

## ***Sobre a Produção de Normas Jurídicas***

*Antônio Carlos Cintra do Amaral*

Ao produzir normas legais, o legislador aplica a Constituição. Ao produzir decisões judiciais e atos administrativos, o juiz e o agente administrativo, respectivamente, aplicam a lei. Em regra, os atos de **aplicação** são, também, de **criação** do Direito. Excetuam-se a criação da Constituição, que não aplica Direito anterior, e os atos de execução coercitiva da sanção, que não criam Direito, simplesmente o aplicam.

Essa noção está ligada à de funções normativas, que para **Hans Kelsen** são a **imposição**, a **proibição**, a **permissão** (positiva), a **revogação** (de outra norma) e a **autorização**. Escreve ele sobre a autorização (“*Teoria Geral das Normas*”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, p. 129):

*“A função normativa da autorização significa: conferir a uma pessoa o poder de estabelecer e aplicar normas”.*

E mais, à mesma página:

*“Visto que o Direito regula sua própria produção e aplicação, a função normativa da autorização desempenha, particularmente, um importante papel no Direito. Apenas pessoas às quais o ordenamento jurídico confere este poder podem produzir ou aplicar normas de Direito.”*

A doutrina tradicional não reconhece a existência de normas jurídicas de terceiro escalão. Para ela, as normas jurídicas são apenas as constitucionais e as legais. As decisões judiciais, os atos administrativos e os negócios jurídicos não são atos de **criação** do Direito. É muito comum encontrarmos, na doutrina jurídica, a afirmação de que os juízes e agentes administrativos são “*escravos da lei*”, verdadeiros autômatos, que nenhuma margem de discricionariedade possuem na interpretação e aplicação das normas legais.

Essa concepção está ligada à teoria da tripartição dos poderes. É célebre a definição de **Montesquieu**, no “*Espírito das Leis*”, de que o juiz é apenas “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”. **Voltaire**, por sua vez, escrevia que os juízes são escravos da lei, e não seus árbitros, e que interpretar a lei equivalia a corrompê-la. Contra o arbítrio dos monarcas, cunhou-se, com a Revolução Francesa, a expressão “*governo das leis*”, em contraposição a “*governo dos homens*”.

**Chaïm Perelman** (“*Ética e Direito*”, São Paulo, Martins Fontes, 1996, pp. 516 e ss.) recorda que a Revolução Francesa instituiu o “*référé législatif*”. Quando o juiz tinha dúvidas quanto à interpretação da lei, recorria ao legislador. Escreve ele (ob. cit., 520):

*“Quer-se, graças a esse sistema, impedir que o juiz interviesse como legislador; mesmo para melhorar o direito, o juiz não deve completar a lei nem interpretá-la. Mas então, muito depressa, por causa do atravancamento, essa solução mostrou-se impossível e teve-se de abandonar a idéia do ‘référé législatif’ e substituí-lo por outra solução. O ‘référé législatif’, além dos inconvenientes práticos, recriava outra confusão dos poderes, porquanto, interpretando a lei e interpretando-a necessariamente de uma forma retroativa – porque todas as leis interpretativas são leis retroativas – devia-se ao mesmo tempo dirimir um litígio, uma vez que se ia dar a regra de decisão de um processo. Os legisladores se tornavam por conseguinte juízes, o que é contrário ao princípio da separação dos poderes.”*

A doutrina jurídica foi evoluindo no sentido do abandono dessa concepção legalista, que o jurista espanhol **Prieto Sanchís** considera, com razão, ingênua.

Na doutrina brasileira, encontramos com frequência a citação da clássica definição de **Miguel Seabra Fagundes** de que administrar é “*aplicar a lei de ofício*”. Com isso, quer-se sustentar que, para **Seabra Fagundes**, ao administrador cabe cumprir automaticamente a lei, e nada mais. Que a atividade administrativa está submetida à lei, ninguém discute. Mas que o administrador seja “*escravo da lei*”, ou “*a boca que pronuncia as palavras da lei*”, quase ninguém mais sustenta. Penso que quando o ilustre jurista brasileiro formulou essa definição teve por objetivo distinguir a função administrativa da função jurisdicional. O administrador age “*de ofício*”. O juiz, por provocação das partes. Isso é o que me parece resultar da leitura de todo o trecho em que a definição está contida (“*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*”, Rio de Janeiro, Forense, 1979, pp. 4/5):

*“A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do Direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. **Legislar** (editar o Direito Positivo), **administrar** (aplicar a lei de ofício) e **julgar** (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão.”*

Tanto o juiz quanto o agente administrativo produzem normas jurídicas. A diferença entre a decisão judicial e o ato administrativo está no fato de que a primeira pode transitar em julgado, tornando-se definitiva e irrecorrível, enquanto o segundo é suscetível de controle judicial.

Ao aplicar a norma legal ao caso concreto, o juiz tem uma razoável margem de discricionariedade. Raramente ele se depara com uma norma que contenha uma única solução de aplicação possível. Mas isso não quer dizer que ele tem a liberdade de ultrapassar a “*moldura*” legal. Sua escolha está limitada por essa “*moldura*”. Assim também ocorre com o agente administrativo. Se o agente administrativo escolhe uma solução que não esteja contida na “*moldura*” legal, o ato por ele praticado pode ser anulado. Ou seja: pode ter sua validade desconstituída por via judicial. Se o juiz escolhe uma solução não contida na “*moldura*” legal, pode ter sua decisão reformada pelos tribunais.

Transitada em julgado, porém, a decisão judicial passa a ser o Direito para o caso concreto. A questão de saber se, nesse caso, o juiz, ou o tribunal, ultrapassou a “*moldura*” legal é juridicamente irrelevante. **Toda decisão judicial transitada em julgado é legal.** Nesse sentido é que se pode falar em **interpretação autêntica**, do juiz, tal como faz **Kelsen**. **Não como a única, mas como aquela que termina por prevalecer sobre as demais.**

**Kelsen** refere-se a essa questão em mais de uma passagem. Em um artigo sob o título “*O Direito como técnica social específica*”, ele deixa clara sua posição (“*O que é Justiça*”, São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 246):

*“É um princípio fundamental da técnica jurídica, embora frequentemente esquecido, que não existem no domínio do Direito fatos absolutos, diretamente evidentes, ‘fatos em si’, mas apenas fatos estabelecidos pela autoridade competente em um processo prescrito pela ordem jurídica. Não é ao roubo como um fato em si que a ordem jurídica vincula certa punição. Apenas um leigo formula a regra de Direito dessa maneira. O jurista sabe que a ordem jurídica vincula certa punição apenas*

*a um roubo assim estabelecido pela autoridade competente, seguindo um processo prescrito. Dizer que A cometeu um roubo só pode expressar uma opinião subjetiva. No domínio do Direito, apenas a opinião autêntica, isto é, a opinião da autoridade instituída pela ordem jurídica para estabelecer um fato, é decisiva. Qualquer outra opinião quanto à existência de um fato, tal como determinado pela ordem jurídica, é irrelevante do ponto de vista jurídico.”*

Isso não quer dizer que as interpretações dos cientistas e operadores do Direito sejam irrelevantes. Como o Direito é o conjunto das normas postas, abrangendo não apenas as normas constitucionais e legais, mas também os atos administrativos, negócios jurídicos e decisões judiciais, a **interpretação** do jurista (cientista ou operador do Direito), ao influenciar a produção de normas jurídicas, pode influir na **transformação** do Direito. O processo de criação do Direito é dinâmico. O Direito é permanentemente transformado pela produção de normas concretas de terceiro escalão. A Constituição e as leis podem permanecer inalteradas, mas o Direito se está transformando todos os dias. Como o jurista, ao interpretar e expor, **argumentativamente**, a Constituição e as leis, participa, indiretamente, da produção de Direito (atos administrativos, negócios jurídicos e decisões judiciais), pode dizer-se que, no exercício de sua função, participa do processo de transformação do Direito.

Isso também não quer dizer que a ciência jurídica se resume à predição do que o juiz irá decidir, como querem os realistas. Em primeiro lugar, porque as normas legais existem independentemente de ser aplicadas pelo juiz. Elas são **observadas** pelos indivíduos a que se dirigem e **aplicadas** pelos agentes administrativos e pelos indivíduos em geral, na produção de atos administrativos e negócios jurídicos, respectivamente. Em segundo lugar, porque as interpretações das normas legais, efetuadas pelo jurista, quer na qualidade de cientista, quer na de técnico ou operador do Direito, influenciam as decisões judiciais.

Ressalte-se que o juiz - **assim como o agente administrativo** - não atua como cientista ou técnico do Direito. Ele faz **política jurídica**. Ele não **descreve** normas, nem simplesmente as **aplica**. Ele **cria** novas normas, em um processo de **concretização** do Direito.