

A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE E DA EFICÁCIA SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A INFLUÊNCIA DA LEGÍSTICA

Valéria de Souza Arruda Dutra *

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão da legitimidade e da eficácia social dos Direitos Fundamentais. Portanto, insere-se com perfeição no tema ora proposto: *Direito, Racionalidade e Democracia*; uma vez que não se pode falar em Direito e Democracia, sem nos remeter ao profícuo tema dos Direitos Fundamentais.

Por outro lado, na seara da racionalidade, encontramos a *Legística*, Ciência da Legislação que se dedica à produção estratégica e tática das normas, principalmente no tocante à feitura das leis que irão favorecer a aplicabilidade dos Direitos Fundamentais no mundo fático.

Assim, num primeiro momento, este texto produz uma noção vestibular dos Direitos Fundamentais, após define o que sejam a legitimidade e a eficácia social. Finalmente, adentra na seara da *Legística*, definindo-a e evidenciando seu relevante papel frente à eficácia social dos Direitos Fundamentais.

PALAVRAS CHAVES

DIREITOS FUNDAMENTAIS; DEMOCRACIA; EFICÁCIA; LEGÍSTICA; LEGITIMIDADE.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la cuestión de la legitimidad y de la eficacia social de los Derechos Fundamentales. Por consiguiente, adentra con perfección en el tema propuesto: *Derecho, Racionalidad y Democracia*; una vez que no si pueda ablar in Derecho y Democracia, sin nos remitir el notable tema de los Derechos Fundamentales.

Por otro lado, en el campo de la racionalidad encontramos la *Legística*, Ciencia de la Legislación que si dedica a producción estrategica y tactica de las normas,

* Bacharelada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL) e membro desde fevereiro de 2007 do Grupo de Pesquisas em Filosofia do Direito da FDCL.

principalmente en el que si puede decir a hechura de las leys que irán favorecer la aplicabilidad de los Derechos Fundamentales en el mundo fático.

Así, en un primero momento, este texto produz una noción inicial de los Derechos Fundamentales, después define lo que sean la legitimidad y la eficacia social. Finalmente, adentra en el campo de la *Legística*, definiendo la y evidenciando su importante papel frente a la eficacia social de los Derechos Fundamentales.

PALABRAS-CLAVE

DERECHOS FUNDAMENTALES; DEMOCRACIA; EFICACIA; LEGISTICA; LEGITIMIDAD.

INTRODUÇÃO

O mundo fático nos demonstra que infelizmente, os direitos fundamentais prestacionais encontram-se desprovidos de validade social.

Tal constatação tem sua origem no processo legislativo, que produz leis inócuas, obscuras, imprecisas e que contribuem para a inefetividade dos direitos fundamentais.

Sabe-se que a efetividade é uma instância de eficácia social e, portanto a eficácia dos direitos fundamentais somente será conhecida quando esses direitos materializarem-se no campo social por intermédio de políticas públicas que atendam as principais e urgentes demandas populares. A eficácia dos direitos fundamentais está intimamente ligada ao processo de elaboração e aprimoramento das leis. Estas, por suas vezes devem ser produzidas para a sociedade e não para os especialistas.

O nível de compreensão das leis pela população é ínfimo e conseqüentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias é alto. A lei deve ser o elo entre o Estado e o cidadão. Infelizmente, o cotidiano nos fornece provas de que o Estado produz muitas das vezes, leis em proveito próprio. O ideal é que a produção legislativa prima pela qualidade, gerando impactos positivos na sociedade, na economia e na política e, assim, contribua para a materialização dos direitos e garantias fundamentais que se encontram abstratamente inscritos na Constituição Federal.

É nesse contexto que a *Ciência da Legislação* ganha relevância, uma vez que por intermédio da *Legística*, o Legislativo adquire melhores condições para a produção de leis que visem transferir do plano abstrato constitucional para o espaço fático, os direitos fundamentais.

Disposições constitucionais avançadas de nada valem se o contexto cultural repele os direitos fundamentais. A interpretação da norma (Hermenêutica) fica oca e se ramifica por meandros de subjetividade se a norma não foi devidamente arquitetada para uma sociedade constantemente em evolução e que caminha rumo à globalização de idéias, mercados, políticas etc.

Para que haja a consolidação da efetividade dos direitos fundamentais, principalmente; se faz necessária uma colaboração ativa de todos os componentes do corpo social e para tal colaboração, pressupõe-se a existência de um firme sentimento jurídico.

Direitos Fundamentais

O Título II da Constituição Federal é dedicado aos direitos e garantias fundamentais e encontra-se dividido em cinco capítulos: I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; II – “Dos Direitos Sociais”; III – “Da Nacionalidade”; IV – “Dos Direitos Políticos” e V – “Dos Partidos Políticos”. Na sistemática adotada pela Constituição de 1988, o termo “*direitos fundamentais*” é **gênero**, enquanto que as **espécies** de direitos fundamentais caracterizam-se pelos *direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos*.

Os direitos fundamentais encontram-se legitimamente inscritos na Constituição Federal de 1988 e, portanto, constituem-se como resultado de uma demanda social. O artigo 5º e seus parágrafos 1º e 2º enunciam que:

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (CONSTITUIÇÃO, 2006, p. 45)

Assim, temos que os Direitos Fundamentais são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana e, necessários para assegurar aos indivíduos uma existência digna, livre e igual. Na obra, *Direito Constitucional Positivo*, José Afonso da Silva define direitos fundamentais da seguinte maneira:

A expressão direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana. (...) São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente estabelecida pelo poder constituinte. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, no princípio da soberania popular. (SILVA, 2002, p. 179)

Paulo Bonavides, em sua obra *Curso de Direito Constitucional*, destaca que os direitos fundamentais propriamente ditos são os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. Baseando-se em Carl Schmitt, o professor Bonavides explica que há dois critérios formais de caracterização dos princípios fundamentais.

No primeiro critério, os princípios fundamentais seriam todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. No segundo, os princípios fundamentais seriam aqueles direitos que receberam um grau superior de garantia ou de segurança por parte da Constituição. Referidos princípios teriam a imutabilidade como característica ou pelo menos, uma alteração dificultada.

Num critério material, cada Estado possui direitos fundamentais específicos que existem em função da ideologia, da modalidade de Estado e da espécie de valores e princípios consagrados pela Constituição.

Os direitos fundamentais foram destacados pela Declaração de Independência dos Estados Unidos e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na França. Após a 2ª Guerra Mundial, em 1948, foi editada pela ONU, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, realçando a preocupação com o respeito aos direitos humanos em todos os países do mundo. Referidos direitos são tradicionalmente classificados em três gerações, sendo que hodiernamente, a classificação vem ampliando-se para os direitos fundamentais de quarta geração.

Os de primeira geração ou dimensão correspondem aos clássicos direitos civis e políticos (direitos da liberdade, enfatizados principalmente, nos séculos XVIII e XIX),

cujo titular é o próprio indivíduo. São direitos que valorizam o *homem-singular*, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista.

A segunda dimensão predominou no século XX e, caracterizando-se, particularmente pelos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades que surgiram envolvidos pelo princípio da igualdade.

A terceira geração assenta-se sobre os direitos de fraternidade (solidariedade). Nos dizeres de Paulo Bonavides, são direitos dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade e que se destinaram no fim do século XX não somente à proteção de interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. São direitos que têm por destinatário, o próprio gênero humano, uma vez que emergiram da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Os direitos de quarta geração estariam relacionados ao processo mundial de globalização e são denominados “*novos direitos*”, caracterizados pelo direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

O professor Paulo Bonavides prefere utilizar o vocábulo “*dimensão*” a “*geração*”. Segundo ele, a expressão “*dimensão*” substitui com vantagem lógica e qualitativa o termo “*geração*”; uma vez que este último induz apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, caducidade esta que não ocorre.

É importante ressaltarmos que diversas expressões são utilizadas como sinônimas de direitos fundamentais. Contudo, elas possuem conteúdo próprio ou refletem outras concepções jurídicas. *Direitos fundamentais* e *direitos do homem* distinguem-se quanto ao significado. Estes últimos têm como expressão sinônima “*direitos humanos*”, termo bastante utilizado nos tratados e acordos internacionais e, portanto, são inerentes à própria condição humana, válidos para todos os povos, em todos os tempos. A Constituição não criaria esses direitos, apenas os reconheceria preexistentes à própria organização do Estado. Este é um conceito que nos remete à concepção jusnaturalista do direito. Por outro lado, os *direitos fundamentais* são aqueles considerados indispensáveis à pessoa humana, reconhecidos e garantidos por uma determinada ordem jurídica.

Os direitos fundamentais vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Ao Legislativo, além de fiscalizar, cabe também esmerar-se na produção de

leis que visem colocar em prática os direitos fundamentais que abstratamente integram a base constitucional do país. O Executivo, por sua vez deverá respeitar os direitos de defesa e efetivamente desenvolver políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Por outro lado, o Poder Judiciário por intermédio da Hermenêutica, cabe interpretar e decidir em conformidade com os princípios mandamentais de nossa Constituição Federal.

No Estado de Direito ou Liberal, o poder central é o Legislativo, a quem compete praticamente conduzir o Direito, na medida em que dita normas claras e objetivas. Entretanto, é preciso ressaltar que a racionalidade jurídica sobre a qual foi erigido o Estado de Direito nas democracias liberais está em crise. Por isso, a regra de direito vem sendo entendida como *técnica operacional de gestão* e não simplesmente como dispositivo de regulação social.

No Estado Social, a centralidade desloca-se para o Executivo. Liberdade e igualdade requerem aqui prestações de serviços públicos complexos, que demandam técnica e conhecimento especializados. Para o Estado puramente social, a população é imatura e incapaz de conduzir-se por si própria. E, nessa perspectiva, o poder estatal amplia sua *teia-providencial*, no sentido de controlar a vida dos cidadãos em todos os sentidos. Contudo, sabe-se que ditadura alguma prepara cidadãos para a democracia.

No Estado Democrático de Direito, a descentralização exerce papel primordial. Há mais direitos do que nunca afirmando a cidadania de todos. A coletividade ressurgiu com cobranças direcionadas à materialização dos direitos fundamentais. E é nessa conjuntura que a sociedade brasileira encontra-se inserida. Não há mais enfoque no desejo de positivizar direitos fundamentais. Esta tarefa já foi devidamente consolidada e, portanto a preocupação de agora se aprofunda no sentido efetivar esses direitos.

Legitimidade e Eficácia Social

Para bem compreendermos o papel da legitimidade e da eficácia social dos direitos fundamentais, importante se faz definir o que sejam, pois a *legitimidade* e a *eficácia*.

A norma jurídica pode ser vislumbrada em pelo menos três instâncias, quais sejam: validade, vigência e efetividade. A validade pode ser filosófica, política ou sociológica e está relacionada com a questão da legitimidade da norma jurídica. Quanto a esta última, Hans Kelsen em *Teoria Pura do Direito*, define a legitimidade como “o princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica.” (1999). A vigência, por sua vez está relacionada à **eficácia jurídica** da norma jurídica. Já a instância da *efetividade* refere-se, basicamente à **eficácia social** da norma jurídica. Nesse sentido, segundo o professor Eduardo K. M. Carrion em palestra proferida na Femargs (Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande de Sul):

(...) a questão da eficácia e da aplicabilidade, eficácia jurídica e aplicabilidade jurídica da norma constitucional está estritamente ligada com a problemática da efetividade ou da eficácia social da norma constitucional. (2001).

Quanto à eficácia e à aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais, José Afonso da Silva, explica que dependem muito de seu enunciado; uma vez que é assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é bem clara ao estatuir que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Contudo, isso não resolve todas as questões, uma vez que para a aplicabilidade dessas normas, principalmente às referentes a direitos sociais, se faz necessária legislação complementar. José Afonso explica ainda, que as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-los também na Constituição vigente, mas algumas, principalmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais. (2002, p. 179)

Arnaldo Vasconcelos em *Teoria Geral do Direito* observa que a eficácia é uma instância de validade social. Uma norma com eficácia desempenha uma função social e é aquela que é observada pelo grupo comunitário. Portanto, a eficácia se mede pela

constância com que a norma é seguida e realizada. Ainda segundo Vasconcelos, o conceito de vigência se esgota no âmbito da norma legal, enquanto que o conceito de eficácia amplia-se para o *fato social*, no qual se concretiza.

Entretanto, é conveniente ressaltarmos que a eficácia (validade social) dos direitos fundamentais, por exemplo, não depende do poder institucionalizado do Estado e a norma jurídica que não se realiza como Direito, também não deixa de compor o Direito positivo.

Adentrando na seara da legitimidade, Arnaldo Vasconcelos a define como instância de valor, na qual há predominância da temática filosófico-política e que deságua no movediço terreno das ideologias.

Ele explica que a legitimidade “*encontra o alento de sua existência nas crenças do grupo social*” (1993). O legítimo possui o caráter de estar conforme a lei e à justiça. É, portanto, aquele poder com autoridade, isto é, um poder autorizado e, é somente esse poder legítimo que está autorizado a criar normas jurídicas. A norma é legítima porque parte de um poder legítimo que é reconhecido pelo povo e, é este o árbitro supremo da legitimidade.

Diante dessas básicas definições sobre efetividade e legitimidade, alguns questionamentos se erguem: “*a legitimidade e a efetividade permeiam os direitos fundamentais? De que maneira a eficácia social dos direitos fundamentais pode materializar-se?*”

Recapitulando o que a pouco esclarecemos sobre a questão da legitimidade; a simples formalização dos direitos fundamentais na Constituição sugere a legitimidade dos mesmos no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, são legítimos, uma vez que nasceram de uma Assembléia Nacional Constituinte legítima, que recepcionou os interesses da coletividade brasileira (a legitimidade é expressão da soberania popular).

Por outro lado, não podemos defender a tese de que os direitos fundamentais sejam permeados de efetividade, ou seja, de eficácia social. Esta negativa nos faz adentrar no campo sociológico, haja vista que a eficácia é medida pela constância com que a norma é seguida e materializada como fato social. Ressalta-se que a norma constitucional tende a apresentar um grau de generalidade e abstração superior ao das normas infraconstitucionais. Por isso, não basta apenas o Estado reconhecer formalmente os direitos fundamentais e afirmar no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 como sendo suas normas de “aplicabilidade imediata”.

Necessário se faz concretizá-los no cotidiano dos afetados por intermédio de leis eficientes e eficazes.

No Brasil, os deprimentes contextos social e econômico representados pela má distribuição de renda e por largas diferenças regionais retratam a ineficácia de boa parte dos direitos fundamentais. As leis que devem regulamentar esses direitos necessitam estar permeadas por um mínimo de eficácia, isto é, um mínimo de aplicabilidade no mundo fático.

A análise normativa é fundamental, mas somente ela não é suficiente para se explicar os motivos que levam à inexistência prática dos direitos fundamentais na sociedade brasileira. Há um contexto não somente normativo, mas histórico, econômico e político que dificulta a transposição dos direitos fundamentais como previsões normativas gerais e abstratas para a seara da validade social.

O contexto ora em apreço nos remete basicamente àqueles direitos fundamentais de caráter prestacional, ou seja, direitos sociais propriamente ditos. Conforme contempla a doutrina, esses direitos podem apresentar uma dimensão subjetiva forte ou frágil. No primeiro caso, constituem os direitos prestacionais originários e no segundo, os direitos prestacionais derivados.

Os direitos fundamentais prestacionais originários não demandam atuação legislativa; uma vez que são usufruíveis desde logo pelo cidadão e que, por isso, mesmo sem regulamentação, podem ser reclamados perante o Poder Judiciário. Enquanto que os **prestacionais derivados** requerem uma atuação do legislativo e conseqüentemente de uma ação executiva.

Os direitos fundamentais na Constituição de 1988 estruturam-se de tal forma que se torna possível identificar aqueles destinados à defesa individual e aqueles de caráter prestacional. Mas a Carta Magna não autoriza qualquer distinção de regime entre os direitos sociais e as garantias e liberdades. No entanto, a prática nos demonstra a prevalência dessa distinção. Nas disposições que contemplam os direitos de defesa, deparamos com um grau maior de determinidade que favorece a sua aplicação imediata. Isto já não acontece com relação aos prestacionais que dependem de intervenção legislativa e posteriormente, ação executiva por intermédio de políticas públicas que promovam esses direitos.

No esforço para efetivar os direitos fundamentais, o Estado poderá encontrar inúmeras barreiras. Paulo Bonavides destaca em sua obra *Curso de Direito*

Constitucional, que o Brasil vem sendo impelido à globalização pelo neoliberalismo. Na visão dele, tal movimento engendra maiores problemas do que soluções, uma vez que a filosofia de poder da globalização é negativa e se move para a desintegração do Estado Nacional; afrouxando laços de soberania e doutrinando uma falsa despolitização da sociedade. Nesse sentido, o professor questiona se o Estado (cujo poder encontra-se enfraquecido em função de instâncias internacionais) terá condições de aplicar políticas públicas com vistas à efetividade dos direitos fundamentais. Ele explica que paulatinamente, o Estado é levado a se preocupar com questões de âmbito econômico, esquivando-se das questões relativas às políticas públicas, despendendo pouca ou nenhuma eficácia aos direitos fundamentais enunciados na Constituição. Tal ineficácia causa conflitos que colocam em risco a estabilidade e a coesão social.

A eficácia social dos direitos fundamentais não é um problema puramente jurídico, mas sim pré-jurídico e sócio-cultural. As circunstâncias geradoras da ineficácia desses direitos não residem na conduta dos destinatários, mas no comportamento do próprio legislador que deve primar pela produção de leis que atinjam os objetivos para os quais foram criadas. Nesse esforço, o legislador não deve ater-se somente a aspectos formais para a feitura das leis, mas conciliar esses aspectos com fatores sociais, políticos, econômicos etc.

Finalmente, entendemos que para a consolidação da efetividade dos direitos fundamentais, principalmente; se faz necessário uma colaboração ativa de todos os componentes do corpo social e para tal colaboração, pressupõe-se a existência de um firme sentimento jurídico. No entanto, concluímos que para haver esse espírito maduro e consciente se torna primordial a efetivação do acesso popular a uma educação gratuita de qualidade. Neste ponto, deparamos com uma das primeiras omissões estatais: a ausência de um sistema educacional de qualidade que atinja as camadas menos abastadas da população. Por outro lado, se também persiste a prevalência contingencial da população pobre sobre a rica, conclui-se num primeiro plano, que a renda logicamente, é mal distribuída, e desta feita direitos fundamentais de caráter econômico também não são devidamente efetivados. Portanto, são notórias as grotescas falhas na cadeia fática desses direitos no Brasil e que colocam em risco o Estado Democrático de Direito Social.

A Legística e sua importante contribuição para a eficácia social dos direitos fundamentais

Adentramos no ponto crucial de nossas considerações até aqui tecidas. A eficácia social dos direitos fundamentais está intimamente ligada ao processo de elaboração e aprimoramento das leis. Estas, por suas vezes devem ser produzidas para a sociedade e não para os especialistas.

O nível de compreensão das leis pela população é ínfimo e conseqüentemente, o desconhecimento dos direitos e garantias é alto. A lei deve ser o elo entre o Estado e o cidadão. Infelizmente, o cotidiano nos fornece provas de que o Estado produz muitas das vezes, leis em proveito próprio. O ideal é que a produção legislativa prima pela qualidade, gerando impactos positivos na sociedade, na economia e na política e, assim, contribua para a materialização dos direitos e garantias fundamentais que se encontram abstratamente inscritos na Constituição Federal. O desafio é transcender-se o campo das normas que regulamentadas ainda são ineficazes e assim, atingir a esfera das normas fundamentais fáticas.

Na profícua obra *Teoria da Legislação – Formação e Conhecimento da Lei na Idade Tecnológica*, a professora Fabiana de Menezes Soares esclarece que a preocupação com a qualidade dos textos normativos iniciou-se em países de tradição anglo-saxônica, de direito consuetudinário (*Common Law*). Ela também destaca que há vários termos jurídicos utilizados na designação da produção do Direito, quais sejam: *Legislação*, *Teoria da Legislação* ou mesmo *Ciência da Legislação*. Independentemente da denominação escolhida, importa saber que o objetivo da produção do Direito é “*tratar racional e eficientemente o seu “surgimento” no sistema jurídico com vistas a sua inserção num sistema normativo coerente (sem antinomias)*”. (SOARES, 2004, p. 121)

O estudo científico da legislação ainda não possui um espaço no ensino jurídico, que insiste em privilegiar a dogmática. Contudo, as linhas de investigação da Doutrina da Legislação estão em franco desenvolvimento.

Ainda na obra da professora Fabiana, encontramos a seguinte definição de *Doutrina da Legislação*:

Tem como objeto de investigação as possibilidades e limites de uma elaboração e de um tratamento científico da legislação. Seu âmbito de atuação situa-se na interseção entre o direito público, a teoria do estado e a ciência política e os seus fins são concentrados na redução do número de leis e de suas modificações, na melhoria da sua qualidade estilística (formação e redação) e conseqüentemente no nível de sua eficácia. (SOARES, 2004, p. 123)

O professor Luzius Mader, no texto *Avaliação prospectiva e análise do impacto legislativo: tornam as leis melhores?*, enfatiza o desenvolvimento da **legisprudência** como termo que designa a ciência ou a arte da legislação. Segundo Mader, as últimas três décadas foram fundamentais à legislação, no que se refere ao aprimoramento do trabalho legislativo (criação de leis); principalmente nos países de expressão alemã. E nesse contexto, Peter Nool foi um dos pioneiros de uma nova e abrangente abordagem à legislação, que almeja aperfeiçoar a qualidade legislativa, enfatizando a interdisciplinaridade da legislação com diversos setores do conhecimento humano, quais sejam: sociologia, economia, direito, ciências políticas e administrativas, psicologia, lingüística, filosofia do direito etc. Portanto, a legisprudência aborda não somente questões teóricas e acadêmicas, mas também questões da vida prática, realçando o equilíbrio da ciência (de elaborar leis) com a arte (de lidar com as leis).

A legisprudência alcança sete áreas:

1. a **metodologia legislativa** (Legística material ou substantiva);
2. a **técnica legislativa** (Legística formal);
3. a formulação legislativa ou aspectos lingüísticos e comunicacionais;
4. o procedimento legislativo;
5. a gestão de projetos legislativos;
6. a sociologia da legislação e
7. a teoria da legislação.

Neste nosso trabalho, nos ateremos aos dois primeiros gêneros da **legisprudência**, ou seja, a *Legística material* e a *Legística formal*.

Conforme explica o professor Luzius Mader, a **Legística material** é uma **metodologia legislativa** que lida com o conteúdo da legislação e propõe uma forma

metódica de elaborar conteúdos normativos. É um método que monitora a implementação da legislação e avalia seus efeitos. Além disso, analisa a política do direito e a teoria da decisão, objetivando o aperfeiçoamento do “círculo normativo” e concebendo medidas para uma melhor “projetação da lei”. Atua nos estágios do procedimento preliminar, da fase parlamentar e da utilização da experiência com leis já publicadas.

Ainda na seara metodológica, podemos denotar que a avaliação legislativa congrega três elementos:

1. a noção de efeito que a legislação produz na realidade social;
2. o caráter metódico da avaliação e
3. a ligação com a atividade legislativa.

Por sua vez, a **Legística formal**, também denominada **técnica legislativa** volta suas atenções para a forma de expressar os conteúdos normativos por intermédio de atos legislativos. Portanto, trabalha com a estrutura formal de atos legislativos, com a densidade normativa, com os diferentes tipos de atos etc. Independentemente de conotações terminológicas, à técnica legislativa cabe a adoção de critérios para a construção jurídica ou técnico-jurídica, objetivando a produção de leis com qualidade e eficácia.

Num sentido estrito (*stricto sensu*), a Legística tem como objetivo tratar da redação e da elaboração de textos legislativos e normativos. Num sentido lato (*lato sensu*), ela se ocupa da atividade legiferante executada pelos técnicos (legistas).

Na obra *Teoria da Legislação – Formação e Conhecimento da Lei na Idade Tecnológica*, Fabiana Soares destaca quatro principais objetivos da Legística, quais sejam:

1. adoção de uma terminologia única em todo o sistema normativo;
2. consolidação de normas sobre uma mesma matéria, que encontram-se dispersas;
3. adequação das perspectivas da norma jurídica em função dos seus destinatários;
4. ordenação do cipoal normativo naquelas matérias nas quais existem contemporaneamente mais leis.

Esta breve introdução à Legística nos permite desenvolver os seguintes questionamentos:

- *“De que maneira a eficácia social dos direitos fundamentais pode ser alcançada e qual seria a tarefa da Legística nessa implementação?”*
- *“Seria ela uma atividade pedagógica que pudesse efetivar os direitos fundamentais na vida prática em sociedade?”*

Disposições constitucionais avançadas nada valem se o contexto cultural repele os direitos fundamentais. A interpretação da norma (Hermenêutica) fica oca e se ramifica por meandros de subjetividade se a norma não foi devidamente arquitetada para uma sociedade plural e em constante evolução, rumando à globalização de idéias, mercados, política, economia etc.

A Legística constitui essa nova pedagogia legislativa, promovendo a estruturação legiferante por intermédio de estratégias e táticas que objetivam a produção de leis eficientes e eficazes no cenário jurídico.

Todo processo legislativo é simbólico e não pode somente ser racionalizado. Por isso, a estratégia e a tática legislativa ganham importância no sentido de se identificar o momento ideal para se elaborar uma lei num dado contexto social, político e econômico. Daí a Legística se revelar como uma metodologia multidisciplinar que se relaciona com diversos setores do cotidiano humano.

A eficácia social dos direitos fundamentais não existe por si só, está agregada a um vasto conjunto de decisões que deságuam em questões de racionalização das políticas públicas. Neste sentido, denotamos a seguinte afirmação do professor Jacques Chevallier:

(...) a norma jurídica tem obrigação de ser “eficaz”; a norma jurídica já não vale só por si mesma mas, unicamente na medida em que concorre para a realização de fins mais vastos que a ultrapassam, para a concretização de “programas” ao serviço dos quais se encontra; por fim, a norma jurídica não poderá ser apreciada isoladamente, mas em função da sua inserção em “seqüências de acção” de que é apenas um elemento. Toda a norma se encontra integrada num conjunto mais vasto, formado por uma constelação de decisões que encaixam umas nas outras e estão ligadas entre si. Assim, a racionalização da produção jurídica inscreve-se num movimento mais geral de racionalização das

políticas públicas, não sendo mais do que a sua tradução e concretização. (...) (CHEVALLIER, 1992, p. 9).

Assim, destacamos a importância da fase pré-legislativa na elaboração do direito. Além das atribuições ora elencadas, cabe à técnica legislativa otimizar a participação popular na formação das leis. Referida participação, por sua vez, também contribuirá para a produção de textos legais claros, precisos e eficazes.

É bom frisarmos que a participação popular deve pressupor o conhecimento das leis, de seu processo produtivo e de sua publicidade. Esse conjunto é fundamental à materialização da soberania popular, da segurança jurídica e da legalidade.

Relegar a tarefa legislativa somente ao Estado não contribui para a consecução dos fins do Estado de Direito materialmente democrático. Nesse sentido, a participação comunitária no processo elaborativo das leis se faz premente e assim a responsabilidade da materialização desses direitos fica justamente dividida entre Estado e sociedade. Portanto, a participação popular denota o cidadão como agente também responsável pela efetivação dos direitos fundamentais e também é ponto de equilíbrio entre os excessos de racionalização e os empecilhos à efetividade desses direitos.

É importante ressaltar que o modelo constitucional do sistema representativo não exclui a participação popular e ao contrário, é o legislativo a arena, o palco das discussões públicas, da formação da opinião e da vontade públicas.

A idéia dos direitos fundamentais requer essa participação, exigindo o reconhecimento da igualdade em meio à pluralidade da sociedade moderna. Nessa esfera, sendo o parlamento o responsável pela política dos direitos fundamentais, aumenta consideravelmente a importância do processo legislativo como procedimento pluralista para a solução democrática de conflitos de direitos fundamentais.

A Legística vem também demonstrar que se deve legislar somente quando necessário. O excesso de legislações é obstáculo à Administração Pública e à efetividade dos direitos fundamentais. Uma infinidade de leis não sugere dinamismo legislativo, mas sim, certa desorientação com conseqüente instabilidade social e insegurança jurídica. A exorbitância legislativa se traduz como característica de uma sociedade democrática jovem e imatura. Deparamos com um quadro em que há carência de leis necessárias e um excesso de leis desnecessárias, gerando a notória ineficácia social dos direitos fundamentais. Nos dizeres de Aristóteles Atheniense, advogado e conselheiro federal da OAB: *“Onde há muita lei, há pouco direito. E isso, é*

característica fundamental de países pobres.” O mito de que a lei tudo resolve deve ser superado. A lei não é a única e nem a mais eficiente forma de regulação social. Assim, a lei não é o fim em si mesmo. Ao contrário, é instrumento de concretização de políticas públicas e principalmente, meio de promoção dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Legística aproxima-se com a intenção de reduzir a exagerada produção legislativa que prejudica o afetado em situar-se no ordenamento jurídico e que produz o desconhecimento de qual norma está ou não vigendo em determinado lapso temporal. A legislação deve procurar compatibilizar conflitos e não instaurá-los a todo instante, muito menos deve ser inócua. A fim de que esses empecilhos ao pleno exercício do Estado de Direito Democrático sejam ultrapassados, se faz necessária a contribuição técnica dos técnicos em Teoria da Legislação (legistas) e de setores organizados da sociedade (participação popular) para elaboração de leis que absorvam as demandas da sociedade; principalmente aquelas que dizem respeito à efetividade dos direitos fundamentais. Caso contrário, estes últimos estarão fadados somente ao aspecto da legitimidade e apenas constarão como abstratos mandamentos da Norma Suprema; deixando de serem efetivos, eficientes e eficazes. Portanto, a técnica legislativa surge como um canal dialógico entre o legislador e o cidadão e que fomenta a produção **qualitativa** das leis.

Por outro lado, essa multiplicação legislativa também é fruto da amplitude dominial do Estado, que se faz por meio da lei onipresente em diversos setores da vida social. Simultaneamente, essa multiplicidade de leis pode ser entendida como reflexo da própria transitoriedade estatal, renovada a cada pleito quadrienal. Quanto mais numerosas as leis, tanto maior número de outras se exige para complementá-las, explicá-las, remendá-las, consertá-las... O cipoal jurídico se forma e a fronteira entre o lícito e ilícito fica incerta, a insegurança jurídica se instala e surge uma dificuldade hermenêutica brutal. O devido processo legislativo é um direito e uma garantia fundamental do legislador e dos afetados e, é a essa tarefa que a Legística se dedica com perfeição.

Toda e qualquer dificuldade legislativa poderá ser superada quando os currículos dos cursos de Direito forem adaptados à clamante realidade social. A tradicional Ciência Jurídica circunscreve-se no conceito de que o papel dos juristas consiste basicamente em interpretar e aplicar as normas jurídicas. Nesse sentido, o ensino jurídico ainda privilegia o aspecto dogmático e a hermenêutica; relegando para último

plano a Teoria da Legislação, esquecendo-se que os operadores do direito não somente atuam na interpretação e aplicação das leis, mas também na elaboração destas. Infelizmente, o ensino do Direito se manifesta de forma acrítica e desvinculada da realidade social, circunscrito excessivamente a questões teóricas e doutrinárias... A adaptação dos currículos formará operadores jurídicos mais conscientes da responsabilidade para com a eficácia social dos direitos fundamentais.

Segundo Luzius Mader em outro texto, intitulado “*A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito*”, a época do direito “puro” está definitivamente ultrapassada e por isso, a ciência jurídica moderna não pode prosseguir com a exclusão dos aspectos sociológicos do direito e da legislação. Ele afirma que a ciência jurídica para compreender e explicar o fenômeno da legislação deve desenvolver interesse pelo processo de criação, aplicação e efeito das normas jurídicas. Nesse sentido, a legislação deve ser visualizada como um dinâmico e reiterativo processo de interação entre a sociedade civil e o sistema político-administrativo. A legislação também deve ser entendida como um processo de equacionalização de problemas e formulação de expectativas por parte dos indivíduos em relação ao Estado. E, atualmente, é a legislação utilizada pelo Estado como um de seus principais instrumentos executivos; ao mesmo tempo, a materialização dos objetivos do legislador, torna-se um fundamento essencial da legitimidade da ação estatal. Mader destaca também que a atividade legislativa não é o simples produto da ação conjunta duma diversidade de imposições de natureza política e muito menos a mera expressão de atos simbólicos que visam satisfazer a opinião pública. Na opinião do professor, a atividade legislativa é uma atividade destinada a produzir resultados concretos e a contribuir para a solução de problemas efetivos e por isso, os juristas devem preocupar-se com os efeitos da legislação e conscientizarem-se de que a seara jurídica não se restringe aos aspectos meramente interpretativos e aplicativos das normas legais. “*É preciso ainda verificar se tais normas produzem realmente os efeitos desejados. Isto equivale a uma verdadeira mudança de paradigma para a ciência jurídica, dado que a atitude tradicional dos juristas, atitude que poderia qualificar de “idealismo normativo”, deve ceder o seu lugar predominantemente a uma atitude talvez mais tecnocrática, mas, também mais sociológica face ao fenômeno legislativo.*” (1991, p. 40-41)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluimos que a Legística como metodologia e técnica de legislação, é imprescindível à eficácia social dos direitos fundamentais. E, para tanto, são necessárias transformações nas composições das leis; transformações estas que compreendem uma maior preocupação estilística da lei, bem como na conscientização popular sobre o Direito, evidenciando o quanto ele é importante em nossa vida e o quanto é importante conhecê-lo. Tal iniciativa já constitui o exercício do direito fundamental à educação e, é nesse sentido, que se torna também necessário preparar crianças, jovens, adultos e idosos, na escola e nas diversas organizações da sociedade brasileira com disciplinas destinadas a conscientizar sobre os direitos básicos (fundamentais) que norteiam nossa vida.

Para tanto, é necessário que o Estado cumpra com o seu dever de informar plenamente os cidadãos. Mas a disponibilização das leis por meio eletrônico não é suficiente. O cidadão precisa ter sua dignidade humana promovida. E, essa dignidade pode, inicialmente, ser trabalhada pelo intermédio de leis, cuja publicação e diagramação sejam convidativas à leitura e à compreensão de seus enunciados. Portanto, a linguagem deve ser simples, clara e concisa, conclamando o *leitor-destinatário* a conhecer as leis e a inteirar-se da vida jurídica, política, econômica e social do país.

A principal preocupação estatal deve ser a de voltar-se para a consecução dos direitos fundamentais. Mas não somente ao Estado cabe essa tarefa. A responsabilidade deve ser dividida com os operadores do Direito e principalmente, com a sociedade. Portanto, nossa tarefa é a produção de uma cultura dedicada à renovação do Direito Constitucional. E para tanto, o aprofundamento teórico é imprescindível para fundamentar a atuação da Legística em consonância com a Hermenêutica. Estas, por suas vezes, estarão cada vez mais comprometidas com a Constituição e serão instrumentos profícuos para a produção e interpretação legislativas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Vade Mecum Acadêmico de Direito**. São Paulo: RIDEEL, 2006.

CARRION, Eduardo K. M., **A Efetividade dos Direitos Fundamentais**. Disponível Internet: <http://www.tj.se.gov.br/esmese/cpc/material/hermeneutica/A%20efetividade_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em: 31 mar. 2007.

CAUPERS, João. Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de Metodica da Legislação. **Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação**, n. 35, out./dez. 2003.

CHEVALLIER, Jacques. A racionalização da produção jurídica. **Legislação – Cadernos de Ciência da Legislação**, n. 3, jan./mar. 1992.

CLÈVE, Clemerson Mérin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 31 mar. 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico, vol. 3**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUVERGER, Maurice. **Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 1, Les grands systèmes politiques**. Paris: PUF, 1971.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

HÄBERLE, Peter. **El Legislador y los Derechos Fundamentales**. In La Garantia Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, Espãna, Francia, Italia..., p. 99-124.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Flávia Danielle Santiago. Em busca da efetividade dos direitos sociais prestacionais. Considerações acerca do conceito de reserva do possível e do mínimo necessário. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2177>>. Acesso em: 24 mai. 2007.

LOEWENSTEIN, Kart. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1983.

MADER, Luzius. Avaliação prospectiva e análise do impacto legislativo: tornam as leis melhores? **Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação**: n. 42, jan./jun. 2006.

_____. A avaliação legislativa: uma nova abordagem do direito. **Legislação – Cadernos de Ciência de Legislação**: n. 1, abr./jun. 1991.

MEZZAROBA, Orides. **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. **A Consolidação das Leis e o Aperfeiçoamento da Democracia**. Belo Horizonte, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2004.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2006.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOARES, Fabiana de Menezes. **Teoria da Legislação – Formação e Conhecimento da Lei na Idade Tecnológica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

THAMER, Raquel Machado de Souza. **Direitos Fundamentais e Eficácia**. Disponível na Internet: <<http://www.unibero.edu.br>> Acesso em: 31 mar. 2007.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1993.