

## ***Afirmações Equívocas ou Equivocadas sobre Direito (II)***

*Antônio Carlos Cintra do Ama*

Continuo a referir-me, neste Comentário, a afirmações que me parecem equivocadas, ou induzir a equívocos.

### **A vontade da lei (mens legis) prevalece sobre a vontade do legislador (mens legislatoris).**

Como diz **Emilio Betti** em seu consagrado *“Interpretazione della legge e degli atti giuridici”* – e também **Hans Kelsen** na Teoria Pura do Direito – a vontade do legislador é irrelevante para interpretar normas legais por ele aprovadas. Posta a lei, ela passa a ter um **significado objetivo**, distinto do **significado subjetivo** que lhe quiseram dar no Parlamento. A vontade do legislador exaure-se no **processo de produção** da lei. Nenhuma relevância tem na interpretação e aplicação do **produto** (a lei).

Isso ocorre não apenas com as leis, mas igualmente na pintura, escultura, literatura e todas as formas de manifestação criativa. Diz-se que **André Gide**, escritor francês, quando lhe perguntavam o que tinha querido dizer em uma de suas obras, devolvia a pergunta ao interlocutor: *“O que você entendeu? Você é quem tem que me explicá-la, e não eu a você”*.

**Francesco Ferrara**, em três capítulos famosos sobre interpretação e aplicação das leis, constantes do vol. I de seu *“Tratatto de Diritto Civile Italiano”*, publicado em 1921, já dizia, entre outras coisas:

•

*“O legislador é uma abstração... A obra legislativa é como uma obra artística em que a obra de arte e a concepção do criador não coincidem... a lei não é o que o legislador quis ou quis exprimir, mas tão somente aquilo que ele exprimiu em forma de lei...”*

Vale dizer: a vontade do legislador não é relevante para interpretar e aplicar a lei. Mas isso não quer dizer que prevaleça a “vontade da lei”. Lei não tem vontade. Como reconhece **Ferrara**:

*“Esta fórmula não pretende significar que a lei tem um querer no sentido psicológico, mas apenas que encerra uma vontade objetivada, um **querido** independente do pensar dos seus autores...”*

É nesse sentido que deve ser entendida a afirmação acima.

### **No Estado de Direito não existe discricionariedade administrativa.**

**Afonso Rodrigues Queiró**, entre vários outros preciosos ensinamentos contidos em seu “*Reflexões sobre a Teoria do ‘Desvio de Poder’ em Direito Administrativo*”, afirma, com base em **Laun**, exatamente o contrário: somente no Estado de Direito é que tem sentido dar tratamento científico à questão da discricionariedade. Esta pressupõe a concepção rousseauiana de **superioridade da lei**.

No Estado-Polícia, o poder do príncipe, como administrador, era ilimitado. A noção de discricionariedade somente passa a existir quando o administrador público está limitado pela lei, que lhe é superior. Em outras palavras: a discricionariedade consiste em poder o administrador escolher uma dentre as várias soluções possíveis de aplicação concreta, contidas hipotética e abstratamente no texto legal. Vale dizer: só há discricionariedade quando o administrador está limitado pela lei, ou, no dizer de **Kelsen**, pela “*moldura legal*”. No Estado-Polícia não há discricionariedade, e sim arbítrio.

---

***(Comentário CELC nº 136 – 01.08.2006, divulgado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br))***

***Esta página é renovada mensalmente, no dia 01 de cada mês***