

# **ENTENDENDO A FORMAÇÃO DAS LEIS: A INTERAÇÃO ENTRE OS TRÊS PODERES, O “BOICOTE HERMENÊUTICO” E O “JUSTIÇAMENTO DE TRANSIÇÃO”**

Carlos E. Elias de Oliveira

(Professor de Direito Civil, Notarial e de Registros Públicos na Universidade de Brasília – UnB –, no IDP/DF, na Fundação Escola Superior do MPDFT - FESMPDFT, no EBD-SP, na Atame do DF e de GO e em outras instituições.

Consultor Legislativo do Senado Federal em Direito Civil, Advogado, ex-Advogado da União e ex-assessor de ministro STJ.

*Instagram:* @profcarloselias e @direitoprivadoestrangeiro)

## **1. INTRODUÇÃO**

Objetivamos levantar reflexões sobre a formação da lei e sobre os limites da atuação de cada um dos Três Poderes diante da lei. A pretensão é apontar que o Estado Democrático de Direito, para sua estabilidade, envolve a necessidade de cautela de cada um dos Poderes no exercício de seu papel.

O tema é fundamental para os juristas em geral, inclusive os que lidam com Direito Notarial e Registral, pois esclarece como as leis devem ser tratadas na prática pelos operadores do Direito.

Seremos objetivos. A intenção é ser o mais prático possível na abordagem.

A análise levará em conta não apenas experiências acadêmicas, mas também profissionais no âmbito dos Três Poderes.

No Judiciário, a oportunidade de ter atuado como assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) possibilitou-nos testemunhar como os magistrados se comportam na prolação de suas decisões interpretando as leis.

No Executivo, a experiência como Advogado da União por cerca de três anos, com foco em correições nos órgãos da Advocacia-Geral da União (especialmente órgãos vinculados à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, à Consultoria-Geral da União, à Procuradoria-Geral da União e à Procuradoria-Geral Federal) permitiu-nos analisar o modo como os agentes do Poder Executivo se portam diante da aplicação das leis.

No Legislativo, no cargo de Consultor Legislativo do Senado Federal, o auxílio na elaboração das leis (por meio de estudos e do oferecimento de sugestões de textos) franquea-nos acompanhar como elas são elaboradas.

## **2. LEI COMO O VEÍCULO DE EXPRESSÃO DO VERDADEIRO PODER NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

A lei (em sentido amplo)<sup>1</sup> é o instrumento por meio qual o poder é exercido em um Estado de Direito.

Os cidadãos, as pessoas jurídicas e os agentes públicos, sem exceção, devem-lhe subserviência.

Em um Estado de Direito Democrático, a lei tem de ser elaborada e aplicada pelo povo. Afinal, todo poder emana dele, nas palavras do parágrafo único do art. 1º da CF.

Como não é viável que o povo elabore e aplique diretamente as leis, ele o fará indiretamente por meio de seus representantes. Esses representantes são escolhidos direta ou indiretamente pelo próprio povo.

---

<sup>1</sup> Reportamo-nos aqui às espécies legislativas indicadas no art. 59 da Constituição Federal (CF):

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

- 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.

### 3. OS REPRESENTANTES QUE ELABORAM E APLICAM AS LEIS

Quem são esses representantes escolhidos direta ou indiretamente pelo povo para elaborarem ou aplicarem a lei?

De um lado, há os titulares de cargos providos mediante sufrágio universal. São os representantes escolhidos diretamente pelo povo. É o caso dos membros do Poder Legislativo (senadores, deputados e vereadores) e do chefe do Poder Executivo.

De outro lado, há os representantes escolhidos de modo indireto pelo povo. Trata-se dos agentes públicos em sentido amplo<sup>2</sup> selecionados sem um sufrágio direto e universal. Dividimo-los em dois grupos.

O primeiro é daqueles escolhidos mediante procedimento especial, assim entendido aquele que envolve escolhas feitas pelo Chefe do Poder Executivo ou por outras autoridades, tudo por vezes precedida de sabatina pelo Parlamento e de listas tríplices elaboradas por determinadas entidades. Esses agentes públicos ocupam o alto escalão dos Poderes Judiciário e Executivo e, como tais, acabam tendo papel decisivo na interpretação final da lei nos limites do respectivo Poder. Trata-se dos:

- a) Ministros dos Tribunais Superiores e uma parcela dos Desembargadores dos Tribunais locais;
- b) os Ministros de Estado e outros cargos estratégicos do Poder Executivo, como as autoridades maiores de algumas autarquias<sup>3</sup>, os chefes de representações diplomáticas;
- c) os membros – ou parte deles – de órgãos colegiados relevantes, como os conselheiros do CNJ<sup>4</sup>, do CNMP<sup>5</sup>, do CADE<sup>6</sup>, da ANATEL<sup>7</sup> etc.

O segundo grupo é composto por agentes públicos selecionados mediante concurso público ou mediante nomeações a cargos comissionados fora do procedimento especial supracitado. Aí estão os magistrados atuantes no primeiro grau de jurisdição (os

---

<sup>2</sup> Agente público em sentido amplo abrange todos os que atuam em nome do Estado, como os agentes políticos, os agentes administrativos, os agentes honoríficos, os agentes delegados e os agentes credenciados.

<sup>3</sup> É o caso, por exemplo, do presidente do BACEN (Banco Central do Brasil, do diretor da CVM (Comissão de Valores Mobiliários) etc.

<sup>4</sup> Conselho Nacional de Justiça.

<sup>5</sup> Conselho Nacional do Ministério Público.

<sup>6</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

<sup>7</sup> Agência Nacional de Telecomunicações.

quais representam os únicos agentes políticos que são selecionados mediante concurso público<sup>8</sup>), os servidores públicos em geral concursados ou não bem como os notários e os registradores.

Como se vê, todos os agentes públicos, desde o servidor público concursado que esteja na base dos Poderes até os agentes políticos que encabeçam essa estrutura ou os delegatários de serviços notariais e registrais, podem ser considerados como representantes do povo na elaboração e na aplicação das leis.

Considerando, porém, o escalonamento hierarquizado dos Poderes, é fato que os agentes políticos acabam desempenhando um papel mais decisivo na elaboração e na aplicação da lei, tendo em vista o seu poder de vincular os agentes públicos situados nos demais patamares da estrutura do Estado.

## **4. PAPEL DOS TRÊS PODERES**

### **4.1. Visão simplificada**

Considerando que a lei é o instrumento para o exercício do poder no Estado de Direito e que os agentes públicos são incumbidos de elaborar e aplicar essa lei, cabe-nos entender mais o papel dos Três Poderes nesse cenário. Deixamos de tratar, de forma direta, do Ministério Público, visto que sua relevantíssima posição institucional é defender a Ordem Jurídica, ou seja, é de garantir que os Três Poderes obedeçam à lei. O mesmo se estende às demais funções essenciais à Justiça, como a Advocacia, a Defensoria Pública (arts. 127 ao 135, CF).

Neste primeiro momento, expomos uma versão simplificada e formal do fenômeno: O Poder Legislativo elabora as leis, o Poder Executivo aplica-as e o Poder Judiciário julga essa aplicação.

Sob essa ótica simplificada e formal, a função de elaborar as leis em sentido amplo incumbe aos parlamentares, com a participação, em alguns casos, do Presidente da República (que pode editar Medidas Provisórias a serem submetidas posteriormente ao Congresso Nacional para conversão em lei e que exerce o poder de sancionar ou vetar

---

<sup>8</sup> Os demais agentes políticos são escolhidos mediante o procedimento especial de que tratamos, ainda que, por vezes, a sua condição de concursado possa ser considerado um pré-requisito.

leis ordinárias e complementares). O Poder Legislativo, portanto, seria o protagonista na elaboração das leis sob essa perspectiva formal.

Caberia aos demais Poderes sujeitar-se a essa lei em sentido amplo.

Ao Poder Executivo cabe aplicar a lei. Essa aplicação ocorreria por meio de atos administrativos, desde os de natureza normativa (como os decretos – que regulamentam leis com base no art. 84, IV, da CF – e os demais atos normativos<sup>9</sup>) até os demais atos administrativos (como os que deferem ou indeferem pedidos de particulares).

Ao Poder Judiciário caberia julgar se o Poder Executivo realmente obedeceu aos limites da lei produzida pelo Parlamento.

Alguns esclarecimentos precisam ser feitos dentro dessa perspectiva simplificada. Ao afirmarmos que cabe ao Poder Executivo aplicar a lei, levamos em conta apenas as funções típicas de cada um dos três Poderes. Acontece que a atribuição de aplicar a lei também ocorre no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no desempenho de suas funções atípicas de administrar. Nesses outros Poderes também há a prática de atos administrativos, tanto os de natureza normativa quanto os demais tipos (como o ato de indeferir férias de um servidor público).

Ainda sob essa ótica simplificada e formal, é preciso atentar que o Poder Judiciário, excepcionalmente, pode julgar as leis produzidas pelo Parlamento quando violarem a Constituição Federal (controle de constitucionalidade).

#### **4.2. Visão complexa e real**

A visão simplificada e formal do papel dos Três Poderes parte de uma ideia estática da separação de Poderes. Pressupõe que inexista constante tensão entre eles. Ampara-se na compreensão de que as interações sociais ocorrem sem tensão alguma.

Não é essa a realidade.

Os três Poderes mantêm, entre si, uma relação constante de tensão, fruto dos embates que existem entre os vários grupos de interesse. A todo momento, um Poder colide com o espaço do outro, de maneira que as fronteiras entre eles estão em contínua tensão.

---

<sup>9</sup> A partir do Decreto nº 10.139/2019, os demais atos normativos devem ser batizados apenas como portarias, resoluções ou instruções normativas, ao menos no âmbito do Poder Executivo.

Na filosofia política, Montesquieu fornecia essa visão mais realista da separação de poderes, elaborando uma visão mais dinâmica entre eles diante do reconhecimento da constante tensão entre os Poderes. Montesquieu baseava-se na visão sociopolítica desenvolvida por Aristóteles por meio do seu famoso “problema do poder”, segundo o qual a sociedade é composta por diversos grupos de interesses que vivem em constante disputa de poder<sup>10</sup>. Nesse embate contínuo entre os grupos de interesses, consensos temporários são formados mediante renúncias recíprocas. Esses consensos costumam mudar ao longo do tempo.

A sociedade não é estática; logo, o Poder também não o é.

Como ensina o professor da Universidade de Brasília (UnB) Marcus Faro Castro, Montesquieu desenvolveu uma versão da teoria da separação dos poderes nos moldes mais republicanos e pluralistas<sup>11</sup>, rejeitando a existência de uma normatividade superior e institucionalizada e enxergando o concerto entre os poderes como decorrência de uma, *in verbis*:

tensão estrutural entre autoridades, os ‘freios e contrapesos’, que, na ausência de uma normatividade superior definidora de hierarquias institucionais, criam uma dinâmica de interação política entre as autoridades do Estado, em constante movimento. Espírito e movimento constante são aí irmãos gêmeos e conduzem, na ausência de hierarquias institucionais que subordinem constitucionalmente um poder a outro, à busca de concepções do bem compatíveis com o sentimento de liberdade de cada um.<sup>12</sup>

Portanto, em uma visão mais realista, os Três Poderes vivem em constante tensão, de modo que as funções típicas formalmente atribuídas a cada um dos Poderes submetem-se a movimentações constantes, a depender do momento histórico. Isso talvez explique o porquê de conceitos como o ativismo judicial, que representa uma postura do Judiciário de “legislar” por meio do emprego de princípios.

---

<sup>10</sup> Para aprofundamento, reportamo-nos a este texto: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Parâmetros analíticos do Direito Civil Constitucional**. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23903/1/2016\\_CarlosEduardoEliasdeOliveira.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/23903/1/2016_CarlosEduardoEliasdeOliveira.pdf), pp. 174-175.

<sup>11</sup> Sobre o pluralismo jurídico, ver: CASTRO, Marcus Faro de. **Pluralismo jurídico: principais ideias e desafios**. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 159-177.

<sup>12</sup> CASTRO, Marcus Faro de. **Globalização, Democracia e Direito Constitucional: Legados Recebidos e Possibilidades de Mudança**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (coords.). **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional: Análise, Crítica e Contribuições**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 702.

## 5. A NATUREZA DA INDETERMINAÇÃO DAS LEIS EM SENTIDO AMPLO

Costuma-se dizer que lei é texto e contexto. Isso significa que a lei não é apenas a produção formal do Parlamento (texto), mas também é a interpretação dada a ela pelos operadores do Direito (contexto).

Não se pode negar que há um certo grau de indeterminação nas leis. De uma forma bem simplificada, isso pode ser bem visualizado nos julgamentos colegiados dos Tribunais: se não houvesse certo grau de indeterminação, todos os julgamentos seriam decididos por unanimidade dos julgadores. Não haveria votos divergentes.

Cabe um alerta: ao afirmarmos que as leis ostentam uma natureza de indeterminação, não estamos a defender que qualquer interpretação é válida. Há diversos estudos sobre teorias da argumentação jurídica que aprofundam o tema com diferentes perspectivas. Não nos cabe aqui debater tais questões.

A natureza de indeterminação das leis decorre de três aspectos: o subjetivo, o objetivo e o institucional. Os aspectos subjetivo e objetivo vinculam-se mais a questões inerentes à própria hermenêutica jurídica, ao passo que o aspecto institucional atrela-se mais a questões políticas (políticas no sentido de exercício do poder).

### 5.1. ASPECTO SUBJETIVO

O aspecto subjetivo da indeterminação das normas foca o operador do Direito enquanto pessoa. Como lembrava Miguel Reale com base na sua concepção de *culturalismo jurídico*, o operador do Direito é inevitavelmente influenciado por sua cultura, história e experiência<sup>13</sup>. Nas palavras de Flávio Tartuce:

“não restam dúvidas de que o julgador leva para o caso prático a sua história de vida, a sua cultura – formadora do seu caráter – e, principalmente, as suas experiências pessoais, nas atribuições de magistrado ou fora delas. Os acontecimentos que repercutiram na sociedade também irão influir nos futuros posicionamentos jurisprudenciais, havendo nesse ponto uma valoração ideológica”<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Tratamos do tema neste texto: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de Oliveira. **A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, março de 2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 5 de março de 2018.

<sup>14</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, 1: Lei de Introdução e Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

Assim, o magistrado, o parlamentar, o advogado público, o membro do Ministério Público e todos os demais agentes públicos de todos os Poderes que lidam com aplicação da lei terão certo grau de subjetividade nessa atividade por conta de sua cultura, história e experiência.

## 5.2. ASPECTO OBJETIVO

O aspecto objetivo da natureza de indeterminação da lei foca-se no objeto da norma em si.

De um lado, o próprio texto da norma pode cancelar diferentes interpretações. Há vários sentidos possíveis de uma norma. Isso decorre de imperativos de hermenêutica. Nesse sentido, já tivemos a oportunidade de citar exemplo de Recásens Siches, conforme este excerto:

Recásens Siches – que apregoava não ser a lógica do Direito a do racional, e sim a do razoável – fornece notável exemplo disso ao tratar do caso clássico da norma que proíbe a entrada de animais em um ambiente. Por esse exemplo, Siches evidencia que mesmo uma norma bem redigida admite interpretações que vão além da sua letra fria. Para o célebre jurista, se uma norma textualmente estabelece que “é proibida a entrada de animais”, haveria diversas possibilidades de interpretação. Caso um jovem quisesse adentrar o ambiente com o seu cachorro de estimação, a interpretação mais adequada daquela norma seria no sentido de barrar-lhe o ingresso. Caso, porém, uma pessoa com deficiência visual pretendesse entrar no ambiente com o seu cão-guia, a mesma norma deveria ser interpretada de modo diverso, para admitir o ingresso do animal, levando em conta o espírito da norma, que respeita valores jurídicos relevantes como o da acessibilidade em favor das pessoas com deficiência. Na lição de Recásens Siches, o Direito é circunstancial, como toda obra humana.<sup>15</sup>

De outro lado, a própria fonte do Direito não se resume ao texto legal. Outras fontes são também admitidas. Miguel Reale, por exemplo, defendia que a matéria-prima do Direito era a norma (a lei em sentido formal), os fatos e os valores. Isso significa que o operador do Direito não se limita ao texto frio da norma para resolver todas as questões concretas.

---

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de Oliveira. **A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, março de 2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 5 de março de 2018, p. 2.



### 5.3 ASPECTO INSTITUCIONAL

Sob o aspecto institucional, vimos que os Três Poderes vivem em permanente estado de tensão, o que se reflete em uma contínua disputa na atividade de elaborar, de aplicar e de julgar as leis. Essa competição constante acaba colaborando para a natureza de indeterminação das normas.

O Judiciário, por vezes, ensaia avançar (e até avança) nas funções típicas dos outros Poderes. É o que se dá quando ele possui uma postura mais flexível para intervir em políticas públicas com base em princípios abertos como o da proporcionalidade, caso em que há tensão nas fronteiras com o Poder Executivo<sup>16</sup>. É também o que ocorre quando o Judiciário adota postura expansiva no manuseio de princípios a ponto de desbordar da função de “julgar” para ter uma postura de “legislar”, hipótese que ilustra um ponto de tensão com o Poder Legislativo.

O Poder Executivo também, amiúde, entra em espaço de tensão com outros Poderes. Ao editar atos infralegais que extrapolam (ou ameaçam extrapolar) os limites da lei regulamentada ou ao exacerbar-se na edição de Medidas Provisórias, o Poder Executivo choca-se com o Poder Legislativo.

## 6. SISTEMAS DE FREIOS E CONTRAPESOS: O RECONHECIMENTO, PELA CF, DA NATUREZA INDETERMINADA DAS NORMAS

A CF reconhece a natureza indeterminada das normas jurídicas, a qual resulta não apenas de aspectos relacionados a questões de hermenêutica (aspectos subjetivo e objetivo já tratados), mas também questões políticas (aspectos institucionais). Prova disso é que a CF desenha institucionalmente o Estado de Direito de modo a prover cada um dos Poderes com mecanismos idôneos a frear abusos dos demais (sistema de freios e contrapesos – *Checks and Balances System*).

Esses mecanismos partem do pressuposto de que a elaboração e a aplicação das normas não são atos puramente técnicos, baseados em uma lógica formal fria. Pressupõem que as normas são elaboradas e também aplicadas (interpretadas e julgadas) levando em conta também o ambiente de constante tensão entre os vários grupos de

---

<sup>16</sup> Há fartos debates acadêmicos sobre isso, especialmente em torno do que se conhece como controle jurisdicional do mérito do ato administrativo, do que dá nota este trabalho: ANGIOLUCCI, Maria de Lurdes Aparecida Trujillo; ARAÚJO, Edmir Netto de. **O controle judicial dos atos administrativos discricionários e a jurisprudência**. 2014. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082017-153306/pt-br.php> >.

interesse da sociedade, tudo dentro da ideia aristotélica do “problema do poder”. A CF reconhece que, na própria interpretação da norma, o operador do Direito é influenciado por questões fora da lógica formal fria, como por conta de sua cosmovisão ideológica da sociedade e da vida.

De modo mais comum, é costume exemplificar os sistemas de freio e contrapeso com instrumentos meramente formais de controle dos atos de cada um dos Poderes. São exemplos dessas ferramentas formais:

- a) O Poder Legislativo pode sustar atos do Poder Executivo que extrapolem os limites da lei regulamentada (art. 49, V, CF).
- b) O Poder Judiciário pode exercer controle jurisdicional de atos típicos do Parlamento (por meio do controle de constitucionalidade das leis) e do Poder Executivo (mediante o controle de legalidade e de constitucionalidade de atos administrativos).

Há, porém, instrumentos de índole mais material, que focam muito mais a constante tensão entre os Poderes e que partem do pressuposto de que a atividade de interpretar ou julgar a lei não é algo puramente técnico. Citamos estes exemplos:

- a) a indicação, com sabatina, para Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF);
- b) a indicação, com sabatina, para os tribunais superiores e para parte dos tribunais locais;
- c) os procedimentos especiais de nomeação (com ou sem sabatina) para cargos de alto escalão ou de relevância estratégica;
- d) a preferência de outorgar ao Parlamento (Senado Federal) a competência para julgamento de crimes de responsabilidade por Ministros do STF, os membros do CNJ e do CNMP, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (art. 52, II, CF);
- e) a competência legislativa do Parlamento para editar Emendas à Constituição sem necessidade de submissão a veto ou a sanção do Presidente da República; e
- f) outras questões relacionadas ao desenho de atribuições institucionais, como as relacionadas à distribuição de verbas orçamentárias.

Os Poderes dependem um do outro. Abusos de um Poder podem atrair reações do outro.

Até mesmo o Poder Judiciário – que, em tese, tem a competência de dar a última palavra na interpretação das leis – foi constitucionalmente alcançado a sistema de freio e contrapesos.

Se, por exemplo, o Poder Judiciário passa a adotar uma postura de extremo ativismo judicial, avançando sobre os espaços dos outros Poderes, a reação poderia vir de maneiras diferentes. Uma delas seria o Parlamento editar uma Emenda à Constituição, aumentando o número de ministros do STF ou do STJ, e, em conjunto com o Poder Executivo, nomeando novos ministros que tenham uma postura menos ativista na interpretação das leis.

Eventuais excessos do Presidente da República também podem despertar reações dos outros Poderes no momento constitucional, seja por meio de controle jurisdicional de suas decisões, seja por meio da sustação de atos administrativos exorbitantes pelo Parlamento, seja, até mesmo, pelo *impeachment* (fruto de crime de responsabilidade) por decisão do Senado Federal.

Em relação a esta última situação, é curioso que, se a CF quisesse que o *impeachment* do Presidente da República fosse fruto de um julgamento primordialmente técnico-jurídico sem aspectos políticos, ele teria escolhido, como competente, um órgão composto por juristas, e não um órgão composto por parlamentares (que possuem diversas formações).

Como se vê, todos os Poderes dependem um do outro. Em uma metáfora, cada Poder tem a “bala de prata” que pode aniquilar o outro. Se todos extrapolarem seus limites, poderíamos chegar a uma situação de ruptura institucional, descambando para o colapso do próprio regime democrático e atraindo movimentações tendentes ao uso da força física para a imposição do Poder.

Portanto, cada um dos Poderes precisa comportar-se com moderação dentro de seu papel, evitando avançar sobre o terreno dos demais, sempre atento ao fim maior: a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

## **7. CAUTELAS NA APLICAÇÃO DA LEI E OS RISCOS DE “BOICOTE HERMENÊUTICO” E DE “JUSTIÇAMENTO DE TRANSIÇÃO”**

Até o momento, tratamos da lei como o veículo de exercício do poder e problematizamos o ambiente de tensão fronteiraço existente entre os Três Poderes.

A rigor, cabe ao Poder Legislativo editar as leis em sentido amplo. O Poder Executivo deve aplicá-la, e o Poder Judiciário deve julgar se a lei foi ou não respeitada.

A dinâmica institucional do Estado de Direito, porém, não é tão simples assim. A própria lei não é dotada de uma clareza cartesiana: há certo grau de indeterminação nela, conforme já expusemos.

Ao acompanhar de perto o processo legislativo, esse cenário fica mais realçado. Já é superado o mito da existência da vontade do legislador, como se o legislador fosse uma única pessoa que desenhou o texto da norma. Na verdade, a lei é redigida a várias mãos. Os parlamentares evidentemente exercem o protagonismo nesse processo, pois eles é quem têm o poder do voto. Todavia, na redação das leis, é preciso reconhecer a influência de outros fatores, como:

- a) os textos redigidos por setores técnicos de instâncias da sociedade civil;
- b) os textos sugeridos por setores técnicos de outros órgãos do governo;
- c) as considerações técnicas de sua assessoria e da consultoria legislativa da respectiva Casa Parlamentar;
- d) a impossibilidade humana de, no exercício de futurologia, prever todas as variações da casuística e de produzir um texto legislativo que as contemple (racionalidade limitada);
- e) a exigência de laconismo impostos pela técnica de redação legislativa, com dispositivos redigidos com “frases curtas e concisas” (art. 11, I, “e”, Lei Complementar nº 95/1998);
- f) a necessidade de a redação da lei ser confortável a parlamentares de diferentes ideologias, o que, por vezes, desaguam em textos legais com uma redação “ensaboada”.

Assim, ao afirmarmos que o Judiciário deveria ater-se ao sentido literal da lei (como se ele devesse ser uma mera “boca da lei”), podemos incorrer em uma simplificação injustificável e descolada da realidade do Estado Democrático do Direito.

Muitas leis nascem com uma redação “ensaboada” ou semanticamente aberta<sup>17</sup> exatamente porque um texto muito fechado e direto talvez não fosse confortável aos parlamentares de diferentes ideologias.

Outras leis portam um texto que “diz mais do que queria” ou que “diz menos do que queria” por questões relacionadas à própria “racionalidade limitada”.

Portanto, ao afirmarmos que os Poderes Executivo e Judiciário devem submeter-se à lei produzida pelo Poder Legislativo, é preciso atentar que essa submissão não significa necessariamente uma atuação meramente literal pelos operadores do Direito.

O problema é os Poderes Executivo e Judiciário exasperarem-se na sua missão de aplicar a lei. Esses Poderes não podem esquecer que a produção da lei em sentido formal foi outorgada ao Parlamento, composto por membros eleitos por sufrágio universal.

Não há fórmulas cartesianas para delimitar os limites de atuação dos Poderes Executivo e Judiciário na aplicação da lei produzida pelo Poder Legislativo. É preciso que os operadores do Direito estejam cientes que comportamentos abusivos ou ativistas podem, a depender da situação, gerar reações de outros poderes e, até mesmo, gerar instabilidade institucional.

Entre os abusos que podem ser cometidos pelos Poderes Executivo e Legislativo, está o que chamamos de “*boicote hermenêutico*”. Trata-se da situação em que, apesar de o Parlamento ter manifestado de forma clara alguma vontade por meio de um texto legal, o operador do Direito vale-se de meios interpretativos para boicotar essa vontade. É o que, ao nosso juízo, sucedeu na questão relativa à guarda compartilhada.

Apesar de ter sido editada a Primeira Lei da Guarda Compartilhada (Lei nº 11.698/2008), várias decisões judiciais seguiram impondo o regime de guarda unilateral (por vezes, disfarçado com a etiqueta de guarda compartilhada) para os pais. E, para tanto, escudam-se em princípios genéricos, como o do melhor interesse da criança e do adolescente, tudo como forma de dar força jurídica ao próprio voluntarismo.

Nesse caso específico, o Parlamento reagiu a esse “boicote hermenêutico” promovido por alguns magistrados, editando uma Segunda Lei da Guarda Compartilhada

---

<sup>17</sup> As técnicas de redação legislativa da cláusula aberta e dos conceitos jurídicos indeterminados são utilizadas com esse fim.

(Lei nº 13.048/2015). Ainda hoje, porém, há decisões judiciais que promovem boicotes hermenêuticos, conforme tivemos a oportunidade de tratar em outra ocasião<sup>18</sup>.

Outro risco que deve ser combatido na atividade de aplicação das leis é o que chamamos de “*justiçamento de transição*”. Cuida-se de o Poder Judiciário ou o Poder Executivo, ao adotar uma interpretação legal até então controversa ou pouca admitida no meio jurídico, decidir por aplicar efeitos jurídicos desproporcionais aos “infratores”. Nesses casos, aquele que havia praticado um ato com base em uma interpretação razoável ou até majoritária da legislação será punido desproporcionalmente pela superveniência de uma interpretação diversa pelo operador do Direito. No lugar de fazer “justiça”, estaria a fazer aí um “justiçamento” nesse ambiente de transição na aplicação da lei.

Se, por exemplo, um órgão de defesa do consumidor passa a entender que uma determinada conduta é abusiva, quando, antes disso, havia forte controvérsia jurídica, não é razoável a aplicação de uma pesada multa contra o particular que estava agindo amparado sob dúvida jurídica razoável.

Se, por exemplo, os tribunais mudam a sua orientação jurisprudencial ou decidem uma questão inédita que era controversa na doutrina, não é razoável impor consequências desproporcionais àquele que, antes disso, havia agido diferentemente.

Aliás, quando estamos a falar da atuação de órgãos de controle, os riscos de *justiçamento de transição* são extremamente danosos, porque criam, no âmbito da Administração Pública, o que se conhece como *apagão das canetas* ou como Direito Administrativo do Medo. Nesse ponto, os arts. 20 a 30 da LINDB estabelecem várias ferramentas jurídicas para inibir essa situação, como a exigência de clareza normativa, o princípio da motivação concreto, o regime de transição e o parâmetro da contextualização<sup>19</sup>.

É preciso que os operadores do Direito tomem cuidado com esses justiçamentos de transição ao aplicar a lei. Por vezes, o mais adequado é modular os efeitos da nova interpretação para que sejam aplicados apenas a casos futuros. O próprio ordenamento dá

---

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Guarda compartilhada, regime de convívio e alimentos: Uma abordagem crítica**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341301/guarda-compartilhada-regime-de-convivio-e-alimentos>. Publicado em 5 de março de 2021.

<sup>19</sup> Tratamos detalhadamente do tema neste artigo: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de Oliveira. **A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais: repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, junho de 2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 20 de junho de 2018.

suporte a isso, do que dão exemplos a *declaração de irregularidade sem pronúncia de invalidade* (arts. 21, parágrafo único, e 22, caput e § 1º, LINDB)<sup>20</sup> e a modulação dos efeitos da jurisprudência (art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil)<sup>21</sup>. O STJ, igualmente, por mais de uma vez, afastou indenizações por dano moral com base na dúvida jurídica razoável<sup>22</sup>.

## 8. CONCLUSÃO

Este artigo não teve a pretensão de indicar fórmulas cartesianas que guiassem a atuação dos operadores do Direito na aplicação da lei ou que balizassem a interação entre os Poderes. Até porque isso nos parece impossível.

O objetivo foi apenas de levantar reflexões sobre o ambiente desenhado pela Constituição Federal, reconhecendo que os Três Poderes precisam atuar de forma harmoniosa e evitando extrapolações (como as decorrentes de boicotes hermenêuticos e de justicamento de transição).

O principal é que o sentimento de manutenção do Estado Democrático de Direito esteja no centro da atenção de todos os operadores do Direito, buscando evitar qualquer ruptura institucional e procurando manter um ambiente favorável no qual os diferentes grupos de interesse da sociedade estejam contemplados, de modo “a construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, CF).

---

<sup>20</sup> Tratamos disso neste artigo: OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de Oliveira. **A Segurança Hermenêutica nos vários Ramos do Direito e nos Cartórios Extrajudiciais:** repercussões da LINDB após a Lei nº 13.655/2018. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisa/CONLEG/Senado, junho de 2018 (Texto para Discussão nº 245). Disponível em: [www.senado.leg.br/estudos](http://www.senado.leg.br/estudos). Acesso em 20 de junho de 2018.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **A Dúvida Jurídica Razoável e a Cindibilidade dos Efeitos Jurídicos** (Texto para Discussão nº 245). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas CONLEG/Senado, março, 2018-B. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 5 de março de 2018.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *Dúvida jurídica razoável como excludente de responsabilidade civil, de enriquecimento sem causa e de outros remédios contra ilícitos civis: comentários a um julgado do STJ*. In: **Revista IBERC**, v. 3, n. 1, 3 abr. 2020.