

MONTESQUIEU E A ARTE DE LEGISLAR: BREVES REFLEXÕES EM HOMENAGEM AO PROFESSOR OSVALDO FERREIRA DE MELO

MONTESQUIEU AND THE ART OF LEGISLATING: BRIEF REFLECTIONS IN TRIBUTE TO PROFESSOR OSVALDO FERREIRA DE MELO

MONTESQUIEU Y EL ARTE DE LEGISLAR: BREVES REFLEXIONES EN HOMENAJE AL PROFESOR OSVALDO FERREIRA DE MELO

Marcos Leite Garcia¹

Importante iniciar relembrando as acepções que o professor Osvaldo Ferreira de Melo, em seu dicionário, dá ao conceito de Política Jurídica, uma como o "(...) conjunto de estratégias que visam à produção de conteúdo da norma, e sua adequação aos valores justiça e utilidade social"², e outra como "complexo de medidas que têm como objetivo a correção, derrogação ou proposição de normas jurídicas ou de mudanças de rumo na jurisprudência dos Tribunais, tendo como referente a realização dos valores jurídicos"³. Além de que, para o professor catarinense, a Política Jurídica – ou Política do Direito – é a "(...) disciplina que tem por objeto o Direito que *deve ser e como deva ser*, em oposição funcional à dogmática jurídica (...) ou seja do Direito vigente"⁴. Ou ainda "no campo da praxis, a Política Jurídica se interessa pela norma desde a sua forma embrionária no útero social"⁵. Ademais, "(...) importante é alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e sem por em risco o Estado de Direito"⁶. No mesmo sentido: "A norma jurídica, para ganhar um mínimo de adesão social que a faça obedecida e portanto materialmente eficaz, deve ser matizada pelo sentimento e idéia do ético, do legítimo, do justo e do útil"⁷. Uma vez revistas as palavras do professor Osvaldo Ferreira de Melo, não resta dúvida a principal obra do Barão de Montesquieu, *O espírito das leis* (*L'esprit des lois*, publicada em 1748) em seu Livro XXIX, intitulado "Da maneira de compor as leis", em seus dezenove capítulos⁸, que trata de questões de política do direito e que são todas lições ainda muito atuais.

Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu (1689-1755), um espírito autenticamente Iluminista, certamente que é um dos históricos e renomados críticos das injustiças do Direito de sua época, como prova seu livro mais conhecido *O espírito das leis*, em seu considerado escrito de juventude, uma inteligente sátira em forma de cartas chamado *Cartas Persas* (*Lettres persanes*, publicado anonimamente em 1721), no qual imagina dois persas e um turco dialogando sobre os costumes da Europa e especialmente da França. Em dito livro, Montesquieu já esboçava suas críticas à falta de critérios das leis e aos privilégios que marcavam a França da época em que vivia. Emblemática é a carta número 11 das *Cartas Persas*, na qual é descrito um povo que não dava a mínima atenção a regras de convivência nem tinha nem respeitava leis previamente estabelecidas⁹. A obra de Montesquieu será marcada por diversas propostas que visam, em última instância, racionalizar o Direito e dentre elas a necessidade de estabelecer critérios no exercício do poder legislativo: a arte de legislar nas palavras do professor espanhol Virgilio Zapatero¹⁰.

Após a separação dos poderes executivo e judiciário, baseada na obra de John Locke e levada a cabo na Inglaterra a partir da *Revolução Gloriosa* de 1688 e do *Bill of Rights* de 1689, a arte de legislar já no século XVIII, com o objetivo de produzir boas leis, partirá sobretudo do exemplo inglês e da reflexão de uma série de autores ilustrados e fundamentalmente de Montesquieu, cujo seu célebre "Espírito das Leis" se converte em modelo para todos¹¹. Montesquieu será devidamente apreciado por seus contemporâneos e pelas gerações seguintes; uma vez que sua glória crescerá com ele e desenvolverá na medida dos acontecimentos históricos que serão a justa medida das

consequências de sua doutrina. Suas reflexões sobre a arte de legislar supõem antes de tudo uma especial consideração do valor eminente da lei e sua idoneidade para alcançar os objetivos do contrato social. Rousseau, à sua maneira e com diferenças com relação a Montesquieu, também fará o elogio da lei como o caminho legitimador para a organização da sociedade e para a regulamentação dos direitos dos homens¹². Da mesma maneira Voltaire valorizará sempre a necessidade de ter-se leis racionalmente justas e anteriores que determinassem regras claras contra a arbitrariedade e o obscurantismo da superstição¹³. Igualmente os autores da *Enciclopédia* deixaram clara a mentalidade de grande valor dado às leis, plasmados, por exemplo, nos verbetes “Autoridade política” e “Liberdade civil”¹⁴. Essa primeira ideia de teoria da legislação dentro de um Estado de Direito como governo das leis é a tentativa de racionalizar o Estado moderno, que deve ter a Lei como mediadora da vontade geral, dando legitimidade à organização social. A lei será o veículo da racionalidade e da liberdade. A liberdade do novo homem, o cidadão, somente será possível por meio da lei. Determina categórica e magistralmente Montesquieu que “A liberdade é o direito de fazer tudo aquilo que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proíbem, não teria liberdade, porque os outros também teriam tal poder”¹⁵. Então, a partir do que expõe Montesquieu, deduz-se que, para manter a ordem e a liberdade, o primeiro dever do cidadão deve ser o respeito à lei.

No sentido aludido por Montesquieu de dever de respeito à lei por parte do cidadão, não poderíamos deixar de lembrar algumas lições históricas e sobretudo da lição maior de Sócrates, no momento final de sua vida, contada no diálogo platônico intitulado Critón¹⁶. Em dito diálogo, certamente uma das passagens mais interessantes da obra de Platão, estão expostos magnificamente os três motivos essenciais que podem servir de argumento a favor da obrigação política de obedecer ao Direito: a) em primeiro lugar a defesa do *interesse geral*: é dever do cidadão evitar a degradação da sociedade e cooperar com sua estabilidade. Sem dúvida, ao longo da história das ideias, há uma constante chamada à defesa do interesse geral; b) em segundo lugar, o dever de *agradecimento pelos benefícios recebidos da sociedade*. Sócrates agradece a tentativa de ajuda em uma fuga por parte do amigo Critón, mas diz que não é possível fugir da cidade a que deve tudo e pela qual sempre lutou; c) e por último, não se deve jamais esquecer a existência de uma *promessa de obediência estabelecida por um contrato* (tácito ou expresso). Estas são as razões básicas que se desenvolveram durante séculos no âmbito do pensamento moral, político e jurídico. Tudo isso nos leva a reclamar a lealdade ao sistema político e o respeito e às suas normas jurídicas por razões políticas de legitimação.

As importantes ideias políticas dos séculos XVII e XVIII que conformaram o Estado de Direito e a democracia posterior são devedoras da teoria do contrato social. A filosofia política e jurídica de Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant não se entende se não se analisa em termos de obrigação política de matriz contratualista.

Ditas considerações evidentemente nada mais são que consequências da superação do estado de natureza hobbesiano pelo contrato social, no qual o povo deve ser o titular do poder. A lei é produto da soberania popular que deve vir a positivizar e garantir direitos naturais inerentes à condição humana de todos, ditos direitos naturais assim se convertem em direitos fundamentais de todos os membros da sociedade. Exatamente por isso que se algum membro dessa sociedade (ou algum grupo ou classe de homens) tem o privilégio de fazer o que é proibido, a todos o caminho é o contrário à racionalidade do espírito das leis: voltaríamos então aos privilégios e ao estado de natureza primitivo do homem lobo do homem.

Não resta dúvida que Montesquieu será o grande autor do elogio à lei. Em sua obra maior, tem a pretensão não somente de descrever as influências externas que vão condicionar as leis, senão que pretende sobretudo orientar ao legislador¹⁷. Nas palavras do professor Gregorio Peces-Barba, Montesquieu, além de ser um dos grandes da formação do paradigma da Modernidade, também, e sobretudo, será o formador do ideal da necessidade de compor leis prévias e justas, ideais escritos entre a primeira metade do século XVIII e que ainda servem para o nosso tempo¹⁸. No prefácio do *Espírito das Leis*, esclarece Montesquieu que “(...) não é indiferente que o povo seja esclarecido” e que será então necessário que as luzes superem o obscurantismo da ignorância, dos preconceitos, e que se acreditaria ser o mais feliz dos mortais se pudesse aportar boas razões para que os cidadãos amassem as suas leis e que encontrassem um novo prazer em obedecê-las. Uma legislação justa, e sua correta e honesta interpretação e aplicação, somente pode ocorrer em uma sociedade esclarecida, somente dita sociedade esclarecida e livre dos preconceitos poderia amar as leis como

pretendia Montesquieu. Do contrário, pensamos que quanto mais preconceituosa uma pessoa, mais ignorante demonstra ser. E que dizer se essa pessoa é o magistrado? Diz Montesquieu que "(...) os preconceitos dos magistrados começaram a ser os da nação. Agudamente sentencia Montesquieu que "Numa época de ignorância (...) é quando se cometem os piores males". Exatamente por isso que Montesquieu e as teorias da legislação que clamam para que se façam boas leis devem exortar a valorização das ciências, das artes, das letras e da educação de toda a comunidade, enfim da claridade contra o obscurantismo do preconceito e da ignorância. Não é a toa que as monarquias absolutas e as ditaduras de todos os tempos sempre apostaram na manutenção do povo na ignorância, na pobreza e na miséria material e intelectual. Certamente que a maior mazela humana é a ignorância, que afasta e submete o povo ao poder de uma elite de privilegiados. Numa sociedade desigual e preconceituosamente classista, é mais fácil fazer péssimas leis que legalizem e justifiquem privilégios de poucos em detrimento de manter a maioria na pobreza e ignorância. Magistralmente Hans Kelsen já chamava a atenção para o que dizemos em seus escritos sobre a democracia¹⁹. Imaginemos a corrupção que há em uma ditadura, que é o regime da escuridão, os leigos certamente acreditam que a corrupção é algo que somente ocorre nas democracias, que é o regime da claridade e no qual aparecem inúmeros casos de corrupção. A corrupção da escuridão das ditaduras certamente que é inimaginável para as novas gerações que nasceram em épocas de democracia.

O ponto de partida dos fundamentais conselhos, por chamá-los de alguma maneira, que dá Montesquieu ao legislador começa no livro XXIX do Espírito das Leis, como foi visto, intitulado: "Da maneira de compor as leis". Especialmente nessa parte de sua obra maior, o autor se ocupa de recordar certos elementos que devem ter em conta para fazer leis. Traduz-se assim a racionalidade instrumental que o legislador deve respeitar na arte de legislar. Trata-se de regras que afetam a qualidade técnica da arte de legislar e como racionalidade instrumental Montesquieu recorda várias experiências históricas das que desprendem ensinamentos úteis para elaborar leis. São as regras de Montesquieu para compor boas leis²⁰:

I. Quando uma lei não é trabalhada a fundo, seu resultado pode ser contrário ao objetivo que se havia proposto (capítulo 4, p. 270). É uma observação que afeta sobretudo o âmbito da eficácia da lei. Quer dizer que, de tantas leis em nosso país para proteger uma determinada situação, acabam servindo para gerar uma série de injustiças.

II. Quando se importa uma lei de um país para outro, pretendendo obter os mesmos resultados, o objetivo pode fracassar, porque os contextos históricos e sociais sobre os que operam são diferentes (capítulo 6, p. 271). É necessária prudência para utilizar uma lei em outra cultura política e jurídica (capítulo 7, p. 272). Este suposto também afeta a eficácia. Entre muitos exemplos possíveis, destacamos as medidas provisórias previstas em nossa Constituição de 1988, que tem sua origem na Constituição Italiana de 1948, que prevê um regime parlamentarista de governo.

III. Algumas vezes leis que parecem idênticas não têm a mesma razão ou justificação (capítulo 8, p. 272). Nesse caso, afeta a justiça dessas normas.

IV. Algumas vezes, ao contrário do caso anterior, leis que parecem contrárias derivam do mesmo espírito (capítulo 10, p. 274). Também esta observação afeta a justiça dessas normas.

V. Como as leis estão feitas para uma determinada sociedade, com suas leis políticas, quando se quer importar essa lei a outra sociedade seria positivo que se examinasse previamente se esta nova sociedade tem as mesmas instituições e a mesma organização política (capítulo 13, p. 276-277). Neste caso, as consequências afetariam a eficácia das normas.

VI. Consequência do anterior é que não há como desvincular as leis das circunstâncias na qual foram criadas (capítulo 14, p. 277). De novo é reflexão sobre a justiça das normas.

VII. Nas leis que contêm sanções ou execuções de penas, enquanto que afeta a segurança e a liberdade dos cidadãos, sua aplicação deve se fazer com publicidade, é dizer "em presença dos cidadãos" (capítulo 15, p. 278).

VIII. Quanto ao que se considera racionalidade formal, formuladas por Montesquieu como "Coisas a observar na elaboração de leis" (Capítulo XVI). Aqui Montesquieu abandona a descrição e se introduz no campo da prescrição como máximas que servem para os legisladores em geral e não para um legislador em concreto. São regras que se situam no âmbito da validade, ainda que também podem incidir na eficácia e na justiça formal ou na segurança jurídica:

- a) O estilo das leis deve ser conciso, deve ser um modelo de precisão.
- b) O estilo das leis deve ser simples, e se entendam melhor as leis com linguagem direta que com linguagem retórica, inflada e rebuscada.
- c) É essencial que as palavras das leis, a linguagem normativa, diríamos hoje, despertem em todos os homens as mesmas ideias. Devem-se evitar as expressões vagas e ambíguas que geram insegurança aos destinatários e dificulta a eficácia da lei.
- d) Quando a lei queira fixar qualquer critério, deve evitar fazê-lo em função do preço do dinheiro que é variável. Dirá Montesquieu: “mil causas mudam o valor da moeda, e com a mesma denominação não temos a mesma realidade” (p. 279).
- e) Quando há fixado na lei conteúdos claros, há que evitar as cláusulas abertas do estilo de “e aqueles outros que desde sempre não julgado os juízes” (p. 279). Não há que voltar a expressões vagas que conduzem à arbitrariedade.
- f) As leis devem ser racionais com a realidade.
- g) As leis devem ser pensadas desde a igualdade formal, nunca em benefício de um grupo.
- h) As leis não devem ser sutis; estão feitas para pessoas de mediana inteligência. Não são uma construção lógica, senão a simples razão de um pai de família.
- i) Não se devem modificar as leis sem uma razão suficiente, as mudanças geram insegurança.
- j) Quando há que justificar ou explicar uma lei, as razões têm que ser dignas da mesma.
- k) As presunções da lei valem mais que as presunções dos homens. Quando o juiz presume, os julgamentos se convertem em arbitrários. Quando a lei presume, oferece ao juiz uma regra fixa.
- l) Como as leis inúteis debilitam as leis necessárias, assim as leis que se podem eludir ou não cumprir debilitam a legislação, ao conjunto do ordenamento, diríamos hoje.
- m) Uma lei deve cumprir seus objetivos, alcançar seus efeitos e não se pode derogar singularmente por uma convenção particular.
- n) As leis têm que se adequar à natureza das coisas, não podem regular nem o impossível nem o desnecessário.
- o) As leis devem ter certo candor: “Feitas para castigar a maldade dos homens, devem ter elas mesmas a maior inocência possível” (capítulo XVI, p. 282).

Como autêntico representante do Iluminismo, as leis para Montesquieu eram o instrumento racional para o governo dos homens ser substituído pelo governo das leis, e assim assegurada a existência da liberdade e da segurança jurídica. Não se trata somente de fazer leis perfeitas, tecnicamente falando, a arte de legislar deve servir para fazer leis justas. Por isso se lutou, desde filósofos racionalistas, como Christian Thomasius até Voltaire, Beccaria e o próprio Montesquieu, por leis penais mais justas, contra a injustiça dos procedimentos penais e civis, contra o tormento e o uso da tortura como parte do procedimento, enfim, contra a arbitrariedade e a tirania. No final do Livro XXIX, no capítulo 19 (p. 283), Montesquieu dirá: “As leis defrontam-se sempre com as paixões e os preconceitos do legislador, algumas vezes passam através deles e por eles são manchadas; outras ficam entre eles e a eles se incorporam”. Não resta dúvida que essa é também uma questão muito atual, tendo-se em conta nossos legisladores. Evidente é a vinculação dos direitos fundamentais com a arte de legislar: as liberdades, a tolerância, a proteção das minorias claramente devem ser vistas e têm origem nos ideais iluministas. Assim Montesquieu deixará claro o seu objetivo de dizer que o papel central da lei no Iluminismo seria a vinculação da liberdade por normas estabelecidas previamente pela lei.

No mesmo sentido, a Política Jurídica contemporaneamente propõe, tendo-se em consideração as mudanças de paradigma que a sociedade atual é herdeira, a partir da solidariedade que é o elo fundamentalmente humanista entre os ideais de liberdade e igualdade, a produção de normas e sua adequação aos valores de justiça e utilidade social.

O presente escrito são breves reflexões sobre temas que merecem uma análise muito mais profunda, mas o objetivo almejado é singelamente homenagear ao professor Dr. Osvaldo Ferreira

de Melo. O professor Osvaldo, como era chamado por todos na universidade, além de ter sido um intelectual de nosso tempo, foi ao mesmo tempo um homem autenticamente renascentista, já que se destacou nas artes e nas letras, como na música e como autor de obras do folclore açoriano, e em diversas áreas do conhecimento, como a História e o Direito. Homenageado em diversas oportunidades, como quando foi agraciado com a “Comenda da Ordem do Infante D. Henrique”, outorgada pelo Presidente da República de Portugal. Professor por mais de sessenta anos, sobretudo um exemplo único de ser humano digno acima de tudo.

REFERÊNCIAS

DIDEROT, Jean; D’Alembert, Jean Le Rond. **Verbetes políticos da enciclopédia**. Tradução de Maria da Graça de Souza. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

KELSEN, Hans. A essência da democracia. *In: A democracia*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 24-107.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994.

MELO, Osvaldo Ferreira. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998.

MONTESQUIEU, Barão de. **Cartas persas**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Editora Paulicéia, 1991. Título original: *Lettres persanes* (1721).

MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000. Volumes I e II (Coleção Os pensadores). Título original: *L’esprit des lois* (1748).

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PECES-BARBA, Gregorio; DORADO, Javier. Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII. *In: Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo II: Siglo XVIII. Volume I El contexto social y cultural de los derechos. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 3-219.

PLATÃO. Critón ou do dever. *In: _____*. **Diálogos**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000. (Coleção Os pensadores). p. 99-114.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1987. Volume I (Coleção Os pensadores). Título original: *Du Contrat Social* (1762).

VOLTAIRE, **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *Traité sur la Tolérance* (1763).

ZAPATERO, Virgilio. **El arte de legislar**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.

NOTAS

- 1 Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid – Espanha. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Cursos de Mestrado e Doutorado – e da graduação em Direito da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).
- 2 MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2000, p. 77.
- 3 MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 77.
- 4 MELO, Osvaldo Ferreira. **Dicionário de Política Jurídica**. p. 77.

- 5 MELO, Osvaldo Ferreira. **Temas atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998. p. 19.
- 6 MELO, Osvaldo Ferreira. **Temas atuais de Política do Direito**. p. 19-20.
- 7 MELO, Osvaldo Ferreira. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor/CPGD-UFSC, 1994. p. 20.
- 8 MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000. Volume II (Coleção Os pensadores). p. 267-283.
- 9 É a Carta número 11 a que trata dos trogloditas. MONTESQUIEU, Barão de. **Cartas persas**. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Editora Paulicéia, 1991. p. 29-32.
- 10 ZAPATERO, Virgilio. **El arte de legislar**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2009.
- 11 ZAPATERO, Virgilio. **El arte de legislar**. p. 19.
- 12 Sobre tudo no livro segundo do Contrato social. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1987. Volume I (Coleção Os pensadores). p. 43-69
- 13 Dentre os muitos exemplos que podemos encontrar na obra de Voltaire, a defesa mais veemente de que devem existir regras prévias e um Direito racional será a sua particular luta para inocentar Jean Calas. Veja-se: VOLTAIRE, **Tratado sobre a tolerância**: a propósito da morte de Jean Calas. 2. ed. Tradução de Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- 14 DIDEROT, Jean; D'ALEMBERT, Jean Le Rond. **Verbetes políticos da enciclopédia**. Tradução de Maria da Graça de Souza. São Paulo: Editora UNESP, 2006.
- 15 MONTESQUIEU, Barão de. **Do espírito das leis**. Volume I, p. 200.
- 16 PLATÃO. Critón ou do dever. *In*: _____. **Diálogos**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000. Volumes I e II (Coleção Os pensadores). p. 99-114.
- 17 PECES-BARBA, Gregorio; DORADO, Javier. Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII. *In*: **Historia de los Derechos Fundamentales**. Tomo II: Siglo XVIII. Volume I El contexto social y cultural de los derechos. Madrid: Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, 2001. p. 90.
- 18 PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995 p. 150.
- 19 KELSEN, Hans. A essência da democracia. *In*: **A democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 24-107.
- 20 As regras de Montesquieu para compor as leis foram sistematizadas por PECES-BARBA, Gregorio; DORADO, Javier. Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII. p. 90-93. O extrato dos conselhos/regras de Montesquieu para compor leis está seguido de suas referências entre parênteses da edição brasileira de 2000 da coleção Os pensadores.