

## OS LEGISLADORES E INTÉRPRETES DE 2011

(\*) Paulo Sá Elias

Texto em homenagem aos caríssimos amigos Renato Opice Blum e Omar Kaminski.

Vi na “timeline” Twitter do Renato (@opiceblum) um “RT” do “tweet” de Omar Kaminski (@internetlegal) nos seguintes termos: “(...) Acho que os projetos de lei que tratam sobre tecnologia e internet deveriam ter prazo de validade.” – também divulgado por Truzzi.

Quero expressar nessas breves palavras as razões pelas quais respondi que “concordava em termos”. Disse isso, pois se considerarmos a qualidade do legislador atual (salvo raríssimas exceções), sem dúvida alguma é impossível não considerar prazo de validade para os projetos de lei, tamanha a imbecilidade de alguns textos. Houve uma época na República em que os projetos de lei eram elaborados por um legislativo com outro tipo de bagagem cultural e intelectual. Os textos eram excelentes. Não havia razão para se falar em “prazo de validade”. Compreendo Kaminski e Opice Blum.

Elaborar uma lei é um trabalho muito sério e que exige extrema competência técnica. E o principal: inteligência. Em 27 de junho de 2001 (há uma década), publiquei um artigo no Jornal “Gazeta Mercantil” em São Paulo Capital, pág. 2, Caderno – Legal & Jurisprudência que vou lembrar neste momento, dez anos depois. O grande Carlos Maximiliano Pereira dos Santos (que foi Ministro do STF) – e o Paulo Dourado de Gusmão alertavam sobre o fato de que **as leis não podem ser escritas de tal maneira que em seu contexto fiquem compreendidos todos os casos em qualquer tempo ocorrentes**. Por isso, a máxima: *“Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendantur”*.



Não é novidade para ninguém (e escrevi isso na época referenciando e sob a inspiração das lições maravilhosas dos livros de Miguel Reale, Carlos Maximiliano Pereira dos Santos e Paulo Dourado de Gusmão) que o ordenamento jurídico positivo, de fato, **não tem capacidade para prever todos os casos e inovações que podem surgir ao longo dos anos.** Por isso é que sempre se recomendou que ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador deve pairar nas alturas, **fixar princípios e preceitos gerais, de amplo alcance, embora precisos e claros.**

A norma jurídica do direito evoluído caracteriza-se justamente pela generalidade. Não tendo por objeto situações concretas, tem como estabelecer um padrão de conduta social, um tipo de relação jurídica que poderá ocorrer, não endereçado a ninguém em particular. **A consequência desta generalidade é a flexibilidade da norma, assim a ordem jurídica poderá se transformar pela interpretação sem a constante interferência do legislador.**

"A letra da lei permanece, apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social – surgem novas idéias, aplicam-se os mesmos princípios a condições sociais diferentes. O intérprete melhora o texto legal sem lhe alterar a forma; a fim de adaptar aos fatos a regra antiga, ele a subordina às imprevistas necessidades presentes, embora chegue a postergar o pensamento do elaborador prestigioso; deduz corretamente e aplica inovadores conceitos que o legislador não quis, não poderia ter querido exprimir". (Carlos Maximiliano) – Eis a razão do **scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem – saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder, isto é, o sentido e o alcance respectivos.**

Como dizia Wach, Thael e outros importantes juristas citados por Maximiliano – **Pode a lei ser mais sábia do que o legislador; porquanto abrange hipóteses que este não previu.** Conclui o mestre: "(...) ao invés de abandonar um vocábulo clássico e preciso, é preferível esclarecer-lhe a significação, variável com a marcha evolutiva do Direito. Termos técnicos suportam as acepções decorrentes do progresso da ciência a que se acham ligados. (...) De fato, não é possível que algumas séries de normas, embora bem elaboradas, sintéticas, espelhem todas as faces da realidade. Por mais

hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos. **Uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens. [e as inovações da tecnologia]** - Não perdura o acordo estabelecido, entre o texto expresso e as realidades objetivas. Fixou-se o Direito Positivo; porém a vida continua, envolve, desdobra-se em atividades diversas, manifesta-se sob aspectos múltiplos: morais, sociais, econômicos, tecnológicos. Transformam-se as [tecnologias], situações, interesses e negócios. Surgem fenômenos e [tecnologias] imprevistos, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas cuja existência ninguém poderia presumir quando o texto foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador, nem reformar a sua obra. A ação do tempo é irresistível, não respeita a imobilidade aparente dos Códigos. Aplica-se a letra intata a figuras jurídicas diversas, resolve modernos conflitos de interesses, que o legislador não poderia prever. Se de outra forma se agisse e se ativesse ao pensamento rígido, limitado, primordial, a uma vontade morta e, talvez, sem objeto hoje, porquanto visara a um caso concreto que se não repete na atualidade; então o Direito positivo seria uma remora, obstáculo ao progresso, monólito inútil, firme, duro, imóvel, a atravancar o caminho da civilização, ao invés de o cercar apenas de garantias".<sup>1</sup> Nesse sentido, a interpretação e a aplicação do direito devem levar em consideração a realidade sócio-cultural atual, para lograr aceitabilidade ou razoabilidade.

É muito comum as leis possuírem por fundamento um abuso recente. Diversos autores consagrados lembram que em regra, os elaboradores das normas são sugestionados por fatos isolados, nitidamente determinados, que impressionam a opinião pública, embora a linguagem mantenha o tom de idéias gerais, preceito amplo.

**A elaboração de uma lei é tarefa de extrema responsabilidade e seriedade.**

---

<sup>1</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 16a. edição. \* [Carlos Maximiliano Pereira dos Santos foi Advogado, Deputado Federal, Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Consultor-Geral da República, Deputado à Assembléia Constituinte de 1933-1934, Procurador-Geral da República (1934-1936) e Ministro da Corte Suprema (nomeado em 1936, aposentado em 1941)].

Carlos Alberto Bittar dizia que "a temática da tecnologia tem causado ainda profundos pruridos em meio a juristas, técnicos do direito, produtores, empresários e legisladores. **Não por outro motivo senão pela já conhecida diferença entre a rápida e célere mutação das técnicas em contraponto ao lento e monótono ritmo em que marcha a legislação.** De fato, em função das necessidades materiais e econômicas, se vê a tecnologia sempre em franco desenvolvimento diuturno, de modo que a interminável série de criações e produções se multiplica à medida que novas carências surgem para serem satisfeitas. O legislador, por seu turno, na medida em que opera com os dados da realidade e deles extrai o manancial para a regulamentação de determinada matéria, se vê adstrito às circunstâncias ensejadoras da norma jurídica. De expediente de uso corrente para os casos da imprevisibilidade das novas técnicas se vale o legislador ao expor textualmente as cláusulas genéricas do tipo "*e outras modalidades de tecnologia...; e outros recursos similares...*". Daí a necessidade de adequação da legislação aos avanços da tecnologia, que dia-a-dia causa maiores embaraços para autores e criadores."<sup>2</sup> – A lei 9.610/98 tem um exemplo clássico dessa inteligência no art. 7º – "São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, **conhecido ou que se invente no futuro**, tais como: (...)"

Como lembra Miguel Reale: "(...) o Direito é um processo aberto exatamente porque é próprio dos valores, isto é, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico, **jamais se exaurir em soluções normativas de caráter definitivo.**"<sup>3</sup>

Em sua teoria tridimensional do direito, Miguel Reale afirmava que: "(...) muitas e muitas vezes, porém, as palavras das leis conservam-se imutáveis, mas a sua acepção sofre um processo de erosão ou, ao contrário, de enriquecimento, em virtude de interferência de fatores diversos que vêm amoldar a letra da lei a um novo espírito, a uma imprevista *ratio juris*. Tais alterações na semântica normativa podem resultar: a) do impacto de valorações novas, ou de mutações imprevistas na hierarquia dos valores dominantes; b) da superveniência de

---

<sup>2</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. São Paulo: RT, 1999.

<sup>3</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. p. 86.

fatos que venham modificar para mais ou para menos os dados da incidência normativa; c) da intercorrência de outras normas, que não revogam propriamente uma regra em vigor, mas interferem no seu campo ou linha de interpretação; d) da conjugação de dois ou até mesmo dos três fatores discriminados."

**Herbert Hart:** "(...) **a textura aberta do direito** significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso."<sup>4</sup>

Esta afirmação de vocês também me fez lembrar Kirchmann (*El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho*, trad.) que em conferência célebre, dizia – segundo Paulo Dourado de Gusmão: **"a ciência do direito, tendo por objeto o contingente, é também contingente: três palavras retificadoras do legislador tornam inúteis uma inteira biblioteca jurídica.** Tal contingência, comum às coisas históricas, só tornaria anacrônica uma forma de saber jurídico, que seria substituída por outra tendo por objeto o novo direito. Anacrônico, mas não sem validade, por ter valor histórico. **Capograssi, em 1937, respondendo a essa objeção clássica, admitiu poder ser sustentada a natureza científica do estudo do direito, apesar de sua mutabilidade, desde que não se considere a norma jurídica, que é mutável, como objeto da ciência do direito, mas a experiência jurídica dotada de certa estabilidade, semelhante à dos demais fatos históricos, pois, pelo menos, ao se modificar, não anula a experiência passada, que, como tradição, se mantém viva.**"

É possível afirmar o fim da época de excelentes legisladores e intérpretes? Parece que sim. Pois até **prazo de validade** já se fala em relação aos projetos de lei no Brasil.

---

(\*) **Paulo Sá Elias** é professor universitário e advogado. Site: [www.direitodainformatica.com.br](http://www.direitodainformatica.com.br) / Twitter: @psael | Sócio de Opice Blum Advogados Associados em Ribeirão Preto/SP.

---

<sup>4</sup> HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

## **BIBLIOGRAFIA**

BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do Direito do Autor**. São Paulo: RT, 1999.

ELIAS, Paulo Sá. A lei pode ser mais sábia que o próprio legislador. **Gazeta Mercantil**, São Paulo, 27 jun. 2001. Caderno Doutrina & Jurisprudência. p. 2.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1992

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.