades e vagezas na Constituição Federal de 1988

*Há mais de dezoito séculos que os homens vêm lançando seu anátema sobre aquele execrável imperador romano que, tendo exigido obediência a certos decretos fiscais promulgados em segredo, diante das queixas e protestos dos cidadãos, burlou indiretamente o requisito da publicidade, mandando gravar o decretado em caracteres diminutos e fixá-lo bem alto do chão, para que o povo não pudesse inteirar-se de seu teor e fossem muitos, portanto, os transgressores e muitas as multas a impor*  
(Carlos Cárcova)

*Nossa regra é esta: geléia ontem, geléia amanhã; hoje, nunca*  
(Lewis Carroll)

#### 7.1.

##### O legislador racional

Pressuposições de racionalidade desempenham um papel central na maioria das explicações correntes sobre a natureza da comunicação usual. Na medida em que o discurso jurídico em geral – e a interpretação legal em particular – é um processo comunicativo, ele também está sujeito às pressuposições de racionalidade. Na realidade, como um processo comunicativo mais sistematizado do que a comunicação comum, é razoável esperar que tais pressuposições tenham um papel mais importante e confiável no que se refere à interpretação de leis do que na atividade interpretativa geral.

O legislador é racional exatamente na medida em que se espera que o processo no qual ele toma as decisões seja inteiramente guiado por argumentos justificativos dedutivos explícitos. Não obstante, até mesmo o legislador racional tem de levar em consideração que as leis por ele elaboradas irão servir de base para decisões de aplicação das leis, executadas não por pessoas ideais, e sim por pessoas reais em circunstâncias reais. Isso significa que as decisões de aplicação da lei

acarretarão, necessariamente, a *interpretação* da lei em situações imprevistas, de acordo com regras que não são sempre dedutivas.<sup>133</sup>

Historicamente, pressuposições de racionalidade foram imputadas a três tipos de legislador. Em primeiro lugar, como agente histórico autor da lei, ou seja, uma pessoa (ou um corpo coletivo) dotada de premissas epistêmicas e axiológicas mais ou menos determinadas<sup>134</sup>. Na perspectiva tradicional do discurso jurídico, como já foi demonstrado no capítulo IV, há referências à “vontade do legislador” histórico como se fosse um fato do passado que tem de ser reconstruído com a ajuda de instrumentos heurísticos. Em uma segunda concepção, o legislador é visto, no momento em que se toma uma decisão interpretativa jurídica, como órgão do presente, que decreta as leis. Esse legislador é uma entidade real, dotada de “vontade própria”, e apóia todas as leis vigentes, tidas como um conjunto coerente de regras decretadas. A reconstrução da sua vontade está centrada no presente e depende do uso de instrumentos adequados para esse fim.

Em uma terceira concepção, o legislador não é visto como um órgão que decreta as leis nem do passado nem do presente, mas sim como um constructo usado para fins justificativos e até heurísticos. Nessa abordagem, o receptor reconstrói o significado do emissor, projetando no texto uma noção de racionalidade. Ele não pergunta o que o emissor quis dizer e sim o que o emissor deveria querer dizer. O significado do receptor, desse modo, é o resultado da aplicação das idéias do receptor sobre a racionalidade da decretação da lei.<sup>135</sup> De acordo com esse ponto de vista, as duas concepções anteriores do legislador são consideradas tão inapropriadas quanto ingênuas, portanto, desnecessárias para a compreensão do raciocínio jurídico.

---

<sup>133</sup> Dascal, 2006: 366.

<sup>134</sup> As premissas epistêmicas incluem o conhecimento da lei e dos fatos considerados relevantes para a decisão em consideração. As premissas axiológicas incluem avaliações e regras específicas, que são levadas em conta para a justificação.

<sup>135</sup> De acordo com Dascal (2006), o constructo do “legislador racional” pode ser caracterizado por condições adaptadas de princípios pragmáticos: (a) o legislador racional é um agente racional, dotado de boas razões para suas decisões; (b) essas boas razões satisfazem critérios formais, por isso não podem ser inconsistentes (premissas epistêmicas, necessariamente fruto do que o legislador “deve crer”) nem incoerentes (premissas axiológicas, necessariamente fruto do que o legislador “deve desejar”); (c) o legislador racional é um usuário competente da língua (ou “falante ideal”, como diz Chomsky), por isso suas decisões e justificativas são formuladas na linguagem jurídica; (d) o legislador racional também um usuário competente das regras de raciocínio jurídico relevantes para suas decisões; (e) o legislador racional usa, de fato, as regras da linguagem jurídica e as regras válidas e relevantes do raciocínio jurídico.

(...) o legislador ao qual o raciocínio jurídico se refere não pode ser um órgão real, passado ou presente, e sim um constructo, que funciona como um ponto de referência ideal para a *definição* da racionalidade de uma decisão. Resumindo, esse legislador ou é um legislador racional ou um legislador perfeito. Somente o legislador como um constructo argumentativo é relevante para a análise do raciocínio jurídico.<sup>136</sup>

Assim como um intérprete racional não pode interpretar uma regra jurídica sem pressupor que ela foi decretada por um legislador racional, também um legislador racional deve pressupor que as regras que ele decreta serão interpretadas racionalmente. De certo modo, o conjunto duplo de condições referentes ao legislador e ao intérprete racional especifica, idealmente, o conjunto mínimo de conhecimento mutuamente compartilhado requerido para a interpretação racional ideal.

Embora algumas interpretações ainda se baseiem em termos da “vontade” do legislador histórico ou presente, é essa terceira abordagem que subjaz, de fato, à maioria das interpretações operativas contemporâneas. Assim, os argumentos para a escolha entre os diversos significados possíveis de uma regra jurídica obscura referem-se ao legislador racional, ou seja, se baseiam na suposição de que o legislador racional haveria sempre de escolher as regras jurídicas mais adequadas à implementação dos propósitos que ele estabelece para a lei, ao seu conhecimento e às suas avaliações justificadas. Os argumentos podem, então, atuar de modo positivo (apoiando a escolha de um significado por ela atender aos critérios do legislador racional) ou negativo (rejeitando a escolha de um significado por ela não atender a esses mesmos critérios). Na prática, em nenhum dos dois casos o argumento é conclusivo, porque raramente a referência ao legislador racional determina uma escolha interpretativa.

Existe, ainda, uma quarta abordagem – a Hermenêutica Filosófica – que concede liberdade total ao receptor, de forma que o significado do texto jurídico é inteiramente atribuído ao receptor, não apenas por meio de uma noção de racionalidade, mas fazendo uso de um conjunto completo de suposições oriundas do seu contexto. Idéias desse tipo foram expressas por partidários mais radicais dos movimentos do Direito Livre, mas hoje em dia são considerados

---

<sup>136</sup> Dascal, 2006: 369.

inaplicáveis, já que não alcançam os requisitos básicos de objetividade e brevidade, indispensáveis na prática legal.

Para a identificação das diferentes origens das indeterminações presentes nos textos legais, que será feita a seguir, haverá referências à vontade do legislador histórico, como hipótese explicativa para algumas delas. Porém, é preciso deixar claro, desde já, que esse tipo de suposição terá efeito limitado na interpretação de qualquer lei. Isso porque, nessa atividade, a possível intenção do emissor da mensagem não passará de uma especulação e importará menos do que questões contextuais atuais para a aplicação de qualquer norma.

## 7.2.

### **Constituições: essência e funções**

De maneira geral, as constituições podem ser entendidas superficialmente como a lei fundamental que, proclamada pela nação, baseia a organização do Direito público do país. Embora também precisem de aprovação legislativa para reger – o que, nesse sentido, também as faz leis –, as chamadas cartas magnas devem ser vistas como bem mais do que qualquer outra norma ou código do ordenamento jurídico de qualquer nação. Prova disso é que todos os dias são criadas novas leis ou alteradas leis antigas, mas mudanças em qualquer constituição – sejam elas pequenas alterações no texto, acréscimos ou retiradas de um único artigo – costumam exigir processos bem mais complexos.

Existem constituições que dispõem taxativamente que a Constituição não poderá ser alterada de *modo algum*; noutras, consta que para reformá-la não é bastante que uma simples maioria assim o deseje, mas que será necessário obter dois terços dos votos do Parlamento; existem ainda algumas onde se declara que não é da competência dos corpos legislativos sua modificação, nem mesmo unidos ao Poder Executivo, senão que para reformá-la deverá ser nomeada uma nova Assembléia Legislativa, *ad hoc*, criada expressa e exclusivamente para esse fim, para que a mesma se manifeste acerca da oportunidade ou conveniência de ser a Constituição modificada. Todos esses fatos demonstram que, no espírito unânime dos povos,

uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum.<sup>137</sup>

As constituições, portanto, devem ser entendidas como uma lei básica que constitui o verdadeiro fundamento das outras normas jurídicas de forma estável e capaz de orientar todos os caminhos em um Estado de Direito. Assim, como lei fundamental, ela funciona como uma força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, com que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes em um dado país sejam o que realmente são. Dessa forma, a partir da promulgação de qualquer constituição, não pode haver, naquele país, qualquer texto legal que a contrarie, o que se aplica para leis anteriores e posteriores a ela.

Isso reflete um conceito mais amplo do que são as constituições: representações reais e efetivas do poder. Nelas, são reunidas regras que traduzem uma tradição e uma hierarquia de influência nos destinos de um grupo nacional. Exatamente por isso é um erro julgar que as constituições são uma prerrogativa dos tempos modernos, afinal, mesmo sem um sistema organizado de artigos, sempre houve uma diretriz que orientou decisões políticas.

Todos os países possuem ou possuíram sempre e em todos os momentos da sua historia uma Constituição *real e verdadeira*. A diferença, nos tempos modernos – e isto não deve ficar esquecido, pois tem muitíssima importância –, não são as constituições reais e efetivas, mas sim as constituições escritas nas folhas de papel.<sup>138</sup>

Essa aspiração, própria dos tempos modernos, em que todo país possui uma Constituição escrita, só pode ter origem no fato de que se tenha operado uma transformação nos elementos reais do poder. Se as relações de poder continuassem as mesmas, não teria cabimento que uma sociedade desejasse – e tivesse capacidade de exigir – uma Carta Magna para si. Assim, uma Constituição escrita será sempre tão boa e duradoura quanto ela corresponder à Constituição *real* e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país (Lassale, 2001).

---

<sup>137</sup> Lassale, 2001: 8.

<sup>138</sup> Lassale, 2001: 27.

(...) as Constituições são produtos históricos e sociais; traduzem, em seus artigos, a correlação de forças sociais existentes numa dada sociedade em determinado momento de sua evolução histórica. Nesta correlação de forças, predominam necessariamente aquelas que representam a classe dominante na sociedade. Para examinar essa correlação de forças e entender como ela se manifestou na Constituição, é necessário recorrer à sociologia, à política, à economia e à própria história. Justamente essas ciências sociais revelarão, em nossa análise, as idéias e os pensamentos dominantes na sociedade. Analisar uma Constituição neste aspecto transcende a uma análise meramente jurídica.<sup>139</sup>

Nesse sentido, torna-se evidente que a criação de uma nova Constituição ocorre apenas nos casos em que há uma grande mudança na própria sociedade, em sua estrutura política, relações de poder e diretrizes gerais. Justamente por isso, as constituintes, sob o ponto de vista histórico, resultaram sempre de um rompimento com o passado em virtude do surgimento de novas situações sociais ou políticas, que para se cristalizarem, necessitam acabar com a situação até então dominante, seja por meios violentos – por via da insurreição – ou não.

Esse rompimento é um passo decisivo para o progresso social, permitindo que novas forças políticas venham à cena histórica para recolocar a nação em novos caminhos.<sup>140</sup>

### 7.3.

#### **Constituição de 88: contexto histórico e político, características e implicações**

Para compreender o significado geral da Constituição de 1988 – e específico de alguns de seus artigos –, é fundamental recorrer brevemente ao contexto histórico em que ela foi produzida. Assim, será possível entender o papel dos muitos participantes – diretos e indiretos – da produção do texto constitucional e identificar pressões sofridas, interesses em jogo e relações de

---

<sup>139</sup> Campos, 1990: 9.

<sup>140</sup> Campos, 1990: 10.

poder que, de alguma forma, tiveram alguma influência no resultado final da Carta Magna. Como o sentido de um texto e suas possíveis interpretações não estão isolados no próprio texto, urge que se analisem diferentes aspectos que podem explicar a forma e o conteúdo presentes nos artigos constitucionais, revelando, inclusive, possíveis estratégias por trás deles.

Depois de dez anos de forte repressão a partir do golpe militar de 1964, a posse do general Ernesto Geisel na presidência da República, em 1974, marcou o início de um processo lento e gradual de refluxo ditatorial no Brasil. Apesar da utilização de instrumentos discricionários que ensejavam a cassação de mandatos parlamentares e da decretação do recesso do Congresso Nacional, coube a Geisel, historicamente, a reação à violência física perpetrada pelo Estado brasileiro contra adversários políticos. Isso fica claro quando se recorda que, ao término desse governo, em outubro de 1978, a Emenda Constitucional nº 11 revogou os temidos atos institucionais e complementares, que se tornaram símbolos do regime de exceção instaurado em 64.

Indicado por Geisel, o general João Baptista de Oliveira Figueiredo foi eleito indiretamente pelo congresso em março de 1979. Reafirmando o compromisso de restauração da legalidade democrática, ele aprova a lei da anistia, que permite a volta dos brasileiros exilados, e a nova lei dos partidos políticos, que rompe com o bipartidarismo artificial da época. O movimento sindical, até então duramente reprimido, recomeça sua articulação no ABC paulista. Nesse contexto, a própria comunidade jurídica adere a uma já perceptível reivindicação pela convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte.

Nos anos seguintes, na dinâmica do processo político, a crescente e generalizada insatisfação com o regime militar resultou num amplo movimento suprapartidário que ganhou o nome de “Diretas Já”, cujo objetivo era o restabelecimento das eleições diretas para presidente da República. Com a pressão popular nas ruas das principais capitais do país, foi votada, em 1984, uma proposta de emenda constitucional que poderia restaurar o pleito direto. O resultado, entretanto, não traduziu a vontade popular: o quorum necessário para a aprovação da alteração na Constituição - dois terços do parlamento – não foi atingido. Frustração geral na nação.

Apesar da vitória, o regime militar já não apresentava unidade interna nem contava com apoio político suficiente. Assim, o Partido Democrático Social (PDS), de sustentação do governo, se divide, dando origem ao Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), principal agremiação de oposição.

Os dois partidos lançam seus candidatos para as eleições indiretas de 1985: Paulo Maluf e Tancredo Neves, respectivamente. Tancredo, candidato civil de oposição e um dos principais líderes da oposição moderada, vence, mas adoece e morre antes mesmo de tomar posse, pouco mais de três meses depois da votação. Ironicamente, quem assume o poder é seu vice, José Sarney, que fora um dos principais articuladores civis do regime militar. Mais uma vez, sensação geral de frustração em todo o país.

A rejeição popular e política a Sarney se agrava por conta dos desacertos econômicos – à exceção de um breve período de sucesso do “Plano Cruzado” no combate à inflação – e das freqüentes denúncias de corrupção. Nesse contexto de grande insatisfação, Sarney cumpre o compromisso de campanha assumido por Tancredo Neves e convoca, pela Emenda Constitucional nº 26, em novembro de 1985, uma Assembléia Nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição para o Brasil.

A Emenda Constitucional nº 26 previa a reunião unicameral dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e a eleição de uma Constituinte exclusiva, livre e soberana, que se dissolveria após a conclusão dos trabalhos. Não foi o que ocorreu. Optou-se pela outorga de poderes constituintes ao Congresso Nacional, inclusive com a participação dos senadores alcunhados de “biônicos”, resíduo autoritário do governo Geisel. Assim, a sétima e atual Constituição da República Federativa do Brasil foi elaborada por 559 integrantes: 72 senadores e 487 deputados federais durante 19 meses, de 1º de fevereiro de 1987 a 5 de outubro de 1988.

Percebe-se, diante desse cenário, que a promulgação da Constituição de 1988 em nada lembra a ruptura com o passado que caracterizou a criação de constituições ao longo da história. Havia, é claro, uma nova situação política, mas o desejado rompimento com o passado, tão importante para o posicionamento de novas forças no poder, não chegou sequer perto de ocorrer. Pelo contrário: as novas regras foram criadas por personagens que já estavam – e permaneceriam – no poder, muitos deles historicamente vinculados diretamente com o regime militar.

Em lugar de um rompimento com o passado, partiu-se para a conciliação. A conciliação, velha prática política que nos vem do Império, ocorreu justamente para evitar o avanço mais popular e progressista, que poderia colocar em risco a hegemonia da classe dominante. Articulada pelos políticos de várias tendências, a

conciliação impediu um total rompimento com o passado militar e autoritário. O período pré-constitucional, em virtude desse fato, não foi rico em discussões amplas e gerais, não ocorreram debates de caráter nacional sobre os graves problemas que afligem nossa nação. Ora, tudo isto contribuiu para uma quase desmobilização do povo, o que tornou a sua participação pouco influente nos debates sobre temas constitucionais. Isto tudo vai influir decisivamente na formação da Assembléia Constituinte como no seu resultado: a atual Constituição.<sup>141</sup>

Sem dúvida, a busca pela conciliação de novos e antigos personagens no poder marcou o processo de criação da Constituinte. A influência de militares e civis vinculados ao governo autoritário em todo o processo de formação da Constituinte e elaboração do texto constitucional fica nítida ao se perceber o forte ranço de corporativismo presente no texto final. Afinal, com a função de constituir os pilares elementares da “nova” sociedade brasileira, a Carta Magna de 1988 dá conta, também, de regras específicas de interesse de magistrados, membros do Ministério Público, advogados públicos e privados, polícias federal, rodoviária, civil, militar, corpo de bombeiros, cartórios de notas e registros e outros.

Para tornar isso possível, é claro, não faltou articulação política, revelada por uma prática ainda hoje tão comentada: a farra das trocas de partidos. Ao longo do processo, 15% dos constituintes mudaram de filiação partidária. Se, inicialmente, 13 partidos haviam eleito representantes, depois das trocas, um deles, sozinho, obteve maioria absoluta. Juntando as duas maiores bancadas, tinha-se dois terços do corpo parlamentar e constituinte.

Essa influência, contudo, não se limitou a pressões nos bastidores. Mais de duas décadas depois, historiadores têm poucas dúvidas de que, ao longo desse período, diversas manobras políticas tenham sido realizadas para tentar desviar a atenção da população para certas questões e dificultar o trabalho das forças de oposição mais radicais.

O ‘pecado original’, que foi a conciliação, marcou o processo constituinte. As eleições dos constituintes ocorreram juntamente com as eleições dos governadores. Isto dificultou a discussão dos grandes temas nacionais que iriam agitar a constituinte. No

---

<sup>141</sup> Campos, 1990: 10.

processo eleitoral, predominou o poder econômico, a influência dos grupos nacionais e estrangeiros, o pouco acesso dos candidatos à constituinte aos meios de comunicação. Durante a constituinte, nos momentos de discussão de sérios problemas, ocorreram pronunciamentos militares sobre assuntos jurídico-constitucionais, demonstrando a tutela do poder militar. Isto sem falar no 'lobby' organizado pelo Embaixador americano para influir na votação da Constituição.<sup>142</sup>

Tudo isso, é claro, não impediu que a população se envolvesse nas discussões acerca do texto da Constituição. De fato, houve um grau considerável de abertura social e pressão popular. Qualquer entidade associativa, ao lado de organismos institucionais – como câmaras de vereadores, assembleias legislativas e tribunais – tinha permissão para apresentar sugestões. Grupos de constituintes viajaram por todo o país e fizeram contato com diversas representações populares durante audiências públicas. A aparente disposição para estimular a participação do povo, entretanto, criou um ambiente descentralizado e pouco monitorado de avaliação dos anseios populares, situação agravada pela ausência de um anteprojeto ou de um estudo prévio que auxiliasse na organização das tarefas.

A ausência de um texto base e a ânsia de participação de todos os segmentos da sociedade civil, arbitrariamente aliados do processo político por mais de vinte e cinco anos, dificultaram significativamente a racionalização e a sistematização dos trabalhos constituintes. Divididos os parlamentares, inicialmente, em vinte e quatro subcomissões, oito comissões temáticas e uma Comissão de Sistematização, o processo constituinte padeceu das vicissitudes inevitáveis a um empreendimento desse porte naquele contexto, assim como de ingerências excessivas do Executivo e da dificuldade de formação de maiorias consistentes, mesmo em questões meramente regimentais.<sup>143</sup>

Assim, a organização e a articulação política, que sobravam no Congresso Nacional, faltavam na população. O resultado, sem dúvida, é uma participação popular considerável em números absolutos, mas pouquíssimo

---

<sup>142</sup> Campos, 1990: 14.

<sup>143</sup> Barroso, 1998: 42.

efetiva na prática. A grande pressa na redemocratização – evidenciada por slogans como “Diretas Já” e “Constituinte Já” – se traduziu, assim, numa participação desarticulada e desorientada. Prova disso são os números relativos às emendas de iniciativas populares, permitidas a partir da primeira versão do projeto da Constituição, em julho de 1985. Para que uma proposta fosse feita, eram necessárias 30 mil assinaturas de eleitores e a adesão de três entidades associativas. Mais de 12 milhões de assinaturas foram recolhidas, mas elas se transformaram em apenas 122 propostas de emendas, sendo que 39 delas sequer foram analisadas por não cumprirem formalidades – uma delas, por exemplo, era um manifesto de crianças, com mais de um milhão de assinaturas. Assim, a falta de maturidade e de uma mobilização política articulada relegou a segundo plano a influência popular no texto final da Constituição.

O exercício autoritário do poder desprestigiou e enfraqueceu os órgãos de representação política e afastou da vida pública as vocações de toda uma geração. O processo de amadurecimento democrático, de consciência política e de prática de cidadania ficou truncado. Agravou-se, ainda, pelo fisiologismo e clientelismo – que não podiam ser denunciados nem combatidos à luz do dia – a atávica superposição entre o público e o privado, com as perversões que a acompanhavam: favorecimentos, nepotismo, corrupção e descompromisso com a eficiência. O processo constituinte que resultou na nova Carta Política teve como protagonistas, portanto, uma sociedade civil marcada por muitos anos de marginalização e um Estado apropriado pelos interesses privados que ditavam a ordem pública e econômica até então.<sup>144</sup>

Diante do complexo cenário político descrito, fica bastante difícil sustentar que o texto de qualquer lei – e o da Constituição, em especial – possa ser visto como imparcial, livre de intenções ou estratégias, simplesmente como a expressão de uma entidade abstrata e isenta que seria o Estado. O “Estado”, na verdade, é formado por pessoas – muitas delas políticas – e a Carta Magna brasileira foi formulada num cenário de imensa instabilidade, cercado por fortes pressões de diferentes grupos, todos repletos de interesses. Para que se tenha uma idéia da intensa negociação referente ao texto da Constituição, basta

---

<sup>144</sup> Barroso, 1998: 44.

contabilizar as muitas etapas durante a formulação do texto e o surpreendente número de emendas propostas a ele.

Vinte e quatro subcomissões temáticas recolheram sugestões, realizaram audiências públicas e formularam estudos parciais. Estes foram reunidos em blocos de três a três, através de oito comissões temáticas. Só então a Comissão de Sistematização organizou o primeiro anteprojeto, em 15 de julho de 1987. A partir daí, tem-se uma tramitação formal, com emendas, pareceres e votações. Muitos impasses, negociações, confrontos. Ao todo foram apresentadas, durante as várias fases de comissões, Sistematização, primeiro e segundo turnos de plenário, 65.809 emendas. Existiram nove projetos, desde o de 15 de julho de 1987 até o último, a redação final, em setembro de 1988.<sup>145</sup>

Assim, com tamanha negociação, é absolutamente necessário que se encarem, fundamentalmente, os artigos constitucionais brasileiros de 1988 também como uma manifestação dos desejos e interesses das forças dominantes na época. Desejos e interesses esses, é claro, que – assim como as situações abordadas por Eisenberg & Phillips (1991) nas empresas – nem sempre podiam ser manifestados de forma explícita, principalmente quando envolviam temas polêmicos, seja internamente no Congresso, entre representantes de setores opostos, seja na relação dos políticos com a opinião pública. Nesse sentido, como em qualquer negociação, muitas vezes leva vantagem quem tem a maior competência lingüístico-discursiva e consegue escolher as palavras adequadas para as ocasiões certas.

[O texto constitucional] encerra princípios e regras divergentes entre si, quando não contraditórios. Isto decorreu, sem dúvida, de um fator político: (...) [a Constituinte] preferia, cada vez que uma questão se radicalizava, um acordo que, pelo menos aparentemente, contentasse a gregos e troianos. Tais acordos, realizados não raro sob a pressão dos lobbies (CUT, CGT, Contag, UDR, CNI, e uma infinidade de outros, discretos e eficientes), são responsáveis pelas normas ambíguas em que tropeça o intérprete em questões fundamentais.<sup>146</sup>

---

<sup>145</sup> Coelho, 1989: 20.

<sup>146</sup> Ferreira Filho, 1990: 1.

Nessa perspectiva, mais um fator contextual bastante relevante para a análise do texto constitucional precisa ser observado: todos os seus responsáveis diretos eram integrantes do poder na época e permaneceriam como tais pelo menos até o fim de 1989, quando seriam realizadas as primeiras eleições nacionais diretas, depois de um longo período de ditadura e eleições indiretas. Dessa forma, numa época em que todos os holofotes estavam voltados para o cenário político, a Assembléia Constituinte acabou por se transformar, muitas vezes, num verdadeiro palco que em que diversos “artistas” buscaram destaque. Não é por acaso que muitos dos integrantes dessa peça tornaram-se figuras conhecidas e importantes na política brasileira nos anos seguintes e até hoje, seja pelos cargos ocupados, seja pelos escândalos de corrupção em que se envolveram. Afinal, quem acompanha um pouco mais de perto os trabalhos em Brasília e nos governos regionais dificilmente não reconhecerá nomes como Aécio Neves, Benedita da Silva, César Maia, Fernando Henrique Cardoso, Francisco Dornelles, Geraldo Alckmin Filho, Jarbas Passarinho, Jorge Bornhausen, José Genoíno, José Serra, Luiz Inácio Lula da Silva, Mário Covas, Michel Temer, Miro Teixeira, Nelson Jobim, Renan Calheiros, Roberto Campos, Roberto Freire, Roberto Jefferson e Rubem Medina, todos liderados por Ulysses Guimarães, presidente da Constituinte.

Nesse sentido, duas forças exerciam natural influência na performance de cada ator naquele palco. Por um lado, todos os constituintes – mais do que já ocorre normalmente no jogo político – estavam em busca da construção de uma face (Goffman, 1980) adequada, que permitisse uma longa vida política. Assim, especialmente nos pontos mais visados – como o capítulo referente aos “Direitos e garantias fundamentais” –, era natural que houvesse uma grande preocupação tanto com seu conteúdo quanto com sua forma. A essência das “novidades democráticas” garantidas pela Constituição precisava parecer tão clara e incisiva quanto fosse possível, porque era exatamente o que tanto se ansiava na época e o que seria mais analisado.

Por outro lado, não se pode esquecer de que todos os integrantes da Constituinte tinham plena ciência de que estavam criando mecanismos, limitações e obrigações que eles próprios teriam que seguir enquanto ocupassem cargos em Brasília. Dessa forma, com o poder de formular as regras do seu próprio jogo, não parece exagero afirmar que eram mais do que previsíveis estratégias que permitissem aos políticos salvar suas próprias faces e, ao mesmo tempo, deixar pequenas brechas que pudessem ser usadas no

jogo político. Um ótimo recurso para isso foi justamente o uso de termos que, discretamente, davam maior carga de indeterminação de sentido a alguns artigos.

No caso da Constituição de 1988, a dificuldade de identificação desse uso estratégico de indeterminações de sentido não se dá tanto por conta do registro de linguagem utilizado, o que dá uma falsa sensação de clareza e precisão quando se observam os artigos isoladamente. De fato, a Carta Magna aparenta ter uma linguagem mais simples, o que dá ao cidadão comum a sensação de que o texto é mais acessível do que a maior parte das leis – talvez exatamente por ele ter sido produzido sob os olhares atentos de parcela da sociedade e da mídia. Isso porque termos técnicos e palavras já “aposentadas” do uso cotidiano não são tão freqüentes. Essa característica, entretanto, não a torna necessariamente mais transparente.

Para demonstrar por que a Constituição de 1988, com uma linguagem mais simples, não é necessariamente mais acessível e também dificulta a identificação de indeterminações de sentido, vale recorrer ao conceito do “princípio cooperativo” de Grice (1982). De acordo com o autor, os interlocutores se esforçam para se compreender mutuamente da melhor forma possível num processo comunicativo. Nesse sentido, ele cria quatro máximas: da Quantidade (fazer uma contribuição ser tão informativa quanto foi requerido), da Qualidade (fazer uma contribuição que seja verdadeira), da Relação (fazer uma contribuição relevante) e do Modo (fazer uma contribuição tão clara quanto for possível).

Ao empregarem uma linguagem muitas vezes desnecessariamente opaca, com construções sintáticas confusas e termos em desuso, pode-se dizer que os legisladores violam a máxima do Modo de Grice. Isso porque a “supermáxima” “seja claro” é tão desrespeitada quanto suas “submáximas”: “evite obscuridade de expressão”, “evite ambigüidades”, “seja breve” (evite prolixidade desnecessária) e “seja ordenado”. Como já foi discutido no capítulo III, isso às vezes se dá de forma arbitrária e excludente e, em outras, por uma necessidade de precisão dos textos legais.

Na Constituição de 1988, de maneira geral, outra máxima de Grice parece ser alvo de uma dupla violação: a da Quantidade. Para entender a primeira violação, basta saber que uma das críticas mais freqüentes em relação ao texto constitucional brasileiro se refere ao seu caráter excessivamente detalhista – que revela a grande influência de formalismo positivista de Kelsen. Em primeiro lugar porque existe um número considerado exageradamente

elevado de artigos (245 relativos às disposições constitucionais permanentes e outros 70 referentes aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), o que torna a Carta Magna brasileira uma das extensas do mundo. Em segundo lugar, porque diversos artigos são extremamente longos, freqüentemente com mais de 10 subdivisões, entre parágrafos, incisos e alíneas (apenas o artigo 5º, por exemplo, possui surpreendentes 77 incisos). Poucos juristas discordam da idéia de que muitos artigos incluídos na Constituição são desnecessários e poderiam ser retirados sem prejuízo para sua função, tornando o texto constitucional mais eficiente em termos de facilidade de compreensão. Dessa forma, fica caracterizada a primeira violação da máxima da Quantidade.

A segunda violação da máxima da Quantidade, na verdade, é conseqüência da primeira. Isso porque a opção por disposições constitucionais minuciosas foi historicamente justificada pelo temor – baseado em precedentes da história brasileira – de que normas muito gerais nem sempre são devidamente cumpridas pelo Congresso Nacional, permanecendo, assim, “letra morta”. Assim, optou-se por dizer “mais” para não correr o risco de dizer “menos”. Essa alternativa, no entanto, também justificou a inclusão de um grande número de artigos que não dizem “nada” além de que será criada uma lei complementar para regular determinado assunto. Afinal, seria preciso dizer “tanto” que era melhor criar uma lei que complementasse, posteriormente, com todos os detalhes, o funcionamento de certas normas.

Coincidência ou não, a Constituição não estabeleceu prazos para que essas leis complementares fossem criadas. E, provavelmente não por coincidência, alguns desses artigos que foram redigidos de maneira especialmente ampla são relativos exatamente à participação direta do povo no poder. Resultado: alguns deles levaram mais de dez anos para serem regulamentos e outros ainda não foram. Um exemplo é o art. 14, que decorre sobre a participação popular nas decisões políticas, cuja regulamentação só foi aprovada no fim de 1998. A demora, na época, motivou uma crítica contundente de Dallari (1998):

Como prova da inércia do Legislativo, deixando de elaborar uma lei complementar e com isso impedindo o exercício de direitos fundamentais da cidadania, basta lembrar que a Constituição de 1988 estabeleceu que todo o poder emana do povo e será exercido, em parte, por meio de representantes eleitos e, em parte, pelo próprio povo. Entre os instrumentos de exercício do poder diretamente pelo

povo, a Constituição enumera o plebiscito e o *referendum*. Valendo-se de sua maioria na Constituinte, os que preferem o povo afastado das decisões políticas conseguiram colocar na Constituição uma restrição, dispondo que esses meios de participação popular serão usados 'nos termos da lei', com isso tornando necessária a edição de lei complementar. Dez anos passados da vigência da Constituição, essa lei ainda espera que o Congresso cumpra seu dever constitucional e legisle.<sup>147</sup>

Assim, observa-se que a máxima da Quantidade de Grice é duplamente violada pela Constituição de 1988. Isso porque ela é excessiva e desnecessariamente descritiva em alguns artigos ao mesmo tempo em que simplesmente não determina nada em outros.

Vale ressaltar, ainda, a relevância das muitas etapas por que passou cada artigo da Constituição até atingir o texto final. Afinal, é preciso ter em mente esse processo quando se cogita a hipótese de que haja, na Carta Magna, o que Kelsen chamou de defeito técnico, ou seja, falhas de redação. É evidente que, mesmo diante de tantos olhos atentos e interessados, durante um período tão longo, eles podem até ocorrer – já que não há garantia possível do contrário –, mas certamente supostos casos podem ser considerados exceções, já que não caracterizam uma quantidade significativa.

Além disso, não há mecanismos racionais consistentes para se afirmar, com certeza e precisão, especialmente no caso de leis, quando um texto gramaticalmente correto possui uma indeterminação causada por um defeito técnico não intencional. O máximo que se pode fazer é especular, por meio da comparação das formas lingüísticas empregadas com a interpretação-produto jurisprudente de um artigo, se determinado enunciado foi escrito de maneira mais vaga ou ambígua como recurso estratégico intencional. É exatamente o que ainda será feito neste capítulo.

É preciso acrescentar, ainda, que supostos defeitos técnicos presentes na Constituição, na realidade, são irrelevantes para a atividade interpretativa. Mesmo que fossem identificáveis com precisão, essas falhas não poderiam ser consideradas como um fator de influência na atribuição de sentido de um artigo. Afinal, fazê-lo seria o mesmo que aceitar a antiga idéia de que o significado de um texto legal está apenas na intenção e na vontade do legislador histórico. No caso da Constituição, mais do que em qualquer outra lei, além de injustificável,

---

<sup>147</sup> Dallari, 1998: 35.

isso seria uma grande utopia, já que cada artigo foi produzido e aprovado por centenas de parlamentares e avaliado por milhões antes de ser publicado.

Nesse sentido, na análise da Constituição brasileira de 1988, os defeitos técnicos sugeridos por Kelsen são ao mesmo tempo: (i) improváveis, devido aos cuidados e revisões por que todos os artigos passaram; (ii) impossíveis de serem identificados racionalmente com uma margem satisfatória de certeza; (iii) pouco relevantes, já que o texto precisará ser interpretado muito mais com base no que ele é no contexto atual do que em hipóteses sobre o que o legislador pretendia que ele fosse. Dessa forma, a análise que se seguirá desconsiderará possíveis falhas não intencionais.

#### 7.4.

#### **Indeterminações de sentido: ambigüidades e vagezas**

Quando se deparam com documentos normativos, os intérpretes podem se defrontar com uma série de problemas relativos à indeterminação de sentidos. Embora esse fenômeno venha sendo largamente analisado nas últimas décadas, isso tem ocorrido de forma bastante difusa. O resultado é uma elevada quantidade de nomenclaturas e conceitos que, longe de apresentarem fronteiras e definições claras, variam de acordo com uma série de posicionamentos teóricos de cada autor acerca de propriedades da linguagem.

A literatura sócio-pragmática do discurso vem indicando a indeterminação do significado como inerente à interação e à língua em uso. Nas áreas referidas, o fenômeno da indeterminação se relaciona com termos como 'ambigüidade' (Goffman, 1974, 1981; Schegloff, 1984; Blum-Kulka e Weizman, 1988; Green, 1996), 'polissemia' (Green, 1996), 'indiretividade' (Labov e Fanshell, 1977; Tannen, 1981, 1986; Brown e Levinson, 1986; Blum-Kulka, 1987), 'sub-especificação' (Green, 1996), 'vagueza' (Goffman, 1974), 'mal-entendido' (Tannen, 1981, 1986; Blum-Kulka e Weizman, 1988; Dascal, 1999; Weigand, 1999), 'ambivalência' (Wajnryb, 1998), 'comunicação paradoxal' (Bateson, 1972) e, inclusive, 'indeterminação' (Green, 1996, Chang, 1999). A profusão de termos nos revela o quanto a indeterminação pragmática, embora de forma

não sistematizada, vem sendo tratada como um fenômeno central à língua em uso, ao discurso e à interação<sup>148</sup>

Percebe-se, portanto, que as divergências entre abordagens discursivas implicam diferenças no escopo de fenômenos analisados sob o rótulo “indeterminação”.

A literatura, inclusive da área da semântica, vem também consolidando o termo “ambigüidade pragmática” ou ainda “ambigüidade discursiva”. A maior parte destes estudos defende a “ambigüidade pragmática” ou “discursiva” enquanto um objeto específico (Blum-Kulka e Weizman, 1988; Green, 1996; Illari, 1997; Fredsted, 1998; Wajnryb, 1998), diferenciado da “ambigüidade semântica”. Em termos genéricos, a ambigüidade pragmática é relativa à totalidade do discurso, e não a itens lexicais ou sentenças; por exemplo, itens lexicais polissêmicos isolados de um contexto não configurariam esse tipo de ambigüidade. Esse termo, no entanto, carece de definição mais precisa.<sup>149</sup>

Para o que se pretende demonstrar, na verdade, pouco importará que tipo específico de indeterminação estará presente no texto legal. Bem mais importante será a identificação de suas possíveis origens, motivações e funções, tarefa que prescindirá de classificações mais sofisticadas. Nesse sentido, esta dissertação adotou como base a classificação proposta por Sgarbi (2007a), que, apesar de sua simplificação, pareceu suficiente para o tipo e a natureza da atividade analisada. O autor destaca a ambigüidade e a vagueza como fenômenos mais relevantes em termos de interpretação de leis.

Segundo Sgarbi (2007a), por “ambíguo”, entende-se o texto que comporta muitos sentidos, com o que há dúvida a respeito de que norma lhe corresponde. Embora uma dose de ambigüidade seja inerente à linguagem, é possível identificar textos legais dotados de ambigüidades “severas” que promovem uma maior instabilidade e uma imprevisibilidade acentuada a eles. Nesse sentido, as ambigüidades podem ser de três tipos:

---

<sup>148</sup> Martins, 2002: 87.

<sup>149</sup> Martins, 2002: 108.

**a) Sintática:** é a ambigüidade decorrente da construção gramatical da frase, normalmente relacionada à maneira com que a oração é estruturada, como as palavras estão conectadas entre si.

**b) Semântica:** é a ambigüidade decorrente do sentido de seus predicados. Uma frase é semanticamente ambígua quando para a pergunta “que coisa se entende?” há uma pluralidade de respostas. Como exemplos disso, pode existir a ambigüidade entre termos “processo-produto” (“pintura” e “interpretação”, por exemplo) e casos de homonímia e polissemia (“manga”: fruta ou parte da camisa).

**c) Pragmática:** é a ambigüidade que diz respeito ao uso que permite determinado emprego de maneiras distintas. Por exemplo: “é permitido entrar no clube com traje de banho”. Tal permissão decorre da ausência de uma norma proibitiva ou da presença de uma norma permissiva elaborada pela autoridade competente?

Por “vago”, designa-se o texto que apresenta resposta duvidosa para pergunta “a que coisa ele se refere”. A vagueza é resultante do fato de não se poder precisar características ou propriedades que conformam o significado de uma palavra. Dessa forma, é impossível determinar um limite de aplicação e inaplicação. Nesse sentido, pode-se dizer que uma lei pode apresentar três “situações”: (i) certeza positiva de aplicação; (ii) certeza negativa de aplicação; (iii) zona de penumbra, que se deve à presença de termos vagos. Um exemplo simples disso: a palavra “jovem” quase sempre será adequada para uma pessoa de 17 anos e quase nunca a alguém de 80. Uma pessoa de 35 anos, no entanto, a priori é jovem ou não? É claro que, como já foi discutido, será sempre preciso considerar o contexto em que o termo é empregado, mas as leis nem sempre fornecem informações contextuais suficientes para tal distinção. Dessa forma, os textos legais podem apresentar dois tipos principais de vagueza, nos quais a indeterminação pode ser relativa aos próprios conceitos em tese ou em uma *praxis* empiricamente constatada.

**a) Textura aberta:** é a vagueza decorrente da indeterminação potencial que qualquer expressão não contextualizada apresenta. Portanto, há uma oscilação potencial no uso das palavras. O exemplo da palavra “jovem”, citado anteriormente, é ilustrativo.

**b) Conceitos controvertidos:** é a vagueza decorrente da indeterminação concreta (ou atual) de uma expressão diversamente contextualizada. Exemplos

típicos do que Gallie <sup>150</sup> chamou de termos “essencialmente controvertidos” são “poder” e “liberdade”, já que seus significados envolverão infinitas e inevitáveis disputas sobre seus usos apropriados da parte de seus usuários. Um conceito é “essencialmente controvertido” quando: (i) é valorativo, no sentido de que atribui aos casos de aplicação do conceito a posse de alguma coisa valiosa ou não; (ii) a estrutura do conceito é internamente complexa de maneira que permite critérios distintos que reconstroem seu significado e que competem entre eles; (iii) apresentam casos, reais ou hipotéticos, que são paradigmas de aplicação do conceito.

De maneira geral, pode-se dizer que foi encontrado um número considerável de casos mais flagrantes de indeterminações no corpus analisado. Entre os termos encontrados estão adjetivos com elevado teor de subjetividade, como “negligente”, “abusivo”, “adequada” e “notório”, além de advérbios igualmente dotados de alta carga de vagueza, como “temporariamente” e “periodicamente”. Os artigos 37, 49, 50, 52, 55 e 73 são alguns dos exemplos.

**Art. 37, § 3º:** *A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:*

*III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.*

**Art. 49:** *É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*

*I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;*

*VI - mudar temporariamente sua sede;*

*XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;*

**Art. 50:** *A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificção adequada.*

---

<sup>150</sup> Apud Sgarbi, 2007a: 528.

**Art. 52:** *Compete privativamente ao Senado Federal:*

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

**Art. 55:** *Perderá o mandato o Deputado ou Senador:*

II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar;

**Art. 73:** *O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96.*

§ 1º - *Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:*

II - idoneidade moral e reputação ilibada;

III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

Por coincidência ou não – provavelmente não –, praticamente todos os casos mais flagrantes de indeterminação de sentido estão presentes em artigos que instituem regras ou limitações específicas para governantes e legisladores. Nos artigos 39, 40 e 41, que estabelecem os direitos dos servidores públicos, por exemplo, a Constituição parece especialmente clara, sem dar grandes margens a interpretações que possam ampliar os benefícios desse setor (Ver Anexo 1). Essa percepção, por si só, já pode ser considerada um forte indício de que parte das vagezas e das ambigüidades presentes nos textos legais de fato seja fruto de uma estratégia dos legisladores para permitir uma maior negociação política ou até mesmo o não cumprimento de algumas regras.

Para reforçar essa hipótese, as duas subseções seguintes analisarão três artigos: no primeiro deles (art. 37, I), há casos de vagueza e ambigüidade compreendidas como resultantes da necessidade do funcionamento das leis e de uma mudança contextual imprevista. Nos outros dois (art. 59 – LC 95/98, art. 11; e art. 62), entende-se que a presença dessas indeterminações é motivada por um desejo do legislador de reduzir a força e a aplicabilidade das regras estabelecidas.

### 7.4.1.

#### Indeterminações necessárias ou imprevistas

Como foi visto no capítulo IV, a ótica positivista não impediu que Hans Kelsen reconhecesse, na Teoria Pura do Direito, que os textos legais precisam, muitas vezes, ser menos precisos para suprir uma inevitável limitação no funcionamento dos sistemas legislativo e judiciário. Segundo o autor, isso ocorre devido à necessidade do legislador de permitir que o julgador adéqüe penas distintas às possíveis transgressões ocorridas. De fato, como a violação de uma mesma regra pode ter incontáveis atenuantes ou agravantes, é preciso criar uma abertura em relação à conseqüência condicionada. Isso significa que o juiz deverá contar com uma flexibilidade para aplicar penas mais brandas ou mais severas a atitudes consideradas menos ou mais subversivas.

Além disso, certas indeterminações de sentido são necessárias, nas leis, também em relação ao seu fato condicionante. Explica-se: diferente do que o senso comum normalmente entende, o Direito não *limita* condutas, mas sim *motiva* condutas. Isso porque as leis, como mecanismo prático de aplicação, não impedem comportamentos: elas apenas estabelecem punições para quem agir de determinadas maneiras, teoricamente consideradas inadequadas pela sociedade ou pelo governo. Assim, mesmo nos regimes mais fechados, há sempre um “mínimo de liberdade”, correspondente à ausência de disciplina da conduta humana por conta da limitação técnica do próprio Direito <sup>151</sup>. Nesse sentido, como é impossível escrever textos legais tão detalhados que abordem todas as possibilidades humanas de conduta, a produção de textos legais menos precisos cumpre a função de permitir o julgamento de atitudes não descritas expressamente. Até porque, ainda que fosse viável, num momento específico, listar todos os comportamentos possíveis acerca de uma determinada situação, essas possibilidades sempre se alterariam ao longo do tempo, por conta do desenvolvimento tecnológico e outros fatores. Por tudo isso, apesar das técnicas de alteração e revogação normativa, o texto legal precisa ter um mínimo de abertura para permitir adequações em sua aplicação.

Um exemplo emblemático disso é a polêmica em torno dos “crimes” virtuais, cometidos por meio da internet. Como a Grande Rede é, como fenômeno popular, bastante recente no Brasil, ainda não há uma regulamentação específica para atos como invasões de redes, rastreamento,

---

<sup>151</sup> Sgarbi, 2007b: 6.

criação de *spams* e invasões de *hackers*. Isso não significa, é claro, que não se possa aplicar punição a quem tem esse tipo de comportamento. Para isso, no entanto, é preciso interpretar normas já existentes, como, por exemplo, as normas que regulam o sigilo e a violação de correspondência.

Um exemplo hipotético pode contribuir para o esclarecimento da questão. Imagine-se uma lei ordinária, datada de 1760, que regule o uso de parques municipais numa determinada cidade. A redação do texto apresenta o aparentemente claro e preciso trecho: “é proibido o tráfego de veículos em parques municipais”. Na época em que a lei foi escrita, o legislador provavelmente pensou em carroças e carruagens como “veículos” proibidos, afinal, não existiam carros, por exemplo. Caso ele tivesse dito, expressamente, “é proibido o tráfego de carroças e carruagens nos parques municipais”, essa lei hoje teria perdido completamente sua eficácia, afinal, não se vê mais esse tipo de meio de transporte na maioria das cidades. Ao não definir detalhadamente a quais veículos a lei se aplica, o legislador criou uma pequena margem interpretativa que torna aquela norma útil até hoje. Sem fazer qualquer alteração no texto, está proibida a passagem de carros, motos, caminhões e ônibus, por exemplo, nas áreas dos parques municipais. Da mesma forma, daqui a alguns anos, quando forem inventados novos tipos de veículos, que hoje sequer podem ser imaginados, os juízes terão a responsabilidade de verificar se o acesso deles deve ser vedado ou não.

Esse tipo de recurso, portanto, é fundamental para o funcionamento do sistema jurídico de qualquer país. Fazer a alteração em uma lei certamente não é tão trabalhoso, mas esse tipo de revisão seria necessário quase diariamente em todas as incontáveis normas de um complexo e numeroso ordenamento legal, principalmente devido à acentuação da velocidade de desenvolvimento tecnológico contemporâneo.

O legislador racional não se abstém, necessariamente, de formular textos jurídicos com a ajuda de expressões imprecisas e avaliativas – como, por exemplo, nas chamadas cláusulas gerais. Ao fazê-lo, ele cria propositalmente uma liberdade interpretativa, deixando a tarefa de uma determinação mais precisa do significado para os órgãos que aplicam a lei.<sup>152</sup>

---

<sup>152</sup> Dascal, 2006: 370.

Apesar de necessária, essa abertura dos textos acaba, também, por dar grande poder aos juízes e criar elevadas possibilidades de brigas judiciais. Afinal – retomando o exemplo da lei hipotética que proíbe o tráfego de veículos em parques municipais –, um carro, um ônibus e uma moto certamente são hipônimos do termo “veículo”, mas há casos em que essa relação é bem menos óbvia. Uma bicicleta é um veículo? E um skate? Um carrinho de bebê? Um patinete? Um cavalo? E o que dizer de um ainda não inventado cilindro de gás que, preso nas costas de uma pessoa, permite que ela realize pequenos vôos?

Um exemplo real: o termo “homem”, no Direito, não era, tradicionalmente, considerado impreciso, já que ele foi juridicamente estabilizado como referente a pessoas de qualquer gênero ou idade. Para isso, ele também foi diferenciado de casos especiais, como “feto” e “nascituro”. Nas últimas décadas, a capacidade tecnológica de manter “vivos” organismos humanos sem atividade cerebral, no entanto, criou uma dúvida: esses organismos devem ser considerados “homens” ou não? Será que desligar a os aparelhos que o alimentam equivale a tirar sua “vida”? Percebe-se, assim, que essa dúvida, legalmente, tem uma relação direta com a discussão acerca da aprovação da eutanásia. O mesmo acontece, em outro exemplo concreto e recente, em relação à disputa judicial, no Brasil, sobre a utilização de embriões como objeto de pesquisa de células-tronco. O principal argumento utilizado pelos que defendem a proibição dessa prática científica é a garantia constitucional do respeito à vida. Mas o que é a “vida”? Quando ela começa? Um embrião já configura uma forma de vida? Ou ela só é iniciada quando é formado um sistema nervoso, como alega uma parcela dos cientistas?

Nos dois exemplos citados no parágrafo anterior, as perguntas não poderão ser respondidas com base apenas em justificativas lingüísticas. Não há certo e errado. Para obter respostas, serão levados em conta fatores morais, culturais, econômicos, religiosos, políticos etc. Os argumentos terão as mais variadas naturezas, mas nenhum posicionamento necessariamente refutará os outros de maneira definitiva. Daí o grande poder indiscutivelmente nas mãos de juízes e tribunais. Nesse sentido, mesmo leis que pretendem ser claras e precisas – e, empiricamente são, ao menos inicialmente –, muitas vezes podem, com o tempo, tornar-se duvidosas.

Não é possível decidir a priori se um termo é impreciso ou não, pois (... ) não é possível prever todas as características da realidade que

podem se tornar relevantes para a aplicação de um termo em diversas situações.<sup>153</sup>

A presença de indeterminações de sentido necessárias e imprevistas pode ser ilustrada por meio de uma análise do artigo 37 da Constituição de 1988. A escolha dessa norma se justifica pelo fato de que bastam o caput (texto inicial) e o primeiro inciso para que se identifiquem as duas situações citadas. O referido artigo sofreu uma Emenda Constitucional (EC 19/98), mas as pequenas alterações não influenciaram nos fenômenos lingüísticos que serão analisados.

### **Redação original**

**Art. 37:** *A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:*

### **Redação emendada (1998)**

**Art. 37:** *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:*

Não é preciso um olhar tão atento ou apurado para perceber que existe uma elevada carga de vagueza nos termos “legalidade”, “impessoalidade”, “moralidade”, “publicidade” e “eficiência” (este último presente apenas no texto alterado pela Emenda Constitucional), principalmente por eles estarem ligados ao substantivo “princípio”, igualmente abstrato. Afinal, o que vem a ser o “princípio da moralidade”? E o “princípio da eficiência”?

Para entender por que se propõe que os casos citados são vagezas necessárias ao ordenamento jurídico, é preciso recorrer à função que os princípios desempenham na criação e na interpretação de leis.

Derivado do latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o *começo da vida* ou o *primeiro instante* em que as

---

<sup>153</sup> Dascal, 2006: 357.

pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as *normas elementares* ou os *requisitos primordiais* instituídos com base, com alicerce de alguma coisa. E, assim, *princípios* revelam o conjunto de *regras* ou *preceitos*, que se fixaram para servir de *normas* a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer *operação jurídica*. Desse modo, exprimem sentido mais relevante que o da própria norma ou *regra jurídica*. Mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-se em perfeitos *axiomas*. (...) Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito, são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos Direitos.<sup>154</sup>

Os princípios, portanto, são valores subjetivos, que, expressamente presentes nas leis ou não, cumprem o papel de orientar um caminho a ser seguido pelo legislador e pelos juízes. Nesse enquadre, nota-se que o julgamento do sentido desses princípios dependerá de avaliações subjetivas de valor, por isso pode-se afirmar que o entendimento (e a aplicação) desses termos terá uma relação inevitável com o conceito de ideologia. Para isso, vale recorrer à definição feita por Dantas (1995), coerente com as propostas apresentadas no capítulo II desta dissertação: “um conjunto de juízos de valor sobre matérias políticas, econômicas, sociais, culturais etc., que, em conseqüência de sua aceitação pela maioria dos diversos segmentos sociais, transformar-se-á em valores da própria sociedade”.<sup>155</sup>

Princípios são uma categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade.<sup>156</sup>

---

<sup>154</sup> Plácido de Silva, 1991; In: Dantas, 1995: 54.

<sup>155</sup> Dantas, 1995: 50.

<sup>156</sup> Dantas, 1995: 59.

Assim, expressos em lei ou não, os princípios são considerados fundamentais para a atividade interpretativa e estão diretamente ligados a questões ideológicas. Os casos citados são necessários ao ordenamento jurídico simplesmente porque é impossível definir padrões de comportamento gerais para a administração pública sem dar essa grande margem de sentido. Por se tratar de uma regra geral – e não de um mecanismo constitucional específico –, ao citar quais princípios devem basear as decisões políticas, na verdade, o que se pretende é especificar mais essas orientações, sem limitar sua aplicação.

(...) em linguagem jurídica, [princípio] não tem definição clara nem unânime. É algo que devemos admitir como pressuposto de todo ordenamento jurídico e aflora de modo expresso em múltiplas e diferentes normas, nas quais o legislador muitas vezes necessita mencioná-lo. São linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, promovem e embasam a aprovação de normas, orientam a interpretação das existentes e resolvem casos não previstos.<sup>157</sup>

Por conta disso, pode-se perceber que a presença de termos vagos no caput do art. 37 é um recurso que, na verdade, serve para explicitar parâmetros que supostamente já seriam utilizados na aplicação de cada inciso. Ao fazer isso, o legislador tenta reforçar esses valores, que, inevitavelmente têm que ser subjetivos. No fundo, por tudo isso, a citação dos princípios também serve para fundamentar e legitimar a aplicação das normas listadas.

No plano jurídico, o vocábulo fundamento ‘deve ser entendido como’ o valor ou o conjunto de valores que legitima a ordem jurídica, o sistema jurídico, os institutos jurídicos, revelando a razão de ser de sua imperatividade. A indagação do fundamento é uma interrogação constante em todos os setores do mundo jurídico, quer quanto às teses primeiras e fundamentais da Jurisprudência, em geral, quer quanto aos sistemas, à ordem jurídica, aos institutos particulares de cada ramos da árvore do Direito.<sup>158</sup>

---

<sup>157</sup> Costa, 1985: p. 686; In: Dantas, 1995: 55-56.

<sup>158</sup> Cretella Junior, 1983: 195-196; In: Dantas, 1995: 56-57.

Na metáfora dos jogos de linguagem de Wittgenstein, a única maneira de verificar o sentido de um enunciado é observar a reação de quem o interpreta. Analogamente, analisar o efeito que essas vagezas causam na interpretação do texto constitucional implica fazer o mesmo: verificar até que ponto elas causam algum efeito prático. Nesse sentido, pode-se dizer que a quase totalidade dos autores reconhecem a aplicação direta de certos princípios, todos definidos por parâmetros minimamente estanques, que possibilitam seu uso. Alguns exemplos são: legalidade, supremacia do interesse público sobre o interesse privado, impessoalidade, presunção de legitimidade, especialidade, publicidade, moralidade administrativa, razoabilidade, motivação, finalidade e proporcionalidade, devido processo legal e da ampla defesa.

O Princípio da Publicidade, por exemplo, determina que os atos da Administração Pública devem ser implementados de modo que todos os administrados possam ter pleno conhecimento das atividades estatais com o fito de melhor fiscalização do exercício do poder. O Princípio da Legalidade, por sua vez, não só determina que a Administração Pública seja prisioneira da lei (garantindo a preservação do próprio Estado de Direito), mas também tem íntima relação com o Princípio da Moralidade.

O princípio da legalidade adquiriu nova dimensão com a ascensão do princípio da moralidade ao status constitucional. Não se legitima mais o princípio da legalidade por estar simplesmente positivado no ordenamento jurídico. Daí a necessidade de os atos administrativos estarem de acordo com os princípios éticos e morais norteadores da Administração Pública. Assim, insuficientes são aqueles atos administrativos que, mesmo ostentando um status de aparência de legalidade, discrepem dos valores éticos previstos e respeitados em determinada comunidade. Neste sentido, pode-se dizer que a legalidade ética é a conformação harmoniosa dos princípios da legalidade e da moralidade.<sup>159</sup>

Vale dizer, ainda, que os princípios (fundamentais e gerais) são posicionados, pelos estudiosos do Direito Constitucional, no alto da hierarquia legal, como algo mais importante e digno de respeito do que as próprias normas constitucionais, por mais vagos que eles sejam.

---

<sup>159</sup> Peixinho, 2006: 532.

Há uma hierarquia no inter-relacionamento desses princípios com outras normas da Constituição Federal e, sobretudo, com outros princípios constitucionais (sintaxe jurídico-constitucional) que põe a lume a maior importância dos seus princípios.<sup>160</sup>

Por conta do reconhecimento da importância e da aplicabilidade desses princípios, os juristas freqüentemente recorrem a eles para fazer alegações e apresentar argumentos para determinadas interpretações legais. Embora vagos – como precisam ser para existirem e funcionarem – eles têm grande força na definição de processos legais. Isso porque violações mais flagrantes da zona de certeza que há por trás de conceitos tão subjetivos são consideradas práticas gravíssimas no universo do Direito.

A violação de um princípio constitucional importa em ruptura da própria Constituição, representando por isso uma inconstitucionalidade de consequências muito mais graves do que a violação de uma simples norma, mesmo constitucional. A doutrina vem insistindo na acentuação da importância dos princípios para iluminar a exegese dos mandamentos constitucionais. (...) Impõe-se a conclusão pela eficácia eminente dos princípios na interpretação das normas constitucionais. É o princípio que iluminará a inteligência da simples norma; que esclarecerá o conteúdo e os limites da eficácia das normas constitucionais esparsas, as quais têm que se harmonizar com ele.<sup>161</sup>

O efeito da presença explícita dos princípios constitucionais pode ser evidenciado por diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, como demonstrado em dois exemplos a seguir. O primeiro é o veto do STF a uma interpretação legal que pretendia incluir o pagamento de um adicional noturno a servidores públicos inativos. O segundo refere-se ao veto de uma tentativa dos vereadores de interpretar uma lei de forma que ela não impedisse que eles próprios fixassem um novo limite para sua remuneração durante a vigência de sua própria legislatura, ou seja, não apenas para os próximos mandatos.

---

<sup>160</sup> Borges, 1975: 8; In: Dantas, 1995: 86.

<sup>161</sup> Borges, 1975: 13-14; In: Dantas, 1995: 59.

**STF, 2ª T., AgRgAg 383828-5-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, 17 de dez. de 2002** – *Os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade administrativa legitimam a fundamentação da decisão que conclui ser indevido o pagamento de adicional noturno a servidor inativo.*

**STF, 2ª T., RE 206889-MG, rel. Min. Carlos Velloso, 25 de jan. de 1997** – *Fixando os Vereadores a sua própria remuneração, vale dizer, fixando essa remuneração para vigor na própria legislatura, pratica ato inconstitucional lesivo não só ao patrimônio material do Poder Público, como à moralidade administrativa, que constitui patrimônio moral da sociedade.*

Por tudo isso, percebe-se que a vagueza presente nos termos “legalidade”, “impessoalidade”, “moralidade”, “publicidade” e “eficiência”, que caracterizam o igualmente abstrato substantivo “princípio”, ao mesmo tempo em que permite que o Poder Judiciário recorra a certos valores para justificar suas decisões, não restringe situações em que eles podem ser usados. Isso porque o sentido desses termos será reinterpretado ao longo do tempo, sempre em função dos valores presentes na sociedade, ou seja, de acordo com a ideologia vigente. Por tudo isso, pode-se afirmar que são casos em que a vagueza é necessária.

Por outro lado, o mesmo art. 37, em seu primeiro inciso, apresenta um caso de ambigüidade em parte fruto de mudanças no mundo, que aumentaram as possibilidades de sua interpretação.

### **Redação original**

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei.

### **Redação emendada (1998)**

I – os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei.

Durante muitos anos, a redação original e a emendada foram tidas como “claras”, capazes de gerar o já mencionado fenômeno da “compreensão direta”. Isso porque a única interpretação feita até então – e, por isso, considerada a única possível – era a de que, desde que cumprissem requisitos fixados em leis

complementares – como idade e escolaridade para determinadas funções – todos os brasileiros estariam aptos a concorrer e ocupar cargos, empregos e funções públicas.

Faz parte, entretanto, do trabalho do advogado, observar os textos legais com um olhar crítico o bastante para identificar, no uso das palavras, possíveis sentidos que lhe sejam interessantes. Embora não tenham uma formação acadêmica voltada para questões lingüísticas, os operadores do Direito tidos como mais competentes invariavelmente são também os mais hábeis e sensíveis com os recursos que a linguagem oferece.

Nos últimos anos, principalmente com a popularização da internet e a sua conseqüente participação em praticamente todas as atividades sociais, esse inciso passou a ser considerado ambíguo. Segundo uma nova interpretação feita por advogados especializados em concursos públicos, o termo “acessível” não significa apenas que os brasileiros podem ocupar os referidos cargos, empregos e funções. Segundo alegação desses especialistas, esse inciso pode ser entendido também como uma obrigação que o governo tem de permitir o acesso aos meios necessários para que o um candidato a concursos públicos possa, no mínimo, fazer sua inscrição, principalmente quando ela ocorre por meio da internet. Isso porque a falta de computadores pode ser interpretada como uma limitação imposta pelas comissões organizadoras dos concursos, num cenário em que o acesso às inscrições tem que ser o mais amplo possível.

De acordo com essa alegação – absolutamente pertinente, principalmente no contexto de uma sociedade altamente dependente da internet –, portanto, o governo estaria obrigado a criar mecanismos para tornar, de fato, a ocupação desses cargos acessíveis a todos. Nesse sentido, é necessário criar, por exemplo, espaços públicos e gratuitos com computadores nos quais qualquer candidato pode se inscrever. Caso isso não ocorra, configura-se um caso de possível ação judicial, que será julgada de acordo com a interpretação do juiz. Ainda não existe uma jurisprudência fixada para isso, ou seja, um número suficientemente grande de decisões idênticas que sirvam como base para futuros julgamentos.

Percebe-se, portanto, que o art. 37, I é um caso bastante nítido de indeterminação de sentido – uma ambigüidade, no caso – fruto de uma interpretação que não foi realizada durante muitos anos, mas que passou a ser possível principalmente depois da popularização da internet e, de forma geral, da presença dos computadores no cotidiano do país. Diante disso, pode-se

apontar esse dispositivo constitucional como um exemplo de indeterminação imprevista, fruto de mudanças no contexto.

#### 7.4.2.

#### **Indeterminações de uso estratégico**

Toda a situação descrita demonstra como a ambigüidade e a vagueza são essenciais para o funcionamento aplicado das leis e que, mesmo nos casos em que se busca a clareza, o contexto variável de aplicação pode suscitar dúvidas em relação a termos ou enunciados. O que a doutrina do Direito pouco considera é que essas indeterminações de sentido nem sempre são fruto da necessidade do Direito ou de mudanças imprevistas de contexto. Por vezes, elas fazem parte de uma estratégia, na qual termos vagos ou ambíguos são incluídos num texto legal para permitir manobras no jogo político. Essa estratégia foi pelo ex-deputado Nelson Jobim, que foi ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) e assumiu o ministério da Defesa no dia 25 de julho de 2007. O trecho destacado foi retirado de uma entrevista concedida por Jobim ao Jornal O Globo no dia 7 de julho de 2004.

A aprovação da lei depende da ambigüidade do texto. Quando fui deputado, o doutor Ulysses (Guimarães, presidente da Assembléia Constituinte) pedia para eu escrever os artigos da Constituição. Eu mostrava para ele o texto tecnicamente perfeito, sem brechas. Mas aí o texto só tinha 20% dos votos. Então eu redigi outros textos, aumentando o nível de ambigüidade, até chegar ao ponto no acordo. Faz parte do jogo democrático.

Fica bastante claro, no depoimento de Jobim, que certas indeterminações de sentido não são inevitáveis, imprevistas nem legalmente necessárias. São estratégias freqüentemente utilizadas no cotidiano que acabam sendo aplicadas no que se refere às leis, evidentemente com implicações bem mais sérias do que numa conversa do dia-a-dia.

Dizer que as línguas naturais são códigos, destinados à transmissão da informação de um indivíduo a outro é, ao mesmo tempo, admitir que todos os conteúdos expressos graças a ela são exprimidos de maneira explícita. Com efeito, por definição, uma informação

codificada é, para aquele que sabe decifrar o código, uma informação que se dá como tal, que se confessa, que se expõe. O que é dito no código é totalmente dito, ou não é dito de forma alguma. Ora, muitas vezes temos a necessidade de, ao mesmo tempo, dizer certas coisas e de poder fazer como se não as tivéssemos dito; de dizê-las, mas de tal forma que possamos recusar a responsabilidade de tê-las dito.<sup>162</sup>

Segundo Ducrot (1979), há duas grandes origens, teoricamente distintas, para alguém premeditadamente dizer algo de maneira menos clara ou explícita do que poderia. A primeira seriam os “tabus lingüísticos”, ou seja, temas “proibidos e protegidos por uma espécie de lei do silêncio”<sup>163</sup>. Nesses casos, os interlocutores muitas vezes não podem falar sobre certos assuntos, porque fazê-lo seria considerado uma atitude repreensível. Assim, torna-se necessário ter à disposição modos implícitos de expressão que permitam o entendimento sem a imputação de responsabilidade. A segunda origem para os implícitos, segundo Ducrot, seria o fato de que toda afirmação explicitada torna-se, exatamente por isso, tema de discussão, isto é, torna-se um objeto determinável e, portanto, contestável: “tudo que é dito pode ser contradito”.<sup>164</sup>

Exemplos bastante simples disso podem ser tirados do cotidiano de qualquer pessoa. Quando alguém diz, por exemplo, que “a porta está aberta”, a tradição ensina que essa será uma frase declarativa que transmite uma informação. Na verdade, é preciso perceber que, muitas vezes, esse enunciado pode pretender ser um pedido implícito – motivado pelo fato de que fazê-lo explicitamente poderia ser considerado inapropriado, mal-educado ou deselegante, por exemplo – para que o receptor da mensagem feche a porta. Outros exemplos disso poderiam ser: “o ar-condicionado está ligado” = “feche a janela”; “estou com sede” = “pegue uma água para mim”; “adorei tal blusa de tal loja” = “compre a tal blusa para mim”.

No caso do Direito, é difícil imaginar uma norma legal que aborde algum assunto que possa ser considerado um “tabu lingüístico”, ou seja, um tema que não possa ser comentado. Questões normalmente delicadas numa sociedade, como o sexo, serão apenas tratadas com um registro de linguagem formalmente “adequado”, com expressões muitas vezes repletas de eufemismos e cercado de cuidados para tratar de certas questões.

---

<sup>162</sup> Ducrot, 1979: 13.

<sup>163</sup> Ducrot, 1979: 13.

<sup>164</sup> Ducrot, 1979: 14.

**Art. 213 (estupro, Código Penal):** *constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena: reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

**Art. 214 (atentado violento ao pudor, Código Penal):** *constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal. Pena: reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.*

Analogamente às afirmações de Ducrot (1979), portanto, a falta de clareza das leis seria um recurso discreto – e nada incomum – capaz de “dizer” e “não dizer” algo. Explica-se: ao redigir um texto legal, o legislador pode, deliberadamente, produzir enunciados que não levam à superfície algumas de suas possíveis significações por meio da escolha de palavras que, num determinado contexto, serão mais vagas ou ambíguas. O emprego de termos dotados de uma carga mais subjetiva pode fazer com que, numa análise ingênua ou superficial, um artigo “pareça” regular e limitar determinados assuntos. Na prática, contudo, esses enunciados, formados por palavras e expressões especialmente vagas ou ambíguas, deixam uma margem interpretativa tão ampla que elas podem funcionar como uma espécie de justificativa lingüística para sua não aplicação, seja parcialmente, seja integralmente.

(...) o locutor, no momento em que visualiza a possibilidade de uma certa fala, representa-se, ao mesmo tempo, dada a sua experiência lingüística, as conseqüências que o ouvinte delas tirará: seus possíveis atos de enunciação lhe parecem acompanhados de uma certa imagem antecipada de seu efeito eventual. Daí, a tendência dele para escolher as palavras que permitam produzir as conseqüências que deseja – sem, no entanto, ver tais palavras como meios de obter fins previamente definidos.<sup>165</sup>

O uso consciente de ambigüidades e vagezas, portanto, também pode ser encarado como bastante eficiente na produção de textos legais. Assim, analogamente, enquanto os implícitos sobre os quais Ducrot fala podem servir para “dar a entender” alguma coisa sem concretamente dizê-la, vagezas e ambigüidades intencionais podem desempenhar o papel de “parecer dizer”

---

<sup>165</sup> Ducrot, 1979: 23.

alguma coisa, sem efetivamente dizê-la ou deixando uma margem para sua negação. Aquilo que Ducrot chamou de “manobra estilística” ganha um outro nome quando aplicado à interpretação de textos legais: são as famosas “brechas” das leis, muitas vezes também chamadas de “espaço de manobra” nas negociações políticas.

(...) [As manobras estilísticas] permitem ao locutor suscitar certas opiniões no destinatário, sem correr o risco de formulá-las; permitem, portanto, fazer sem ter dito. Mas pede-se freqüentemente ao implícito que atenda a uma exigência muito mais forte. Não se trata apenas de *fazer crer*, trata-se de *dizer*, sem ter dito. Ora, dizer alguma coisa não é apenas fazê-la de modo que o destinatário a pense, mas também fazê-lo de modo que uma de suas razões para pensá-lo seja ter reconhecido que o ouvinte quer fazê-lo pensar. E, justamente, pode ocorrer que desejemos ao mesmo tempo *dizer* (neste sentido forte), sem, contudo, aceitar o reconhecimento de que quisemos dizer. Em outros termos, pode acontecer que queiramos beneficiar-nos da espécie de cumplicidade inerente ao dizer e, ao mesmo tempo, rejeitar os riscos ligados à explicitação. De um lado, queremos que o ouvinte saiba que quisemos fazer que ele soubesse alguma coisa, e, de outro lado, garantimos, apesar de tudo, o poder de negar tal intenção (...) Tais manobras fundam-se numa condição de segredo: só podem ser sucesso quando não são reconhecidas, quando o destinatário não se dá conta do artil do qual é objeto.<sup>166</sup>

Torna-se evidente, portanto, que as leis são vagas ou ambíguas, muitas vezes, não por incompetência do escritor, mas sim pela sua grande proficiência lingüística. Em termos gerais – e isto é ainda mais certo no caso de códigos nacionais importantes, como a Constituição brasileira –, os artigos são produzidos e, principalmente, revisados por pessoas com bom domínio do idioma, inclusive no registro de linguagem característico dos textos legais. Assim, um legislador “politicamente eficiente” é aquele capaz de, intencionalmente, redigir sentenças que induzam o intérprete (autêntico e não autêntico) a não perceber certas indeterminações.

A redação pode ser deliberadamente imprecisa para atenuar os fatos de que o advogado se defende e valorizar os argumentos de que

---

<sup>166</sup> Ducrot, 1979: 23-24.

dispõe. Aprender a usar este recurso notável é importante, mas é preciso lembrar: um texto como esse só pode ser escrito por quem domina a técnica de redigir em linguagem clara e persuasiva.<sup>167</sup>

Quando essa estratégia de utilização de ambigüidades e vagezas é bem realizada, perceber essas indeterminações nas leis torna-se uma tarefa nada simples. Isso por que, como foi demonstrado no capítulo III, a linguagem jurídica é repleta de arcaísmos e construções sintáticas complexas, que muitas vezes tornam opacos os textos legais, tanto para leigos quanto para os próprios operadores do Direito. Da mesma forma, há palavras que, no Direito, ganham significados ampliados, restritos ou mesmo diferentes, o que também dificulta essa percepção, pelo menos para os que não são profissionais da área. A suposta e aparente clareza dessas leis é usada como argumento para sua compreensão direta e contra a necessidade de interpretação, pelo menos quando ela cumpre os trâmites até sua aprovação. Com a complacência dos poderes envolvidos, observa-se, com relativa freqüência, o não-cumprimento de certos trechos de leis – inclusive da Constituição, como será demonstrado – sem que isso caracterize uma violação clara e indiscutível de qualquer norma.

Esses textos com maiores margens interpretativas – ou maiores possibilidades de sentido – muitas vezes têm seus significados “estabilizados” nos casos de jurisprudência, ou seja, nos casos em que um tribunal define expressamente a interpretação “correta” de seu enunciado diante de determinadas circunstâncias. Isso é fundamental para que sejam evitadas nítidas contradições – embora haja jurisprudências antagônicas em diferentes tribunais, normalmente em estados distintos. Sem as jurisprudências, cada intérprete procurará argumentar para convencer os envolvidos em um processo de qual interpretação é a mais adequada. O sucesso desse convencimento, na verdade, por vezes, é muito mais dependente de influências políticas do que de justificativas bem elaboradas. Os efeitos disso para um Estado Democrático de Direito como o Brasil podem ser nefastos.

Essa questão pode ser ilustrada com a análise do primeiro artigo da seção VIII, o art. 59 da Constituição de 1988 define o que é o processo legislativo. Sua redação vigente é exatamente a mesma aprovada, já que não sofreu qualquer alteração por emendas constitucionais.

**Art. 59:** *O processo legislativo compreende a elaboração de:*

---

<sup>167</sup> Martins & Moreno: 2005, 65.

*I – emendas à Constituição;*

*II – leis complementares;*

*III- leis ordinárias;*

*IV – leis delegadas;*

*V – medidas provisórias*

*VI – decretos legislativos;*

*VII – resoluções.*

*Parágrafo único: Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*

Como se pode observar, trata-se de um artigo bastante simples e objetivo, no qual consta apenas a definição de que atos normativos fazem parte do processo legislativo, listados em sua ordem de força. No parágrafo único, no entanto, o legislador previu a criação de uma lei complementar, ou seja, uma norma infraconstitucional, que regulasse, entre outras atividades, a redação das leis. Isso ocorreu dez anos após a promulgação da Constituição, com a aprovação da Lei Complementar 95 (LC 95/98), em 26 de fevereiro de 1998. Em 2001, alguns artigos, parágrafos, incisos e alíneas foram alterados, acrescentados ou retirados pela Lei Complementar 107 (LC 107/01), de 26 de abril de 2001.

Como foi abordado no capítulo III desta dissertação, os textos legais apresentam muitas particularidades acerca da linguagem utilizada. Entre suas características mais freqüentes está a presença de construções sintáticas complexas, arcaísmos, termos técnicos e palavras que possuem significados menos ou mais restritos – ou mesmo diferentes – em relação ao uso cotidiano. Por conta disso, muitas críticas sempre foram feitas à obscuridade presente em diversas leis, não apenas para leigos, mas também para os próprios operadores do Direito. Assim, torna-se especialmente interessante avaliar a LC 95/98, principalmente no que se refere às determinações feitas pelos próprios políticos acerca das obrigações que eles mesmos teriam que acatar ao redigirem as leis. Isso ocorre apenas no seu art. 11.

**Art. 11:** *As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:*

*I - para a obtenção de clareza:*

a) *usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;*

b) *usar frases curtas e concisas;*

c) *construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis;*

d) *buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;*

e) *usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;*

*II - para a obtenção de precisão:*

a) *articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;*

b) *expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;*

c) *evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;*

d) *escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;*

e) *usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;*

f) *grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; (redação dada pela LC 107/01)*

g) *indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes; (Alínea incluída LC 107/01);*

*III - para a obtenção de ordem lógica:*

a) *reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;*

b) *restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;*

c) *expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;*

d) *promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.*

Pode-se perceber, em primeiro lugar, que o *caput* do artigo 11 reafirma a importância de “clareza”, “precisão” e “ordem lógica”, que devem ser observadas na redação de qualquer lei. A recomendação pressupõe o entendimento de que essas características sejam valores absolutos e estanques, com fronteiras bem definidas. Embora criticável, esse posicionamento é coerente com o conteúdo do já citado “Manual de Redação da Presidência da República”. De qualquer forma, o legislador criou incisos com recomendações que gerariam textos legais exatamente com essas “qualidades”.

Ao observar as quatro alíneas referentes à pretendida “ordem lógica”, é razoável afirmar que essa qualidade pode ser atingida pelo atendimento de critérios minimamente objetivos. Talvez, é claro, não seja tão óbvio, por exemplo, definir quando um assunto é diretamente relacionado à lei ou não, como sugere a alínea (a), mas seria impossível redigir um texto que resolvesse esse problema. Além disso, ao observar a estrutura das leis, de maneira geral, há pouquíssimos questionamentos acerca da ausência de uma “ordem lógica”.

Em relação à “clareza” e à “precisão”, entretanto, o quadro é bem diferente. Muitos são os termos e expressões vagas e/ou de reduzidíssima força normativa. Nas orientações para a obtenção de clareza, o legislador recomenda, na alínea (a), “usar as palavras e as expressões em seu sentido comum”. O que é, objetivamente, um “sentido comum”? Como identificar quais dos diferentes significados das palavras, mesmo nos seus usos cotidianos, se referem ao seu “sentido comum”? Se a intenção for evitar o uso de palavras no “sentido figurado”, quem define exatamente a diferença entre ele e o “literal”? Se o objetivo for o uso de termos do dia-a-dia sempre que não houver motivo para o emprego de uma palavra que dificulte a compreensão, como explicar, por exemplo, a presença gratuita do termo “escrutínio” no artigo 66 da própria Constituição?

**Art. 66:** *A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.*

§ 4º - *O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.*

Na alínea (b), o constituinte recomenda o uso de frases “curtas” e “concisas”. Mas o que são frases “curtas” e “concisas”? Uma sentença com menos de 10 palavras, por exemplo, certamente será considerada curta, mas

qual é essa fronteira? Como efetivamente vetar a aprovação de uma lei por conta da presença de uma frase “longa” ou “prolixa”?

Diante da visível vagueza desses termos, não chega a ser um exagero sugerir que o valor normativo dessa regra é, no mínimo, questionável em termos de eficiência. Prova disso é que, mesmo depois da aprovação da LC 95/98, foram produzidos muitos textos legais que dificilmente seriam passariam por um critério menos vago, com um limite específico para o número de palavras numa frase. Até mesmo a Constituição pode ilustrar esse quadro, já que emendas constitucionais posteriores à LC 95/98 apresentam sentenças com um número excessivo de palavras. Um exemplo disso é o inciso XI do artigo 37, cuja redação foi dada pela Lei Complementar 41, de 19 de dezembro de 2003: em apenas um período, há 168 palavras e 948 caracteres, sem contar os espaços.

**Art. 37, XI:** *a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos.*

Na alínea (c), a ineficiência da norma se dá, em parte, pela indefinição do que sejam “preciosismos”, “neologismos” e, principalmente, adjetivações “dispensáveis”. Além disso, o uso do verbo “evitar” reduz muito a força da regra, afinal, “evitar” significa “tentar não fazer algo” ou “fazer algo o mínimo possível”. Quando não se consegue, não se pode dizer que não se “tentou” ou “evitou”. Assim, mais uma vez, trata-se de uma regra fictícia, que não permite identificar violações.

Caso muito semelhante ocorre na alínea (d), em que o constituinte determina que se “busque” a uniformidade do tempo verbal e se “dê preferência” a certos tempos verbais. Por que, em vez de termos tão vagos, não foram feitas orientações mais claras e eficientes, como “é obrigatório o uso dos tempos verbais presente ou futuro simples”? Aqui, não havia nenhuma necessidade jurídica de se optar por termos mais vagos, afinal o uso de um tempo verbal ou outro é uma simples escolha.

Na alínea (e), o primeiro verbo utilizado parece mais eficiente para uma lei: “usar”. Depois dele, contudo, seguem o verbo “evitar” e mais termos vagos e de baixa força normativa. O que vem a ser o uso de recursos de pontuação de forma “judiciosa”? Como identificar o que são “abusos” de caráter estilístico? Afinal, o que precisa ocorrer para que seja caracterizada uma violação dessa regra?

A busca pela “precisão” também esbarra no uso de termos que, ironicamente, não são justamente tão precisos. Na alínea (a), por exemplo: o que é uma “perfeita compreensão”? Como medir se o conteúdo está sendo evidenciado com “clareza”? De que forma se pode garantir se a redação vai dar o alcance que o legislador “pretender dar” à norma?

É interessante ressaltar, ainda, que a alínea (c) faz uma recomendação no mínimo reveladora acerca do conceito de linguagem para o constituinte. Ao determinar que se “evite” o emprego de expressões ou palavras que confirmam “duplo sentido ao texto”, fica bastante nítido que isso pressupõe uma concepção de linguagem como uma representação objetiva do mundo.

Diante de tudo isso, não é absolutamente surpreendente que o efeito da Lei Complementar 95 seja mínimo – para não dizer nulo – em termos de mudanças na redação dos textos legais. Partindo da idéia de que a presença de ambigüidades e vagezas nas leis faz parte do jogo político, também era mais do que previsível que justamente a lei que regula essa redação utilizasse esses recursos. Nesse sentido, parece claro que está longe de ser casual ou necessária tamanha freqüência de palavras ou expressões dotadas de cargas tão elevadas de indeterminação. Um forte indício de que isso foi feito de maneira premeditada é o conteúdo do artigo 18, o penúltimo da LC 95/98:

**Art. 18:** *Eventual inexatidão formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento.*

Traduzindo para o Português claro: qualquer texto legal que não cumpra nenhuma das orientações presentes nesta lei valerá da mesma forma.

Outro artigo emblemático – e certamente mais polêmico e atual – capaz de ilustrar o uso intencional e estratégico de indeterminações de sentido em textos legais na Constituição de 1988 é o art. 62, sobre a edição de Medidas Provisórias (MPs). O texto original foi alterado por uma Emenda Constitucional no dia 12 de setembro de 2001 (EC 32/01). Para início de análise, será estudada a sua versão original, de 1988, para possibilitar inferências sobre as condições contextuais em que ela foi produzida.

**Art. 62:** *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.*

*Parágrafo único: As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*

É fácil perceber que os termos “relevância” e “urgência”, presentes no início do artigo, são dotados de uma dose elevada de vagueza. Afinal, o que é um caso relevante? E que condições determinam quando uma situação se enquadra no termo “urgência”? Mesmo que esse enunciado tivesse elementos contextuais bastante ricos, ainda assim haveria divergências acerca dos dois termos destacados. A não ser em casos extremos e excepcionais, o julgamento da adequação de uma situação às condições de relevância e urgência tende a ser meramente uma decisão de cunho pessoal, já que diversos fatores individuais influenciarão na decisão. O posicionamento político, por exemplo, pode fazer com que determinada medida seja, para um político, absolutamente indispensável, enquanto para outro, ela pode ser não apenas desnecessária, mas também até inadequada.

Perceber isso, no entanto, ainda não é suficiente para evidenciar qualquer motivo para que se considere essa vagueza como estratégica. Para isso, é fundamental recorrer a uma série de fatores contextuais, relativos tanto à época em que o artigo foi produzido quanto a momentos anteriores e atuais. Afinal, numa analogia aos jogos de linguagem do “segundo” Wittgenstein, o

sentido desse enunciado só poderá ser “identificado” quando se observa a manifestação de quem o interpretou.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que as medidas provisórias são uma herança do “decreto-lei”, dispositivo constitucional que ganhou abrigo no Direito brasileiro pela primeira vez na Constituição de 1937, ou seja, não estava presente nas cartas magnas de 1824, 1891 e 1934. Antes disso, recursos praticamente idênticos já tinham sido incluídos nas constituições de outros países, como Itália (art. 3, de 1926), Espanha (art. 8º, de 1931) e Portugal (art. 108, de 1933). Nesse enquadre, o caso português é emblemático, já que autorizava o governo a emanar decretos-leis em caso de “urgência” e “necessidade”, que, se editados no recesso do Poder Legislativo, não estariam sujeitos a ratificação. A bem dizer, o expediente da ratificação não passava de mera formalidade, face à subalternidade do legislativo português diante da ditadura. O referido dispositivo constitucional, portanto, permitiu ao Executivo governar mediante a expedição de decretos-leis, exatamente como ocorreu no Brasil durante o Estado-Novo.

A “Polaca”, como ficou conhecida a Constituição de 1937, dispunha sobre o decreto-lei em quatro artigos: 12, 13, 14 e 180. Tais dispositivos, na verdade, não passaram de ornamento, como foi, aliás, por inteiro, a Constituição de 1937. De 12 de novembro de 1937 a 28 de junho de 1946, foram expedidos 9.421 decretos-leis, todos baseados no art. 180 (“Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”). Na verdade, isso constituía um ritual meramente protocolar, já era desnecessário invocar qualquer dispositivo de uma constituição que sequer vigorou de verdade, pois a ditadura, por si só, bastava para justificar a prática de qualquer ato jurídico.

O constituinte de 1946 optou por proibir a delegação de poderes e não fez constar, no texto constitucional, a figura do decreto-lei. Os artífices do golpe militar de 1964, então, editaram o Ato Institucional nº 2, em 27 de outubro de 1965, cujos artigos 30 e 31 conferiram ao presidente a faculdade de legislar mediante decretos-leis no que se referisse a questões de segurança nacional. Em 7 de setembro de 1966, assinaram o Ato Institucional nº 4, que permitia ao chefe do executivo emitir decretos-leis também sobre matérias financeira e administrativa.

**Art. 58:** *O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesas, poderá expedir decretos com força de Lei sobre as seguintes matérias:*

*I – Segurança Nacional;*

*II – Finanças Públicas*

*Parágrafo único: publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional aprovará ou rejeitará dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se nesse prazo não houve deliberação, o texto será tido como aprovado.*

Em 13 de dezembro de 1968, o famigerado Ato Institucional nº 5 atribuiu ao Poder Executivo todos os poderes legislativos sobre quaisquer matérias. Assim, a Constituição outorgada em 17 de outubro de 1969 apresentava o seguinte texto:

**Art. 55:** *O presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:*

*I – Segurança Nacional;*

*II – Finanças Públicas, inclusive normas tributárias; e*

*III – Criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.*

*§ 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se neste prazo não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.*

*§ 2º - A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.*

Na prática, esse ato normativo foi utilizado não só a despeito do que seriam casos de “urgência” ou “interesse público relevante”, mas também regendo matérias que o próprio texto da lei não autorizava. Essas limitações atrapalhavam a ditadura, que freqüentemente as ignorava, utilizando o decreto-lei como instrumento legislativo ordinário para ser usado livremente, à sua própria vontade, sem depender de pressupostos ou limitações materiais.

Nesse contexto político, a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 enfrentou acirrados debates sobre a possível concessão de poderes legislativos ao Poder Executivo por meio de medidas provisórias. Marcadas pela superficialidade, as discussões tinham duas vertentes. De um lado, um grupo contrário a que constasse, na nova Constituição, um dispositivo claramente

antidemocrático, herdado de cartas magnas criada por regimes totalitários. De acordo com esse ponto de vista, conferir ao governo esse poder significaria a recepção, com outro nome, da condenada figura do decreto-lei, símbolo maior de uma ordem ditatorial que se tentava superar. Do outro lado, políticos favoráveis a inclusão desse dispositivo, justificado pela necessidade de um instrumento mais ágil do que o ordinário processo de elaboração de leis e defendido como um recurso com radicalmente diverso do decreto-lei.

Perdeu-se a melhor oportunidade de se enriquecer o debate sobre as medidas provisórias e de imprimir-lhes um contorno normativo escoimado dos defeitos que, hoje, se lhes apontam: ausência de limitação expressa quanto ao âmbito de incidência; ausência de dispositivo que obrigasse o Presidente a justificar os pressupostos da urgência e do interesse público relevante etc.<sup>168</sup>

Como já foi explicado, a Constituinte de 1988 era, em parte, formada por políticos que tinham feito parte do regime militar autoritário. Da mesma forma, também já foi dito que a articulação política durante o processo de votação resultou na concentração de poder em um único partido político, responsável pela maioria absoluta no Congresso Nacional. Nesse cenário, a atual Constituição manteve a capacidade legislativa do Executivo. O estigmatizado decreto-lei, no entanto, deu lugar às medidas provisórias. Com esse nome, se pretendia não explicitar sua íntima relação com tempos obscuros da história brasileira.

Nesse caso, o uso do termo “provisório”, muito mais do que refletir uma característica do recurso, tinha a importante função de mitigar o grande poder por trás desse dispositivo, tentando dar a ele uma aparência menos autoritária e definitiva. Uma análise cuidadosa, no entanto, revelará que as MPs criadas pelo texto original da Constituição de 1988 eram ainda mais abrangentes e efetivas do que os antigos decretos-leis. Isso porque, na Constituição de 1969, esse dispositivo tinha, no texto, o não-aumento de despesas como condição de validade, além de limitações acerca dos assuntos que ele poderia regular. A Carta Magna de 1988 não expressou qualquer limite ao conteúdo material das medidas provisórias.

---

<sup>168</sup> Damous Filho, 1993: 68-69.

O “disfarce” da medida provisória se completava com a manutenção da referência a casos de “relevância” e “urgência”, mitigador semelhante ao já utilizado desde a primeira inclusão do decreto-lei na Constituição de 1937. Exatamente como naquela época, essas duas aparentes limitações não têm qualquer efeito prático em termos de sua aplicação. No jogo político, “relevantes” e “urgentes” são as questões arbitrariamente decididas pelo governo.

(...) desde o início de sua vigência, a Constituição tem sido agredida e desrespeitada, antes de tudo pelo Congresso Nacional, que ainda não elaborou muitas das leis complementares a seu cargo e, além disso, tem sido conivente com práticas manifestadamente inconstitucionais do Poder Executivo, não agindo sequer para resguardar suas competências. O governo tem feito o que quer, à margem da Constituição e contra ela, bastando lembrar a avalanche de medidas provisórias, praticamente todas inconstitucionais por falta de cabimento e muitas pelo tempo excessivo de duração, sem uma reação do Legislativo e quase sempre com a complacência do Judiciário.<sup>169</sup>

Na verdade, a pressuposição de urgência começou a aparecer em constituições contemporâneas principalmente no pós-guerra. Isso porque expressões como “urgência”, “emergência” e “necessidade” foram utilizadas para permitir atos com valor de lei oriundos do Poder Executivo sempre como exceções referentes a graves comoções internas, como guerras e catástrofes naturais. Nesse sentido, o termo “urgência” tradicionalmente era identificado como adequado a um quadro iminente de ameaça ao Estado e à sociedade.

A meu ver, fora de circunstâncias manifestadamente excepcionais, como as graves crises – guerra, insurreição, crises econômico-financeiras – descabem ‘medidas provisórias’ ou ‘decretos-leis’ ou regras legisladas pelo Executivo, seja qual for o nome que tenham.<sup>170</sup>

As urgências do mundo de hoje, contudo, apresentam matizes e intensidades as mais variadas e, diferente do que ocorreu com vários outros vocábulos vagos, o Direito contemporâneo não estabeleceu qualquer definição

---

<sup>169</sup> Dallari, 1998: 34-35.

<sup>170</sup> Ferreira Filho, 1990: 35; In: Damous Filho, 1993: 102.

ou sequer parâmetros para sua aplicação. Esse tipo de providência, defendida por diversos juristas, nunca foi tomada.

O conceito de urgência, para a edição de medidas provisórias, pode e deve ser objetivado. É inaceitável a idéia de que o referido pressuposto seja tão só um produto da avaliação subjetiva do chefe do executivo, a partir de relações internas de seu psiquismo. Não, a 'urgência' para a decretação da medida há de ser gerada por acontecimentos sucedidos no plano da realidade, que exijam do presidente a pronta ação normativa para enfrentá-los.<sup>171</sup>

Como, coincidentemente, a Assembléia Constituinte optou pela não-criação de um específico Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião da Constituição de 1988, é o único encarregado de verificar o atendimento desses requisitos de "urgência" e "relevância". Isso, entretanto, só ocorrerá se eles forem questionados, o que ocorre com bastante freqüência. De setembro de 2007 a março de 2008, por exemplo, o presidente editou 25 medidas provisórias, e 17 delas sofreram Ações de Inconstitucionalidade (Adin). Esse número elevado sobrecarrega e torna ainda mais lento o trabalho dos ministros do STF. Trabalho esse que necessariamente envolve longos debates doutrinários e, por isso, naturalmente, exige prazos extensos. O resultado dessa equação perversa para a democracia brasileira é que, no momento em que há uma decisão sobre uma Adin, a referida MP muitas vezes já foi transformada em lei ou revogada, causando efeito durante todo o tempo em que esteve em vigor. Na prática, portanto, as medidas provisórias acabam se tornando um recurso sem qualquer controle imediato, sendo usado à vontade pelo governo.

Embora se tenha operado em todo o mundo, em maior ou menor intensidade, o esvaziamento da capacidade legislativa originária do Congresso ou do Parlamento, o fato é que a redação do texto constitucional e a timidez do Legislativo e do Judiciário deram ensejo ao abuso da utilização de instrumento que, nascido para acudir a situações excepcionais – de 'relevância e urgência', como prevê o art.

---

<sup>171</sup> Damous Filho, 1993: 100.

62 – passou a integrar a rotina no processo de edição de normas jurídicas.<sup>172</sup>

O resultado de todo esse processo é nefasto para um país que, depois de longos anos, buscava adentrar pelos caminhos democráticos. Para demonstrar isso, basta analisar alguns números. Nos 21 anos de regime da ditadura que vigorou no Brasil (de 1964 a 1985), os militares editaram pouco mais de 2.000 decretos-leis, a maior parte deles referentes somente às matérias previstas no texto constitucional. Sob um suposto e aparente estatuto democrático de Direito, como definido no artigo 1º da atual Constituição, foram editados, entre 1988 e 2001, mais de incríveis 6.000 medidas provisórias sem qualquer restrição de matéria. Se eliminarmos fins de semana, feriados e recessos do governo nesse período, a média aproximada chega a impressionantes duas medidas provisórias por dia útil nesses 13 anos. Algumas delas notadamente esdrúxulas, quando avaliadas em termos de sua necessidade de relevância e urgência, como a criação de dias especiais de santos e até a inclusão dos nomes de Tiradentes e Deodoro da Fonseca no “Livro de Heróis da Pátria” (MP nº 105, de 13 de novembro de 1989). Pode-se até argumentar acerca da relevância de tais medidas, mas parece muito difícil considerá-los realmente urgentes num país com as necessidades sociais do Brasil.

O número assustador [de medidas provisórias] indica francamente a substituição das tarefas típicas do Congresso Nacional por ato singular do Presidente da República. (...) Quanto a esse ponto, nossa democracia tem sido meramente formal.<sup>173</sup>

O artigo 62 da Constituição de 1988, referente às medidas provisórias, assim, demonstra ao mesmo tempo a necessidade do uso de termos vagos – visto que seria impossível listar expressa e detalhadamente todas as condições em elas poderiam ser adotadas – e o uso estratégico dessa vagueza para o descumprimento de uma limitação legal. A solução, nesse caso, seria a criação de parâmetros mais específicos que, sem acabar com uma dose necessária de indeterminação e subjetividade, fosse capaz de ao menos impedir sua total prostituição. Seria mais um situação, portanto, em que uma palavra aplicada ao

---

<sup>172</sup> Barroso, 1998: 49.

<sup>173</sup> Nery Junior & Andrade Nery, 2006: 244.

mundo do Direito teria um significado mais restrito e estabilizado do que no cotidiano de falantes nativos.

(...) no sistema presidencialista, inexistente qualquer vinculação jurídico-formal do programa de governo do Parlamento, de sorte que se delineia uma tendência maior à exacerbação da discricionariedade presidencial na emissão de medidas provisórias. Logo, essa hipótese de utilização de atos com força de lei, em nosso país, há de merecer um controle mais atento e rigoroso quanto aos pressupostos de admissibilidade. (...) Parece-me que esta concepção está implícita na dicção do art. 62, posto que o vocábulo 'urgência', além de vago e indeterminado, é insuficiente, por si só, para delimitar as situações que propiciam a emissão de medidas provisórias.<sup>174</sup>

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou acerca do que seriam casos de "relevância" e "urgência". A tentativa de estabelecer parâmetros mais definidos, no entanto, produziu pouco efeito, talvez porque os dois termos citados foram definidos pelo uso de palavras, expressões e sentenças igualmente vagas, como "estado de necessidade" e "receio de que o retardamento cause grave lesão ao interesse público", de acordo com o voto do Ministro Celso de Mello:

O que justifica a edição dessa espécie normativa, com força de lei, em nosso Direito Constitucional, é a existência de um estado de necessidade, que impõe ao Poder Público a adoção imediata de providências, de caráter legislativo, inalcançáveis segundo as regras ordinárias de legiferação, em face do próprio *periculum in mora* que fatalmente decorreria do atraso na concretização da prestação legislativa. (...) O que legitima o Presidente da República a antecipar-se, cautelarmente, ao processo legislativo ordinário, editando as medidas provisórias pertinentes, é o fundado receio, por ele exteriorizado, de que o retardamento da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público.<sup>175</sup>

É claro que certa dose de indeterminação no texto será inevitável – e necessária – para o texto do art. 62. Como já foi explicado, é impossível prever e

---

<sup>174</sup> Damous Filho, 1993: 105-106.

<sup>175</sup> RTJ, 151/331.

descrever todas as possibilidades de uso desse dispositivo constitucional. Além disso, também parece difícil criar parâmetros muito definidos para limitar a vagueza dos termos “relevância” e “urgência”, já que o emprego de outros termos subjetivos é quase inevitável. Mesmo considerando essas complicações e fazendo essas ponderações, no entanto, não se pode negar que o efeito das tentativas realizadas até hoje são limitadíssimos. De fato, a tentativa de dar maior objetividade aos termos “relevância” e “urgência” ainda não alterou significativamente a interpretação como processo e como produto. Uma prova disso são três relatórios do ministro Sydney Sanches, do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos de Ações de Inconstitucionalidade, nos anos de 1999 e 2000, por conta do suposto desrespeito às limitações impostas pelas palavras:

**- STF - Pleno - Adin nº 1.516-8/UF - Medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 13 ago. 1999, p.3:** *A jurisprudência do STF tem considerado da competência do Presidente da República e do Congresso Nacional a avaliação subjetiva da urgência da Medida Provisória. É de se executar, apenas, a hipótese em que a falta de urgência possa ser constatada objetivamente. E, no caso, não há evidência objetiva da falta de urgência.*

**- STF - Pleno - Adin nº 1.754-9/DF - Medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 6 ago. 1999, p. 5:** *Pacífica a jurisprudência da Corte, no sentido de lhe descaber o exame de relevância e da urgência, como requisitos da Medida Provisória (art. 62 da CF), quando dependam de avaliação subjetiva – e não meramente objetiva – como ocorre no caso presente.*

**- STF - Pleno - Adin nº 1.717-6/DF - Medida liminar - Rel. Min. Sydney Sanches, Diário da Justiça, Seção I, 3 fev. 2000, p. 3:** *No que concerne à alegada falta dos requisitos da relevância e da urgência na Medida Provisória (que deu origem à lei em questão), exigidos no art. 62 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal somente a tem por caracterizada quando neste objetivamente evidenciada. E não quando dependa de uma avaliação subjetiva, estritamente política, mediante critérios de oportunidade e conveniência, esta confiada aos Poderes Executivo e Legislativo, que têm melhores condições que o Judiciário para dar uma conclusão a respeito.*

Diante disso, parece flagrante que a presença da vagueza no artigo 62, por meio da inclusão dos termos “relevância” e “urgência”, faz com que o governo possa editar medidas provisórias arbitrariamente, sem que o STF tenha condições de apontar com frequência a violação que essas aparentes limitações supostamente imporiam. Curioso é perceber que o art. 57, § 6º, II da Constituição utiliza recursos lingüísticos muito semelhantes, mas, por regular um assunto diferente, sua interpretação tem sido bastante distinta. Mais uma vez, é claro, de acordo com o interesse do envolvidos:

**Art. 57:** *O Congresso Nacional reunir-se-á, anualmente, na Capital Federal, de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro.*

*§ 6º A convocação extraordinária do Congresso Nacional far-se-á:*

*II - pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de urgência ou interesse público relevante, em todas as hipóteses deste inciso com a aprovação da maioria absoluta de cada uma das Casas do Congresso Nacional.*

É claro que, como já foi dito, a presença de termos vagos nesse artigo também é necessária, afinal não há como definir todos os casos em que se precisaria convocar extraordinariamente o Congresso Nacional. Entretanto, embora os termos utilizados sejam praticamente os mesmos, sem parâmetros mais definidos de aplicação, são raríssimas as vezes em que isso ocorreu. É um caso nítido em que há dois pesos e duas medidas. A mesma indeterminação é interpretada de maneiras distintas, de forma que apenas aquela presente no artigo 62 pode ser – pelo critério da verificação das interpretações já realizadas na prática – considerada estratégica para o descumprimento de uma limitação.

Em 2001, por meio de uma emenda constitucional (EC 32/01), a redação do artigo 62 da Constituição foi alterada. Para tentar controlar o número de medidas provisórias instituídas, foram incluídos 12 novos parágrafos, quase todos determinando regras mais específicas em relação principalmente a prazos e procedimentos de votação. Mais significativamente, no entanto, o primeiro parágrafo merece ser citado.

**Art. 62.** *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.*

*§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:*

*I - relativa a:*

*a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral;*

*b) direito penal, processual penal e processual civil;*

*c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros;*

*d) planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º;*

*II - que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro;*

*III - reservada a lei complementar;*

*IV - já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República.*

Pode-se notar que a partir de 2001, as medidas provisórias passaram a ser expressamente limitadas pelo menos acerca das matérias sobre as quais elas poderiam agir. Sem dúvida, trata-se de um avanço, visto que, ao menos, limita a área de ação desse dispositivo constitucional. No entanto, os dois grandes elementos lingüísticos que permitem os abusos em seu uso permaneceram intactos: os casos de “relevância” e “urgência”. Resultado disso é que mais de 500 medidas provisórias foram instituídas entre janeiro de 2001 e março de 2008, o que ainda é um número considerado muito elevado.

A controvérsia do que são casos de “relevância” e “urgência” motivou intensos debates no cenário político nos últimos meses. Foi criada uma comissão especial para alterar o rito de tramitação no Congresso e endurecer a admissibilidade ou a constitucionalidade do dispositivo, tendo como parâmetro justamente a vagueza presente no que seriam casos urgentes e relevantes. Nesse sentido, uma das propostas é que todas as medidas provisórias sejam avaliadas pela Comissão de Constituição e Justiça num prazo de cinco dias. A idéia parece boa, mas resta saber se a indeterminação de sentido dos principais termos analisados continuará a ser utilizada da mesma forma, sem que haja uma parametrização mais específica para sua aplicação.

Para concluir a análise da vagueza presente no artigo 62 da Constituição de 1988, é preciso fazer apenas uma ressalva. Todas as observações e ponderações sugeridas dizem respeito e devem ser consideradas apenas no contexto brasileiro, no que se refere especificamente a esse artigo. Os termos “relevância” e “urgência” também estão presentes em legislações de outros

países como limitadores de mecanismos jurídicos semelhantes às medidas provisórias, mas há casos em que isso não gera abusos. Um exemplo clássico disso é o regime semi-presidencial da França, cuja carta magna de 1954 também permite ao governo impor novas leis sem passar pelo crivo do Legislativo. A diferença é que, cada vez que o artigo 49-3 é invocado, há tanto protesto no parlamento que o governo raramente se aventura. Diante disso, recorrendo mais uma vez à metáfora dos jogos de linguagem de Wittgenstein, o sentido – ou a falta de sentido, no caso – das palavras “relevância” e “urgência” foi dado pela análise da interpretação que foi feita no Brasil nos últimos 20 anos.