

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA CIÊNCIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

REFLECTIONS ABOUT THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN THE MODERN LAW SCIENCE

Fernando Aith^()*

RESUMO

O artigo "Reflexões sobre o princípio da legalidade na ciência do Direito contemporânea" procura aprofundar as discussões sobre o paradigma jurídico da legalidade nas sociedades modernas. As reflexões apresentadas no artigo são divididas em quatro eixos principais: a crise das ciências humanas face à complexidade das sociedades modernas; o Estado de Direito e o princípio da legalidade como paradigmas da ciência do Direito; o princípio da legalidade e as funções estatais de regulação, regulamentação e jurisdição; e releitura do paradigma da legalidade na ciência do direito contemporânea. Trata-se de um tema importante cuja compreensão é fundamental para o aperfeiçoamento do papel do direito nas sociedades modernas.

Descritores

Direito e Legalidade; A ciência do direito nas sociedades modernas; O princípio da legalidade e a ciência do Direito.

(*) Advogado, mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo — FADUSP, mestrando em *Droit médical et de la santé* pela Universidade de Paris 8 e doutorando em Direito Sanitário pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo FSP/USP. E-mail: feaith@uol.com.br, Recebido: 22.3.04, aprovado: 23.5.04.

ABSTRACT

The article "Reflections about the principle of legality in the modern law science" seeks to understand the paradigm of legality in modern's societies. The reflections introduced in the article are divided in four main axis: the crisis of the humans sciences in the moderns societies; the Law State and the principle of legality as paradigms of law science; the principle of legality and the state's functions of regulation and jurisdiction and; a new understanding of the paradigm of legality in moderns societies. The article approach one important theme for the understanding of the science of law in the moderns societies.

Key words

Law and legality; The science of law in the moderns societies; The principle of legality and the science of law.

1. APRESENTAÇÃO

O princípio da legalidade é um dos fundamentos do Estado de Direito e representa uma das principais garantias do cidadão. Surgido do ventre das Revoluções ocorridas no final do século XVIII, tinha como principais objetivos limitar o poder dos governantes e garantir as liberdades individuais.

A ciência do Direito vem se questionando com cada vez mais inquietude sobre o real significado deste princípio nas complexas sociedades do mundo contemporâneo. O princípio da legalidade apresenta-se, hoje, com uma natureza bastante diferente daquela idealizada pelos revolucionários oitocentistas, mas continua pautando a ciência jurídica e ainda se apresenta com as suas principais características intactas, sobretudo no que diz respeito às suas funções de assegurar as liberdades individuais e limitar o poder dos governantes.

O princípio da legalidade coloca questões intrigantes sobretudo quando aprofunda-se o estudo sobre o exercício atual das funções estatais de regulação, regulamentação e jurisdição. A realidade jurídica atual impõe uma reflexão mais acurada sobre o real significado do princípio da legalidade na ciência do direito. De fato, é comum verificarmos na prática jurídica que o Estado, através de seus agentes políticos e administrativos, também limita as liberdades individuais através de atos normativos infra-legais. São inúmeros os decretos, as portarias, as resoluções ou outros instrumentos normativos infralegais que possuem conteúdo limitador de liberdades sem contudo serem, formamente, leis aprovadas pela soberania popular.

A complexidade da sociedade moderna tem como consequência jurídica a proliferação de tipos de atos normativos capazes de limitar e reduzir as liberdades individuais. A lei, compreendida como o ato normativo aprovado pelo povo diretamente ou através de seus representantes, como queriam os revolucionários oitocentistas, adquire no direito contemporâneo um novo papel. A complexidade da sociedade moderna exige do legislador a aprovação de leis cada vez mais vagas, que sejam capazes de regular uma quantidade enorme de situações sociais. Essa realidade legislativa deixa ao aplicador concreto das disposições legais — governos, juízes etc. — a tarefa de definir o seu significado real, concreto. Dessa forma, vivemos uma época de legalidade fluida, mas de normatividade incessante. É preciso compreender essa nova concepção de legalidade para que se possa bem aplicar o direito.

O presente artigo tem como escopo analisar o princípio da legalidade à luz da ciência do Direito contemporânea, enfocando os limites e condicionantes que esse princípio impõe sobre as atividades estatais de regulação, regulamentação e jurisdição. *Para enfrentar tal questão, as reflexões serão realizadas na seguinte ordem: i) a crise das ciências humanas face à complexidade das sociedades modernas; ii) o Estado de Direito e o princípio da legalidade como paradigmas da ciência do Direito; iii) o princípio da legalidade e as funções estatais de regulação, regulamentação e jurisdição; iv) uma releitura do paradigma da legalidade na ciência do direito contemporânea; e v) bibliografia.*

2. A CRISE DAS CIÊNCIAS HUMANAS FACE À COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE MODERNA

As ciências humanas vivem um momento delicado que se reflete, naturalmente, na ciência jurídica. A complexidade inerente às sociedades modernas exige dos pesquisadores um novo comportamento, capaz de compreender a real dimensão das diversidades existentes. O vertiginoso desenvolvimento da biotecnologia, da informática, dos meios de comunicação, dos transportes etc., exigem do conhecimento científico uma atitude radical no sentido de adequar os seus procedimentos à realidade latente.

Como bem diagnosticou *Restrepo*⁽¹⁾, o discurso científico necessita de uma infusão de afetividade em seus procedimentos metodológicos. O analfabetismo afetivo da ciência contemporânea a engessa e limita, aprisionando-a em paradigmas ultrapassados e impedindo a compreensão mais abrangente da complexidade do mundo. *Restrepo* alerta para o fato de que a ciência está vivendo uma fase de crise de paradigmas devido ao fato de que o conhecimento científico está sendo construído ao largo do cotidiano social. O que mergulha a ciência nessa crise, ou que pelo me-

(1) RESTREPO, Luis Carlos. *O direito à ternura*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

nos ajuda a afundar, é a falta de *percepção* concreta e sensorial *do outro* dentro de uma pesquisa científica. Talvez a percepção do outro seja, assim, a chave para a estética social, onde haverão de se confrontar o compreender o mundo e o dizer a verdade.

Antes de entrarmos especificamente na discussão sobre o princípio da legalidade na ciência do direito contemporânea, convém ressaltar alguns pontos sobre a crise que as ciências humanas vêm enfrentando, colocados por *Boaventura de Souza Santos* e *Edgar Morin*.

2.1. A crise dos paradigmas: a crise da ciência para Boaventura de Souza Santos

A crise das ciências humanas face à complexidade das sociedades modernas foi objeto de análise acurada do sociólogo português *Boaventura de Souza Santos*, para quem a ciência hoje passa por uma crise de degenerescência. *Boaventura* entende que, hoje em dia, a epistemologia oferece ao conhecimento científico uma consciência teórica da precariedade das suas construções, da precariedade dos seus alicerces paradigmáticos. De acordo com o pensador português, “as crises de degenerescência são crises do paradigma, crises que atravessam todas as disciplinas, ainda que de modo desigual, e que as atravessam a um nível mais profundo. Significam o pôr em causa a própria forma de intelegibilidade do real que um dado paradigma proporciona e não apenas os instrumentos metodológicos e conceitos que lhe dão acesso”. Ainda de acordo com *Boaventura*, vivemos um processo de desdogmatização da ciência⁽²⁾, que possui três vertentes principais.

Uma primeira vertente desse processo de desdogmatização da ciência moderna parte do denominado Círculo de Viena, destacando-se os debates que buscam saber se as proposições científicas básicas têm um estatuto de cientificidade diferente do conhecimento científico que pretendem fundar. Isto é, os paradigmas científicos fazem parte da própria ciência ou constituem conteúdo autônomo de estudo? Na linha dessa primeira vertente, *Boaventura* aponta as teorias de *Wittgenstein* e de *Karl Popper*⁽³⁾.

(2) O apogeu da dogmatização da ciência, para *Boaventura de Souza Santos*, é o positivismo lógico, significando o apogeu de uma concepção de ciência que vê nesta o aparelho privilegiado da representação do mundo, sem outros fundamentos que não as proposições básicas sobre a coincidência entre a linguagem unívoca da ciência e a experiência ou observação imediata. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós moderna*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Graal, 2000. p. 22.

(3) Essas reflexões, feitas por *Boaventura de Souza Santos*, são especialmente instigantes para fomentar a busca de novos paradigmas na ciência e no Direito. In: Boaventura de Souza. Op. cit. A Bibliografia citada por *Boaventura*, que reflete essa primeira vertente do processo de desdogmatização da ciência é a seguinte: POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. Nova Iorque, Harper and Row: 1968. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophische Untersuchungen*. In: Frankfurt. Suhrkamp, 1971.

A segunda vertente do movimento de desdogmatização da ciência reside na reflexão sobre a prática científica, levada a cabo pelos próprios cientistas e que se desenvolve “pela intimidade com os processos concretos de produção de ciência, sem cuidar de saber se constituem ‘desvios’ a uma qualquer normatividade científica abstrata e hipostasiada”⁽⁴⁾.

Finalmente, “a terceira vertente desse movimento é caracterizada filosoficamente. Vem de várias direções mas converge numa reflexão filosófica que não partilha o fetichismo do conhecimento científico e que se desenvolve mediante categorias não subsidiárias da epistemologia e que, por isso, submete a ciência, não ao tribunal da razão, como queria a filosofia transcendental de *Kant*, mas ao tribunal do devir histórico do homem no mundo. O precursor é, sem dúvida, *Hegel*”⁽⁵⁾.

Pois bem, a chamada crise de degenerescência da ciência atinge também a área jurídica. De fato, vários “dogmas” consagrados na ciência jurídica necessitam ser repensados para que o Direito possa ser capaz de responder às funções sociais que lhe são delegadas pelo Estado Moderno, numa sociedade complexa e cada vez mais dinâmica.

O primeiro paradigma jurídico que deve ser repensado de forma mais realista é o do Princípio da Legalidade, que pressupõe que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa senão em virtude de lei”, ou seja, que somente a Lei, aprovada pelo Poder Legislativo, é que tem o condão de proibir ou obrigar. Ora, é cada vez mais evidente que no Brasil de hoje — e não só no Brasil, mas em diversos países do mundo todo — existem normas infralegais que obrigam. Faz parte do dia-a-dia do direito brasileiro a edição de decretos, portarias, resoluções e outros instrumentos normativos exarados pelo Poder Executivo e que limitam a liberdade dos cidadãos tanto quanto uma lei. Isso sem falar nas Medidas Provisórias. Também está se tornando uma constante nos tribunais brasileiros demandas e decisões judiciais baseadas em princípios do direito, sem que haja necessariamente uma lei específica que fundamente o pedido ou o exercício jurisdicional.

Sendo assim, a noção de legalidade deve ser repensada. O princípio da legalidade visa sobretudo proteger a população das arbitrariedades estatais, garantindo o exercício das liberdades individuais. Ele pres-

(4) *Boaventura* cita, como precursor desse tipo de reflexão, *Ernst Mach*, afirmando que a lista dos cientistas que no nosso século a praticaram inclui os nomes mais insígnies: *Duhem*, *Poincaré*, *Einstein*, *Heisenberg*, *Godel*, *Bohr*, *V. Bertalanffy*, *Vigner*, *Thom*, *Bateson*, *Piaget* etc. ... SANTOS, *Boaventura de Souza*. Op. cit., p. 24.

(5) SANTOS, *Boaventura de Souza*. Op. cit., p. 25. Sobre a terceira vertente da desdogmatização da ciência, *Boaventura* afirma que as vozes mais importantes são as de *Heidegger* e de *Dewey*. Afirma, ainda, que “o pensamento desses filósofos está, de uma ou de outra forma, presente nas três reflexões mais brilhantes nas últimas décadas sobre as relações entre ciência e filosofia: *Habermas*, *Gadamer* e *Rorty*”.

supõe um regime democrático através do qual o poder emana do povo que o exerce diretamente ou através de representantes eleitos. Em última instância, é o povo quem elabora as leis.

Ora, na medida em que as Leis, que são as fontes tradicionais do direito positivo, passam a autorizar que outros órgãos do Estado elaborem e publiquem atos normativos que obrigam, a participação da comunidade na gestão desses órgãos do Estado passa a ser uma premência, sob pena de se ferir o princípio do governo democrático. Ou seja, na medida em que grande parte das normas que compõe o Direito positivo não é mais aprovada pelo Poder Legislativo, mas sim por órgãos dos Poderes Executivo ou Judiciário — cujos titulares não são necessariamente representantes do povo —, corre-se o risco de que tais normas contenham em seu bojo arbitrariedades ou outros tipos de distorções que ferem os princípios do Estado Democrático de Direito ou até os princípios do próprio Direito.

Deve-se, assim, caminhar no sentido de uma participação social e comunitária cada vez mais intensa no dia-a-dia do direito e, por que não, da ciência do direito. O direito deve evoluir no sentido de garantir a eficácia de seus princípios fundadores dentro de uma nova realidade social e política.

Nesse ponto, vale lembrar a análise que *Boaventura* faz sobre as duas rupturas da Ciência ao estudar a relação entre a Ciência e o senso comum. A primeira ruptura seria a ruptura do positivismo com o senso comum, através do qual a ciência positivista relegou ao senso comum um papel inferior e “não sério”, sem credibilidade. O senso comum, o mínimo denominador comum da sociedade sobre os fatos, valores e ideais que orientam a vida social, é fundamental na construção da ciência, em especial das ciências sociais e particularmente em especialíssimo na ciência jurídica. O bom senso — ou senso comum? seria o senso comum bom? — é freqüentemente utilizado entre os juristas para fundamentar posições hermenêuticas. É fundamental que a ciência jurídica resgate seu liame fraterno com o senso comum, pois tal medida tende a possibilitar um enfrentamento mais eficaz da atual crise por que passa o direito.

Todo o conhecimento humano é contextual. A ciência jurídica não pode ignorar seu contexto, e para tanto é imperioso que interaja de forma intensa com os diversos atores sociais que do direito se utilizam e que constroem o direito pátrio. As *cotidianidades* devem ser lembradas e discutidas, relembradas e rediscutidas, sempre que houver a elaboração ou a interpretação de uma norma jurídica, ou um estudo para o desenvolvimento científico do direito. O direito, por tratar de um regramento social, deve possuir íntima relação com os diversos contextos estruturais da sociedade — domesticidade, trabalho, cidadania, mundialidade.

O modelo de aplicação do conhecimento científico pós-moderno sugerido por *Boaventura* — a aplicação edificante — encontra na ciência

jurídica um bom campo laboratorial. Conhecimento contextualizado, responsabilidade social da ciência, utilidade prática científica, ética, historicidade, cotidianidades, equilíbrio entre competências sociais, enfim, os pontos apresentados para a construção da sua ciência pós-moderna podem ser aplicados no Direito com boas perspectivas de resultados.

2.2. Os desafios das ciências humanas face à complexidade social para Edgar Morin

Ainda introdutoriamente e no campo dos desafios das ciências humanas face à complexidade social moderna, vale lembrar, em breves linhas, alguns importantes apontamentos feitos por *Edgar Morin* ao comentar os desafios da sociologia⁽⁶⁾, uma ciência irmã da ciência jurídica.

O célebre autor propõe três desafios para os pesquisadores. O primeiro é que assumam as duas culturas nas quais participam, quais sejam, a Científica e a Humanística. O segundo desafio é que considerem a complexidade antro-po-social. O terceiro é que tenham a consciência de que é indispensável uma mudança de paradigma nas ciências humanas.

Inicialmente, para justificar tais desafios, analisa que “a sociologia mecanicista, determinista, compartimentada, reducionista, quantitativista, questionarista, tinha desencantado o mundo social; uma sociologia refundada redescobre a complexidade, a riqueza, a beleza, a poesia, o mistério, a crueldade, o horror: a Vida, a humanidade”. Propõe, então, uma nova concepção de sociologia, que considere a relação sujeito/sujeito no lugar do velho e ultrapassado sujeito/objeto. Na voz do autor: “Não podemos escapar a esta situação: ao tratarmos um problema sociológico, não tratamos só de um problema de objetos, somos sujeitos que lidamos com outros sujeitos. Assim a subjetividade é amiga e inimiga ao mesmo tempo”.

O mundo contemporâneo mostra-se extremamente complexo e qualquer ciência não poderá desconsiderar esta realidade. O esforço para a complexidade exige ao mesmo tempo princípios e instrumentos de conhecimentos complexos. A noção de crise nas Ciências Sociais deve ser analisada com temperanças. Em grego, o termo *Krisis* significa decisão. A sua importação primeira na medicina tinha este sentido: a crise é o momento decisivo, a viragem que permite o diagnóstico. Todavia, no sentido moderno, a noção de crise carregou-se de incerteza. A crise muitas vezes é um elemento revelador e realizador. A idéia de perturbação é a primeira sensação que o conceito faz surgir. Esta idéia é de fato, de duplo rosto. Por um lado, pode ser o acontecimento, o acidente, a perturbação exterior que desencadeia a crise. Contudo, as mais interessantes não são as perturbações originárias da crise, mas as perturbações aparentemente não

(6) MORIN, Edgar. *Sociologia: A sociologia do microsociedade ao macroplanetário*. Portugal: Publicações Europa — América, 1998.

perturbadoras. Outra dimensão imediata que a noção de crise nos rememora é o aumento das desordens e das incertezas, uma vez que as crises são concentrados explosivos, ricos em fenômenos evolutivos-involutivos, que, em certo grau, se tornam revolucionários. A crise é um revelador significativo de realidades latentes e subterrâneas, invisíveis em tempo dito normal. A crise une em si o caráter acidental, o caráter da necessidade e o caráter conflituoso.

De acordo com *Morin*, “mesmo que a sociedade seja um sistema, esse sistema impressiona com os seus dilaceramentos e as suas desordens; é o paradoxo das sociedades modernas, paradoxo da coexistência da incoerência e da coerência da unidade e da desunidade. ... Então teremos duas tendências de análise conforme acentuarmos um ou o outro destes termos: i) Ora veremos a unidade do sistema, ii) Ora veremos a sociedade com uma espécie de invólucro para Miríades de sistemas, grupos, indivíduos”. *Morin* defende a necessidade de enriquecer e complexificar a noção de sociedade. É necessário introduzir a presença do observador/criador para se ter uma análise mais completa da sociedade, não pode haver uma definição unidimensional de uma sociedade. *Morin* entende que a ordem social comporta desordens; umas permitem a liberdade, as outras predações ou depredações.

A noção de historicidade mostrou-se fundamental numa nova concepção de ciência. A linearidade cronológica não é apta a permitir uma compreensão abrangente dos temas abordados pela ciência. A seta do tempo, que aponta para a “*escadinha do progresso*”, permite-nos apenas uma visão fotográfica e específica do todo. É imprescindível associar a qualquer tema abordado os contextos históricos e culturais de produção científica e a noção de ciclo do tempo, ou seja, existe uma relatividade no “avanço” da humanidade que não pode ser perdida de vista.

A crise da ciência pode transformar-se em algo extremamente positivo. Para que isso seja possível, o cientista da modernidade deve estar apto a criar estratégias emergentes contra o pessimismo. Como afirma *Morin*, a ambição revolucionária de ter um programa para o mundo “morreu” com a bomba atômica. As soluções acontecem a cada momento, a cada instante e em cada grotão deste planeta azul, e será a partir de atos emancipatórios lançados a partir do caos que se construirá um amanhã mais iluminado.

A consciência crítica dos velhos paradigmas permitirá a construção de novos paradigmas mais adequados às finalidades científicas e sociais. Ainda utilizando uma metáfora de *Morin*, que se vale da imagem de um jogo de futebol, o treinador pode ter um esquema tático perfeito, mas o jogo se joga dentro do campo, de forma que, por melhor que seja o programa desenhado pelo treinador, quem o executará serão os jogadores, que devem portanto produzir as suas estratégias emergentes que, levando em conta as circunstâncias do momento, poderão resolver e decidir o

jogo. Ou seja, não adianta aferrar-se a velhos programas preconcebidos que não mais se adequam às necessidades atuais, é preciso compreender as circunstâncias contemporâneas e inventar estratégias emergentes que permitam atingir objetivos socialmente relevantes.

A criação e a execução das estratégias emergentes, para a produção dos atos emancipatórios, exige que a produção científica também leve em consideração a idéia de “*afiliação compartilhada*”, apresentada por *Del Nero*⁽⁷⁾. Qualquer idéia sempre vem de confluências; a história é formada toda por confluências. Trata-se de uma constatação riquíssima feita por *Del Nero*, segundo a qual não existem “*influências*” mas sim “*confluências*”. O vocábulo *influência* nos faz pressupor um fator causador que não necessariamente existe, enquanto a *confluência* nos dá a exata dimensão da intertextualidade das produções humanas.

As construções teóricas, portanto, devem ser feitas levando em consideração a necessidade de afiliações e, mais ainda, as construções teóricas devem estar sempre “*afiliadas*” às ações práticas.

O princípio da legalidade na ciência do direito deve, assim, ser repensado à luz da realidade. De nada adianta aferrar-se a velhos paradigmas se eles não nos servem mais para explicar e compreender os fatos que desfilam soberbamente. Essa nova legalidade vigente deve ser compreendida à luz dos princípios supremos da ciência jurídica, como um instrumento a mais para a construção de uma ciência útil ao desenvolvimento e à transformação social.

3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O ESTADO DE DIREITO COMO PARADIGMAS DA CIÊNCIA DO DIREITO

O Estado de Direito é o princípio maior sob o qual se alberga o princípio da legalidade. O Estado de Direito representa hoje, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos⁽⁸⁾, um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno⁽⁹⁾. A atual concepção de Estado modela-se no sentido de direcionar a estrutura estatal para a promoção e proteção dos direitos humanos (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, difusos e coletivos). Estes direitos, por sua vez, exigem, para sua promoção e proteção, um ambiente

(7) DEL NERO, Henrique Schutzer. *O sítio da mente, pensamento, emoção e vontade no cérebro humano*. São Paulo: Collegium Cognitio, 1997.

(8) COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

(9) O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é reiteradamente citado para identificar os elementos essenciais de uma Constituição: “Art. 16. Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.*, p. 139.

social dotado de regras de convivência que garantam a todos, sem exceção, o respeito à vida e à dignidade do ser humano. Essas regras devem atingir não só a figura dos governados como também, e principalmente, a figura dos governantes. O exercício do poder deve sujeitar-se a regras preestabelecidas, voltadas à promoção, proteção e garantia dos direitos humanos. A esse conjunto de regras, que define o âmbito do poder e o subordina aos direitos e atributos inerentes à dignidade humana, damos o nome de Estado de Direito⁽¹⁰⁾.

Como comunidade social, “o Estado — de acordo com a teoria tradicional do Estado — compõe-se de três elementos: a população, o território e o poder, que é exercido por um governo do Estado independente. Todos esses três elementos só podem ser definidos juridicamente, isto é, eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência (validade) de uma ordem jurídica (...) O poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida atrás do Estado ou do seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica”⁽¹¹⁾. Essa concepção de Estado orienta até os dias de hoje o conceito de Estado de Direito, onde a eficácia da ordem jurídica — do Direito — é fundamental.

O Direito é um ordenamento normativo composto por um conjunto de normas jurídicas de conduta e de organização que tem por conteúdo a regulação das relações fundamentais para a convivência e sobrevivência do grupo social. O Direito recorre, em última instância, à força física para obter o respeito das normas e tornar eficaz o ordenamento em seu conjunto, tornando-se assim, ao mesmo tempo, um instrumento auxiliar do poder e um instrumento limitador do poder.

Conforme ensina o *José Afonso da Silva*, “o Direito é fenômeno histórico-cultural, realidade ordenada, ou ordenação normativa da conduta segundo uma conexão de sentido. Consiste num sistema normativo. Como tal, pode ser estudado por unidades estruturais que o compõem, sem perder de vista a totalidade de suas manifestações. Essas unidades estruturais ou dogmáticas do sistema jurídico constituem as divisões do Direito, que a doutrina denomina ramos da ciência jurídica, comportando subdivisões”. As subdivisões clássicas do Direito são as que separam de um lado o Direito Público e de outro o Direito Privado. O Direito Público seria o direito que rege as relações dos Estados entre si ou do Estado como tal e os particulares; direito privado seria o direito destinado a regular as relações entre os indivíduos como tais, entre os particulares⁽¹²⁾. Certa-

(10) NIKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tomo I, p. 22.

(11) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 303.

(12) De acordo com a doutrina tradicional sobre o assunto, o Direito Público abriga “os Direitos” Constitucional, Administrativo, Urbanístico, Econômico, Financeiro, Tributário, Processual, Penal, Internacional, Trabalhista e Previdenciário; o Direito Privado abriga “os Direitos” Civil e Comercial.

mente não podemos imaginar o Direito público e o Direito privado como duas categorias estanques, impermeáveis, estabelecendo-se uma separação total e absoluta entre as normas públicas e as normas privadas. Na verdade, todas elas se intercomunicam freqüentemente e formam um todo único.

A concepção de Direito hoje vigente no Brasil e, cada vez mais, em quase todos os países, é a do Direito compreendido como o Direito Positivo, ou seja, o Direito traduzido como Lei, no sentido amplo da palavra. Trata-se de herança oriunda da emancipação burguesa contra os abusos autoritários dos Reis medievais, que teve seu ápice nas Revoluções ocorridas no final do século XVIII, notadamente a Independência dos Estados Unidos da América em 1776 e a Revolução Francesa de 1789. Bastante esclarecedor desse período histórico, no que diz respeito à necessidade de positivação do Direito, é o texto constante do art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "A lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena"⁽¹³⁾. Trata-se da primeira fase do Estado de Direito, quando o liberalismo ditava as ações do Estado. Essa fase do Estado de Direito reconheceu, racionalmente, que os seres humanos eram dotados de direitos fundamentais, em especial aqueles relacionados diretamente com as liberdades dos cidadãos. Daí o surgimento do princípio da legalidade, limitando a ação estatal pela liberdade individual e pelos direitos de cidadania. Em seu bojo, a legalidade trazia a igualdade de todos perante a lei, ou igualdade formal, segundo a qual todos respondem perante a lei de forma isonômica.

Vale lembrar que junto com o princípio da legalidade foi consolidado o princípio da separação dos poderes do Estado. O Estado conta, assim, com três poderes harmônicos e independentes, sendo que a elaboração e aprovação das leis passaram a ser tarefas do Poder Legislativo, que é o Poder mais representativo da sociedade, por ter, tradicionalmente, o critério proporcional de eleição, possibilitando o ingresso de representantes de minorias sociais. Ilustrativo é o fato de que já nos textos revolucionários do século XVIII houvesse menção sobre a importância desse relevante elemento dos Estados de Direito.

O Estado de Direito liberal utilizou um conceito de legalidade que tentava compatibilizar a legalidade com o poder do monarca. Nesse pri-

(13) O art. 6º da Declaração ainda complementa a noção de Lei dos revolucionários franceses, que perdura até hoje com a mesma essência, apenas com algumas variações de forma: "Art. 6º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer pessoalmente, ou por meio de representantes, à sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer proteja, quer puna. Todos os cidadãos, sendo iguais aos seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outra distinção a não ser a de suas virtudes e seus talentos". In: COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 139.

meiro momento, a legalidade (*jus civile*) mantinha-se apartada de algumas ações estatais “arbitrárias” que ainda seriam possíveis em decorrência do Poder político (*jus politia*). O Estado liberal da época pregava a discricionariedade como poder político, onde o que a lei não proibia era permitido (esse raciocínio valia também para os governantes). Tratava-se de uma doutrina que pregava a vinculação negativa, onde podia-se tudo menos o que era expressamente vedado em lei.

Tal concepção do Estado de Direito evoluiu ao longo do século XIX, à luz dos movimentos socialistas e comunistas da época. O Estado de Direito liberal passou a evoluir para um estágio de Estado de Direito social, que pregava a idéia de atuação do Estado para a redução das desigualdades sociais. Partia-se do Estado não intervencionista para o Estado intervencionista. Acompanham essa evolução uma nova concepção de serviço público. Com o Estado social, o serviço público ampliou os seus domínios e passou a ser prestado por entes estatais privados inclusive, passando a ser considerado como uma atividade prestada pelo Estado ou seus representantes para atender as necessidades coletivas, sob regime jurídico público ou misto. Uma das grandes alterações vislumbradas com o advento do Estado Social e dessa nova concepção de serviço público foi a concepção do Poder de Polícia, que no Estado Liberal era voltado quase que exclusivamente à segurança e passou a abranger todo o interesse público (ambiente, saúde, educação...). Foi decorrência dessa evolução histórica do Estado de Direito a consolidação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, bem como a consolidação da possibilidade do Estado limitar direitos e garantias individuais em prol do interesse público (função social da propriedade, intervenção do Estado no domínio econômico...).

Dessa forma, o Estado de Direito Social tinha como pressupostos a busca da igualdade social (ao contrário da igualdade puramente formal dos liberais, o Estado Social buscava a igualdade social, material), a convicção de que os homens não nascem iguais e de que, por isso mesmo, precisam de tratamentos diferenciados “*na medida em que se desigualem*”; tratamentos esses que caberiam ao Estado adotar. Tais evoluções na concepção do papel do Estado levaram a um crescimento do aparelho administrativo do Estado, que passou inclusive a contar com funções normativas, devido ao crescimento de suas atribuições e à complexidade dos temas que deveriam ser abordados.

A concepção clássica da separação dos poderes, onde o Poder Legislativo teria a exclusividade da função normativa, passou a conviver, no Estado Social, com o fato de que grande parte das atribuições normativas passaram a ser delegadas para o Poder Executivo. O princípio da legalidade, assim, passou a abranger não só a Lei em seu sentido estrito mas o conjunto de atos normativos do Estado, inclusive os exarados pelo Poder Executivo. O princípio da legalidade passou a ser considerado, face à essa nova realidade, como um princípio de vinculação positiva, ou seja,

que abrange inclusive a Administração Pública (Poder Executivo). Nesse sentido, a Administração Pública somente poderá executar o que for expressamente permitido em Lei. Tornava-se preciso, assim, encontrar um equilíbrio entre o respeito devido aos direitos e liberdades individuais e o dever Estatal de promover a igualdade material através de ações interventivas e socialmente relevantes.

A partir dessa nova realidade o Estado de Direito evoluiu para o que hoje é conhecido como Estado Democrático de Direito, um Estado que reúne em sua concepção elementos do Estado Liberal, equilibrados com elementos do Estado Social e temperados com uma enorme rede de proteção ao legítimo detentor do Poder do Estado, que é o Povo. O Estado Democrático de Direito procura, assim, instituir elementos de participação popular na condução do seu destino que ao mesmo tempo legitimem o exercício do Poder formal exercido pelos governantes e representantes de plantão como atuem de forma intensa e viva para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico para que se chegue a um Estado de Direito que ao mesmo tempo proteja os direitos individuais, sociais, difusos e coletivos.

3.1. Estado Democrático de Direito, Constituição do Brasil e princípio da legalidade

Como visto no item precedente, as sociedades políticas apresentam-se, hoje, majoritariamente organizadas sob a forma de Estados e o ser humano reconheceu, há muito tempo, a necessidade de um mínimo de organização política para que a vida em comum possa ser possível. Conforme nos ensina *Jorge Miranda*, “quanto mais uma sociedade global é heterogênea, quanto mais integra grupos ou estratos diferentes pela cultura, pela posição social e pelo papel na divisão de trabalho tanto mais o seu sistema político tende a organizar-se em funções diferenciadas, especializadas, ligadas umas às outras por uma rede complicada de relações hierárquicas”⁽¹⁴⁾.

O Estado moderno é definido através de três elementos ou condições de existência — povo, território e poder político soberano — e apresenta um grau de complexidade bastante elevado, exigindo de todos os que são a ele submetidos uma capacidade de análise e de controle social cada vez maior. Talvez justamente por isso, o alcance das políticas públicas nas vidas dos cidadãos e a busca por formas eficazes de controle social sobre essas políticas sejam temas bastante apaixonantes a serem estudados na atualidade. Nesse sentido, encontrar mecanismos de participação social na condução das políticas públicas é um dos desafios da Democracia no mundo de hoje.

(14) MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997. t. 1, p. 46.

A Democracia é, no Estado de Direito brasileiro, um valor fundamental. Logo no Preâmbulo da Constituição Federal os constituintes fizeram questão de definir a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático. O parágrafo único do art. 1º dispõe que “*todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição*”. A Democracia é, assim, um princípio fundamental do Estado de Direito brasileiro.

“Da idade clássica até hoje o termo democracia sempre foi empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos de governo com que pode ser exercido o poder político. Especificamente designa a forma de governo na qual o poder público é exercido pelo povo”.⁽¹⁵⁾ Mais do que uma das formas de governo com que pode ser exercido o poder político, a Democracia hoje afigura-se como um valor Universal a ser perseguido por toda a humanidade. Essa universalização do valor da Democracia ganhou grande força após o término da Segunda Guerra Mundial. O impacto dos horrores verificados na 2ª Guerra Mundial resultou na criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, e na aprovação, em 1948, por sua Assembléia Geral, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nas palavras de *Fábio Comparato*, “outro traço saliente da Declaração Universal de 1948 é a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. XXI e XXIX, alínea 2). O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado”.⁽¹⁶⁾ Através do regime democrático, cidadãos livres e iguais escolhem aqueles que serão seus representantes para o exercício do Poder ou, em determinados casos, exercem o Poder de forma direta, através de canais diretos de participação da comunidade nas políticas de Estado.

Os governos representativos devem, assim, executar políticas que busquem a promoção e proteção dos direitos humanos, sendo que qualquer política que não tenha essa finalidade torna-se, imediatamente, uma política inconstitucional (ou ilegal), por ser contrária aos interesses dos seres humanos que compõem o Estado. Esses seres humanos, que habitam o Estado e formam o seu povo, são os titulares do Poder Estatal, e se fazem representar, transitoriamente, por um determinado governo. A promoção e proteção dos direitos humanos e demais direitos reconhecidos em um ordenamento jurídico são realizadas, pelo Estado, através da execução de políticas públicas (política de segurança, política de saúde, política de educação, política de democratização dos meios de comunicação etc.). A elaboração dessas políticas deve estar em consonância com os ditames da Constituição e dos demais instrumentos normativos do or-

(15) BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira, 9. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

(16) COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 209 e 215.

denamento jurídico, bem como deve sempre ter como finalidade o interesse público e a promoção e proteção de direitos, em especial aqueles reconhecidos expressamente como direitos humanos fundamentais.

A partir do momento em que o direito natural foi laicizado, com o conseqüente apelo para a razão como fundamento do direito, iniciou-se uma difusão em larga escala, nos séculos XVII e XVIII, da tese do contrato social como explicação e origem do Estado, da Sociedade e do Direito. "Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma sociedade natural originária e orgânica, como a família, mas sim uma construção convencional de indivíduos, ao saírem do estado de natureza. Por outro lado, o contratualismo oferece uma justificação do Estado e do Direito porque não encontra o seu fundamento no poder irresistível do soberano ou no poder ainda mais incontestável de Deus, mas sim na base da sociedade, através da vontade dos indivíduos"⁽¹⁷⁾.

Dentro dos Estados Modernos, a ordem jurídica costuma organizar-se com base em um texto normativo de hierarquia superior (norma fundamental, para *Kelsen*)⁽¹⁸⁾ denominado Constituição do Estado. As regras fundamentais de estruturação, funcionamento e organização do poder, bem como de definição de direitos básicos, não importa o regime político nem a forma de distribuição de competência aos poderes estabelecidos são, por conseguinte, matéria de direito constitucional⁽¹⁹⁾. Para *J. J. Canotilho*, o "constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. (...) Numa outra acepção — histórico-descritiva — fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político".

Importante destacar que o Estado Democrático de Direito brasileiro, que tem como fundamento jurídico/normativo a Constituição de 1988, pressupõe que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade"⁽²⁰⁾. Ao mesmo tempo em que reconhece e protege os direitos

(17) LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 2. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 121.

(18) KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

(19) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 26.

(20) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Art. 5º, caput.

individuais, civis e políticos, o Estado de Direito brasileiro protege os direitos sociais, ao reconhecer, na Constituição de 1988, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”⁽²¹⁾. E, complementando o arcabouço constitucional de proteção dos direitos humanos, o § 2º do art. 5º da Constituição dispõe que “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 seja parte”.

Existem, portanto, no Estado de Direito brasileiro, direitos fundamentais que devem ser promovidos e protegidos pela sociedade como um todo e, principalmente, pelos órgãos de Administração do Estado criados pela própria Constituição. De fato, todo Poder carece do aparelho administrativo para a execução de suas determinações. O Estado Democrático de Direito brasileiro representa o modelo modernamente adotado para a garantia dos “princípios axiológicos supremos” dos direitos humanos, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade)⁽²²⁾.

Serve o Estado Democrático de Direito, assim, como instrumento viabilizador da realização dos direitos humanos, voltado à proteção e promoção da liberdade, da igualdade e da fraternidade⁽²³⁾. A liberdade expressa-se, no Estado de Direito, através da vontade dos indivíduos, que tem como núcleo central a idéia da autonomia, demonstrando-se através da submissão de todos os membros de uma determinada sociedade às regras que ela própria estabelece e ao poder do governante que ela própria elege. As liberdades públicas, no sentido político de autogoverno, e as liberdades privadas, mecanismos de defesa existentes contra intervenções arbitrárias do governo, compõem o primeiro elemento da tríade de princípios axiológicos supremos que têm, no Estado de Direito, a sua proteção mais sólida. E esta proteção é dada através do conjunto de direitos individuais voltados à garantia da liberdade.

O Estado Democrático de Direito consolida em sua dimensão, ainda, a igualdade formal, no sentido de que todos são iguais perante a Lei, não podendo haver leis ou regras aplicáveis apenas a alguns, da mesma forma que estas leis não podem privilegiar indivíduos ou grupos em detrimento de outros. A igualdade formal, um grande avanço para a proteção

(21) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Art. 6º.

(22) COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 50.

(23) O Preâmbulo da Constituição oferece-nos exata dimensão deste aspecto do Estado de Direito: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos ... promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

dos direitos humanos, necessita, para se tornar realmente efetiva, do terceiro princípio axiológico supremo, ou seja, a solidariedade. De nada adianta todos terem a igualdade formal garantida se as diferenças materiais existentes entre indivíduos da mesma sociedade podem anular esta proteção. De fato, dizer que formalmente todos têm direito à propriedade não basta para que tenhamos uma sociedade que respeite os direitos humanos, se a propriedade só estiver ao alcance de alguns. Seria tão inútil quanto se afirmar que todos podem ir à lua, sabendo-se que os meios tecnológicos que nos permitem ir à lua são inacessíveis a quase a totalidade dos seres humanos.

Neste sentido, o terceiro elemento que compõe a tríade de princípios axiológicos supremos, dando a dimensão dos elementos essenciais do denominado Estado de Direito, é a fraternidade. A fraternidade, ou solidariedade, expressa-se como o conjunto de regras voltadas a um escopo comum de progresso e melhoria da qualidade de vida de todos aqueles que compõem o grupo social, determinando que um dos grandes objetivos do ser humano é possuir uma sociedade que ofereça a todos os seus integrantes a igualdade material. Para tanto é que foram sendo positivados os direitos sociais como direitos humanos, destinados a garantir condições mínimas de existência a todos os seres humanos, em especial os mais fracos socialmente e os mais pobres. Para a proteção dos direitos sociais é necessário que o Estado, através de seus órgãos, adote medidas ativas e intervencionistas buscando promover os direitos sociais na sociedade, em busca do ideal da igualdade material. É preciso garantir um patamar mínimo de vida para todos os seres humanos da sociedade brasileira, cabendo ao Estado o dever de promover e proteger os direitos sociais, principalmente da parcela da população que não tem acesso a esses direitos.

De acordo com o disposto no preâmbulo da Constituição da República Federativa de 1988, o Brasil organiza-se na forma de um Estado Democrático de Direito, "destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos"⁽²⁴⁾. A Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, representa um conjunto de normas jurídicas escritas mediante o qual se processa a integração dialética dos vários conteúdos da vida coletiva na unidade de uma ordenação fundamental e suprema⁽²⁵⁾. A Constituição reúne os elementos essenciais que regulam e formam a organização do Estado brasileiro, a forma de seu

(24) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Preâmbulo.

(25) FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1. p. 31.

governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as suas respectivas garantias⁽²⁶⁾.

Dentro do Estado de Direito, o Direito Constitucional é a parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado enquanto comunidade e enquanto poder. Nos dizeres do constitucionalista português *Jorge Miranda*, “é o conjunto de normas (disposições e princípios) que recortam o contexto jurídico correspondente à comunidade política como um todo e aí situam os indivíduos e os grupos uns em face dos outros e frente ao Estado-poder e que, ao mesmo tempo, definem a titularidade do poder, os modos de formação e manifestação da vontade política, os órgãos de que esta carece e os atos em que se concretiza”⁽²⁷⁾.

A promulgação da Constituição de 1988 representou um marco fundamental na evolução do processo democrático brasileiro, razão pela qual foi considerada a *Constituição Cidadã*, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu. Tal atributo deve-se, principalmente, ao fato de que a sua elaboração teve ampla participação popular e porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania. De fato, um grande avanço da Constituição de 1988 foi a inclusão, em seus dispositivos, de um sistema de proteção dos direitos humanos bastante avançado, abarcando os direitos e garantias fundamentais de uma forma moderna e abrangente, protegendo, assim, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos dos trabalhadores, os direitos da nacionalidade, os direitos políticos, enfim, dando uma ampla proteção normativa para o que denominou como direitos e garantias fundamentais⁽²⁸⁾.

Dentre os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição encontram-se direitos sociais, como a saúde, educação, trabalho e lazer. Os direitos sociais exigem uma interação viva entre Estado e sociedade, voltada ao constante desenvolvimento das condições que permitirão o acesso universal e integral a esses direitos. Isso porque os direitos sociais exigem uma atuação efetiva do Estado para a sua garantia, através da implementação de ações e políticas públicas que busquem atender às necessidades sociais. Os direitos sociais “são direitos de crédito do indivíduo com relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”⁽²⁹⁾. Os Direitos sociais não se

(26) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1997. p. 42.

(27) MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. t. 1, p. 13.

(28) A Constituição Federal de 1988 contém um texto que consolida o progressivo reconhecimento formal dos Direitos sociais pelo Estado brasileiro.

(29) LAFER, Celso. Op. cit., p. 127.

distinguem apenas por serem coletivos, mas por exigirem do Estado remédios distintos daqueles classicamente previstos para a defesa dos direitos civis e políticos (individuais). Mais ainda, os direitos sociais têm uma implicação política inovadora na medida em que permitem a discussão da justiça geral e da justiça distributiva⁽³⁰⁾.

Organizado sob a forma de Estado Democrático de Direito, o Brasil reconhece o princípio da legalidade em sua norma fundamental, dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”⁽³¹⁾. O princípio da legalidade, importante legado deixado pelos iluministas e revolucionários do século XVIII, determina que todos os cidadãos de uma coletividade devem estar sujeitos à Lei, independentemente de raça, cor, sexo, religião, posição social ou qualquer outra forma de discriminação. O princípio da legalidade faz com que governantes e governados estejam sujeitos ao império da Lei, sendo a Constituição considerada a Lei Maior.

Pois bem, para que o Estado atue de forma eficiente e cumpra as determinações constitucionais que lhe foram impostas, o ordenamento jurídico pátrio conta com um conjunto de normas jurídicas que regulam e orientam a atuação dos órgãos estatais. Esse conjunto de normas jurídicas é conhecido como um ramo do Direito denominado Direito Administrativo⁽³²⁾. O Direito Administrativo brasileiro é “o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”⁽³³⁾. Ou seja, existe um conjunto de normas jurídicas, além das constitucionais, que regulam a atuação do Estado para o cumprimento das determinações constitucionais. Essas normas destinam-se a ordenar a estrutura, o pessoal (órgãos e agentes), os atos e as atividades da Administração Pública, praticados ou desempenhados enquanto poder público⁽³⁴⁾.

(30) LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social do Direito*. In: FARIA, José Eduardo (coord.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 127.

(31) BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Art. 5º, II.

(32) Conforme conceitua *Marcello Caetano*, “O Direito Administrativo compreende não só as normas reguladoras da estrutura e disciplina interna da Administração mas também as da atuação dos elementos desta como sujeitos de direitos no exercício dos seus poderes e no cumprimento dos seus deveres legais para com os administrados”. CAETANO, Marcello. *Tendências do Direito Administrativo Europeu*. In: *Estudos de direito administrativo*. Lisboa, 1974. p. 453. In: DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de Governo: o caso da saúde pública*. Texto apresentado na Oficina: *Direito e Políticas Públicas*, organizada pela Professora Maria Paula Dallari Bucci no curso de Pós-Graduação da Universidade de Santos. set.2000.

(33) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1999. p. 34.

(34) GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000. p. 5.

Devido à ampla heterogeneidade de deveres estatais nas sociedades modernas, os Estados vêem-se na necessidade de criarem novos mecanismos, mais ágeis e eficazes, que possam garantir aos seus cidadãos os seus direitos humanos expressamente reconhecidos. Daí a evolução que estamos assistindo ao conceito de princípio da legalidade, para que, sem perder a segurança que esse princípio assegura aos cidadãos, se permita a existência, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, de instrumentos eficazes de ação estatal para o cumprimento dos seus deveres constitucionalmente previstos. Essa ampliação dos instrumentos estatais para o cumprimento de suas enormes funções é que provoca a ampliação do ramo do direito conhecido como Direito administrativo e que torna o princípio da legalidade mais complexo.

Como bem assevera *Tércio Sampaio Ferraz Jr.*, “a principal característica do direito positivado é que ele se liberta de parâmetros imutáveis ou longamente duradouros, de premissas materialmente invariáveis e, por assim dizer, institucionaliza a mudança e a adaptação mediante procedimentos complexos e altamente móveis. Assim, o direito positivado é um direito que pode ser mudado por decisão, o que gera, sem dúvida, certa insegurança com respeito a verdades e princípios reconhecidos, lançados então, para um segundo plano, embora, por outro lado, signifique condição importante para melhor adequação do direito à realidade em rápida mutação, como é a de nossos dias. (...) O que queremos dizer é que o fenômeno da positivação estabelece o campo em que se move a Ciência do Direito moderna. Note-se que isso não precisa ser entendido em termos positivistas, no sentido de que só o direito positivo seja o seu objeto, mas simplesmente que a positivação envolve o ser humano de tal modo que toda e qualquer reflexão sobre o Direito tem de tomar posição perante ela. Ela não faz do direito positivo o objeto único da ciência jurídica, mas condiciona a determinação do seu método e objeto”⁽³⁵⁾.

3.2. O direito positivo, a legalidade e a “crise” da ciência do direito

Como visto, a concepção de Direito hoje vigente é a do Direito Positivo, ou seja, o Direito traduzido como Lei, no sentido amplo da palavra. A legalidade passa a ser, assim, o elemento mínimo para que se caracterize um Estado como um Estado de Direito e, conseqüentemente, como um Estado que respeita os direitos humanos, as liberdades dos seus cidadãos. Diz-se aqui legalidade em sentido amplo, pois o Estado de Direito pode abarcar diversas formas de organização que podem ser compreendidas como respeitadoras da legalidade, como por exemplo o direito codificado ao extremo e totalmente *legal*, positivado, ou o direito da *common law*, formado basicamente por grandes princípios e pela legalidade extraída dos julgados jurisprudenciais.

(35) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 40-42.

No Brasil, o princípio da legalidade encontra-se expressamente previsto no art. 5º, II, da Constituição Federal, que dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. A compreensão sobre a abrangência desse princípio suscita diversas discussões e controvérsias, que abrangem inclusive interpretação sobre o termo “em virtude da lei”.

O Direito Positivo caracteriza-se particularmente pela primazia que, na formação do Estado moderno, a lei vem conquistando sobre outras fontes do direito⁽³⁶⁾. O princípio da legalidade passou a ser, então, nos dizeres de *Celso Antônio Bandeira de Mello*, um “princípio capital para a configuração do regime jurídico (...) ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se, através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo — que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social —, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral”⁽³⁷⁾.

De fato, o Princípio da Legalidade transformou-se, portanto, no grande pilar do direito positivo, na fonte primeira do Direito. As suas funções primordiais podem ser resumidas em, de um lado, oferecer segurança jurídica aos cidadãos e, de outro lado, limitar os poderes dos governantes. A segurança jurídica oferecida pela obrigatoriedade de um texto escrito que prescreve exatamente o comando a ser seguido, sob pena de sanção, elimina (ou seria reduz?) a possibilidade de abusos por parte daqueles que possuem o poder de aplicar as sanções. Essa segurança jurídica vem sendo implementada inclusive no âmbito do Direito internacional, campo no qual assistimos uma enorme proliferação de novos textos legais de validade internacional.

O fenômeno da positivação do Direito passou a ser tão forte que os princípios gerais do direito passaram também eles a ser “positivados”, reduzidos a comandos legais. *Paulo Bonavides* chama-nos a atenção para o fato de que, atualmente, no que ele denomina como fase do “pós-positivismo” — fase que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas deste século —, os princípios passaram a ser tratados como direito. Segundo o autor, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”⁽³⁸⁾.

(36) Para *Bobbio*, fontes de direito são “aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”. BOBBIO, N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Ícone Ed., 1999 (Coleção Elementos do Direito). p. 161.

(37) MELLO, C. A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 83-89.

(38) BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 237.

Conforme mencionado, a própria noção de Direito positivo vem sofrendo evoluções ao longo dos tempos, sofrendo alterações sensíveis desde seu advento no Estado liberal, passando pelo Estado social até os sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse diapasão, *Tércio Sampaio Ferraz Jr.* bem identifica o positivismo jurídico como um “fenômeno que surge no século XIX, ganhando aí os principais delineamentos teóricos, para tornar-se o traço mais característico do Direito em nossos dias. Direito Positivo, podemos dizer genericamente, é o que vale em virtude de uma decisão e só por força de uma nova decisão pode ser revogado. O legalismo do século passado entendeu isto de modo restrito, reduzindo o direito à lei, enquanto norma posta pelo legislador. No direito atual, o alcance da positivação é muito maior”⁽³⁹⁾.

Eros Grau, ao analisar os regulamentos e a legalidade no direito brasileiro, já nos proporciona uma importante reflexão acerca da relatividade do princípio da legalidade. Ao tomar o art. 5º, II, da Constituição de 1988, o jurista verificou uma visível distinção entre as seguintes situações: i) vinculação da Administração às definições da lei; ii) vinculação da Administração às definições decorrentes — isto é, fixadas em virtude dela — de lei. Afirma *Eros Grau* que “no primeiro caso, estamos diante da reserva da lei; no segundo, em face da reserva da norma (norma que pode tanto ser legal, quanto regulamentar, ou regimental)”⁽⁴⁰⁾.

Dessa forma, o Direito positivo e o princípio da legalidade sofrem hoje uma profunda reflexão por parte de diversos estudiosos do tema, que procuram compreender qual a real extensão e significado de tais conceitos no Direito contemporâneo. Há quem estude o assunto a partir do diagnóstico de que o Direito vive hoje uma situação de crise, que tem como origem uma crise que a ciência vem atravessando como um todo.

A discussão sobre a crise da ciência atinge o Direito de diversas formas. Importantes pensadores já vêm refletindo sobre a necessidade de se repensar os paradigmas do Direito. O Direito atual funda-se muito na concepção idealizada pelos teóricos⁽⁴¹⁾ e Revolucionários do Século XVIII, que foi brilhantemente traduzida por *Kelsen* em sua Teoria Pura do Direito. De acordo com o jurista alemão, “na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação — menos evidente — de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou — por outras palavras — na medida em que constitui conteúdo das normas jurídicas (...) A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto

(39) FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit.

(40) GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 182 e ss.

(41) Vale destacar o papel de ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. Paris: Éditions Sociales, 1955.

de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica” (42). Pois bem, essa concepção positivista do Direito está sendo questionada de forma bastante pertinente por diversos teóricos da área jurídica e de fora dela também.

Esses questionamentos podem ser traduzidos no que *Habermas* denomina “crise do Estado de Direito”. Conforme ensina *Habermas*, a “nova compreensão do direito atinge também, inclusive em primeira linha, o problema relativo à construção do Estado democrático de direito em sociedades complexas (...) A passagem para o modelo de Estado Social se impôs porque os direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração” (43). As ações estatais encontram-se, assim, cada vez mais vinculadas ao Direito, seja nos limites impostos pelo Direito ao Estado, seja pelo caráter instrumental que o Direito adquiriu com o advento do Estado social. Como afirma *Habermas*, “os programas políticos do legislador sempre funcionaram como canais através dos quais conteúdos concretos e pontos de vista teleológicos imigraram para o direito. O próprio direito formal burguês teve que abrir-se para fins coletivos, tais como a política militar e fiscal. Entretanto, a persecução de fins coletivos teve que subordinar-se à função própria do Direito, isto é, à normatização de expectativas de comportamento, de tal modo que é possível interpretar a política como realização de direitos (...) No Estado Social, o direito não pode diluir-se em política, pois, neste caso, a tensão entre facticidade e validade, que lhe é inerente, bem como a normatividade do direito, se extinguiriam” (44).

Habermas questiona, também, as formas de legitimação do Direito atualmente postas, quando aponta a necessidade de se repensar o Direito à luz das novas tarefas do Estado. Afirma o filósofo que “com o crescimento e a mudança qualitativa das tarefas do Estado, modifica-se a necessidade de legitimação; quanto mais o direito é tomado como meio de regulação política e de estruturação social, tanto maior é o peso de legitimação a ser carregado pela gênese democrática do Direito”. Vivemos hoje, portanto, um momento histórico no qual a legitimação do Direito não pode mais ser explicada simplesmente pela sua legalidade, ou seja, pela existência de normas jurídicas válidas e vigentes aprovadas de acordo com o processo legislativo previsto no ordenamento jurídico. Na medida em que o Direito passa a ser formado também, e cada vez mais, por normas infra-legais, editadas por membros do Poder Executivo, a discussão sobre a legitimação dessas normas jurídicas mostra-se essencial.

(42) KELSEN, Hans. Op. cit., p. 77.

(43) HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2. p. 170.

(44) Id. Ibid., p. 171.

A questão do controle, portanto, mostra-se essencial para o fortalecimento do Direito e para a sua legitimação perante a sociedade. Por controle deve-se entender “o exame crítico de processos decisórios objetivando uma intervenção transformadora, no caso do processo decisório em seu desenrolar, seu resultado, ou suas conseqüências, não corresponder às considerações do controle”⁽⁴⁵⁾. Luhman entende que a positividade do direito implica na liberdade de deixar-se determinar racionalmente pelo recurso e pelo resultado de análises. Dessa forma, a sociedade torna-se objeto do seu próprio mecanismo jurídico; ela é refletida enquanto totalidade em um de seus sistemas parciais, que é o sistema jurídico. Essa redução da complexidade social para um sistema positivado de normas jurídicas gera necessariamente um conflito que exigirá do Direito uma mutabilidade constante. O pensador alemão entende que “a sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros”⁽⁴⁶⁾. A legitimação do Direito na sociedade dá-se, assim, na medida em que o Direito torna-se permeável a outros “sistemas” (sociais, políticos, de comunicação ...) que constituem a complexidade da sociedade moderna. A participação da sociedade nos processos decisórios do Direito tem importante papel, portanto, para a transformação do Direito em instrumento social eficaz. Hoje em dia percebemos que as demandas sociais não encontram no Direito um instrumento de proteção eficaz.

4. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E AS FUNÇÕES ESTATAIS DE REGULAÇÃO, REGULAMENTAÇÃO E JURISDIÇÃO

O princípio da legalidade é, nas sociedades complexas, temperado pelas funções estatais de regulação, regulamentação e jurisdição. Analisemos a relação de cada uma dessas funções com o princípio da legalidade.

4.1. O princípio da legalidade e a atividade estatal de regulação

O fenômeno da regulação deve ser entendido, portanto, como uma conseqüência da evolução do Estado de Direito. A regulação mostra-se, assim, como uma função do Estado, necessária para o cumprimento dos diversos deveres a ele atribuídos.

A regulação possui em seu conteúdo o “ato ou efeito de regular”⁽⁴⁷⁾. Em sentido amplo, diz respeito às regras, às leis, à moral, enfim, a qualquer

(45) LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985. p. 87.

(46) Id. *Ibid.*, p. 121. A mesma linha de reflexão é apresentada por: HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

(47) *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Michaelis, São Paulo: Ed. Melhoramentos.

instrumento formal ou informal que imponha limites e determine deveres, que regule. A função estatal de regular, portanto, está associada ao dever fundamental do Estado de ordenar o corpo social para que este se organize harmonicamente. A regulação existe para possibilitar a consecução dos objetivos coletivos pactuados pelo corpo social, no Brasil expressamente previstos pelo art. 3º da Constituição Federal de 1988, a saber: i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; ii) garantir o desenvolvimento nacional; iii) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; iv) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A função estatal da regulação possui, pelo menos, seis competências claras, conforme *Floriano Azevedo Marques*⁽⁴⁸⁾. A primeira delas, que pretendemos aprofundar nesse trabalho, é a competência normativa. A regulação abrange, assim, toda a ação voltada à produção de normas jurídicas que determinem direitos, imponham deveres e definam obrigações, prevendo inclusive, quando necessário, mecanismos de sanção aos que não observarem seus ditames. A segunda competência da atividade regulatória é adjudicatória, ou seja, é a competência para autorizar e permitir o exercício de uma determinada função, por exemplo. A terceira competência é a da fiscalização, entendida, de maneira geral, como a atividade de fiscalizar, acompanhar, verificar, censurar e sindicar as ações e as omissões desenvolvidas dentro da sociedade, abrangendo tanto as ações e omissões estatais como as particulares. A quarta competência é a de sanção, ou seja, a de, quando necessário, impor uma penalidade àquele que porventura não cumprir uma determinada obrigação social imposta, ou ainda, no caso das sanções premiais, oferecer prêmios àquele que agir dentro dos parâmetros estabelecidos. A quinta competência que envolve a atividade regulatória é a arbitral, que envolve as mediações e arbitragens de eventuais conflitos sociais existentes. Finalmente, a sexta competência apontada é a de recomendação, atividade pela qual o Estado, através de recomendações pautadas pelo planejamento político, orienta as ações dos atores sociais que detêm a competência técnica para desenvolver atividades de interesse para o desenvolvimento do Estado.

A função de regulação do Estado aumenta na medida em que o Estado moderno fica cada vez mais complexo, tanto no que se refere às diversidades sociais existentes, como principalmente no que diz respeito a uma necessidade de dinamização do Direito como instrumento estatal de controle e organização social. Ao analisar a atuação do Estado na regulação econômica, *Eros Grau* afirma que o Estado “deixa de ser, às escâncaras, um simples árbitro das competições econômicas, destinado a garantir aos vencedores os frutos de uma luta socialmente desigual (...)”⁽⁴⁹⁾. Afirma o eminente jurista que a atuação estatal em relação ao processo

(48) MARQUES, Floriano Azevedo. Princípio da legalidade e regulação. São Paulo, 2004. Curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

econômico pode ser realizada de diversas formas, diferenciando a *atuação estatal da intervenção*: “Intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo. Assim, se pretendermos, ao enunciar as formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico, considerar a globalidade da ação estatal, inclusive sua atuação sobre a esfera do público, o uso, para tanto, da expressão atuação estatal será mais adequado. Estaremos a refletir, então, não apenas a ação do Estado em relação a esfera do privado, mas também no que respeita à prestação do serviço público e à regulação da prestação do serviço público (...) Afirmada a adequação do uso do vocábulo intervenção para referir atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (domínio econômico), reafirmo a classificação que distingue três modalidades de intervenção: intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção e intervenção por indução”⁽⁵⁰⁾.

Na intervenção por absorção ou por participação, o Estado atua *no* domínio econômico. A intervenção por absorção, segundo *Eros Grau*, é aquela na qual o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção em determinado setor do regime econômico, atuando em forma de monopólio. A intervenção por participação é aquela na qual o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica, atuando em regime de competição.

Já na intervenção por direção ou por indução o Estado atua *sobre* o domínio econômico, desenvolvendo ação de regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por direção ou indução, sendo que a primeira ocorre quando o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas compulsórios para os sujeitos da atividade econômica. Quando o faz por indução o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância com as leis que regem o funcionamento dos mercados.

A atividade regulatória estatal está, dessa forma, inserida no contexto de complexidade das sociedades modernas e exige uma compreensão também não simplificada de seus mecanismos, uma vez que envolve diversas modalidades distintas e objetivos distintos uns dos outros, embora sempre voltados ao interesse público. *Carlos Ari Sundfeld*, ao comentar a questão da regulação em relação ao princípio da separação dos poderes lembra que atualmente “é preciso que o Estado vá trabalhando com a realidade todo o tempo, para definir situações que se põem”⁽⁵¹⁾. Exemplifica com a necessidade do Estado estar, a todo tempo, definindo

(49) GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000. p. 157.

(50) Id. *Ibid.*, p. 158-159.

(51) SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. 1. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 28-29.

situações que se alteram de forma extremamente dinâmica e mostram-se carentes de conhecimentos técnicos aprofundados (como definir o nível de poluentes aceitável numa determinada época do ano, ou situação de fato). A indagação feita por *Carlos Ari* sobre a nova realidade histórica da regulação é instigante. Pergunta-se se seria viável, dentro das demandas normativas atuais, supor que o legislador possa dedicar-se a um verdadeiro gerenciamento normativo da realidade? E responde o autor informando que, a seu ver, “nem o modo de produção de normas que conhecemos — que fez nascer o Código Civil — nem o modelo tradicional de solução de conflitos — o do julgamento de ações pelo Poder Judiciário — bastam nos novos tempos”.

A função regulatória do Estado, em especial nas suas competências normativa, de fiscalização e adjudicatórias, aumentou muito a partir da privatização e da reestruturação dos serviços de titularidade estatal, inclusive aqueles que eram executados por monopólio. Esta reestruturação está produzindo importantes alterações no Direito, cujos modelos teóricos devem, em grande medida, ser reinventados.

Esse novo modelo a ser reinventado é trabalhado por *Susan Rose-Ackerman* em seu texto sobre uma análise econômica progressista do Direito. A autora desenvolve uma proposta de reforma do direito administrativo que considere ao mesmo tempo a nova perspectiva das políticas públicas e a teoria da *public choice*. A teoria da *public choice* “procura fornecer modelos positivos realistas da política e tenta achar métodos de fazer escolhas coletivas que tenham características normativas desejáveis. A análise positiva tenta explicar como órgãos políticos e burocráticos comportam-se na realidade, presumindo que os atores políticos são maximizadores auto-interessados de alguma coisa (por exemplo, votos, orçamento das agências, lucros, utilidade)⁽⁵²⁾”. Por sua vez, a análise das políticas públicas devem ter uma visão realista do funcionamento do processo político, que considere não só os atores econômicos e sociais envolvidos como também a atuação dos Poderes na definição das políticas e suas conseqüências regulatórias. Para a autora, o novo Direito administrativo demanda “um esforço amplo e cooperativo dos economistas, advogados e cientistas políticos”⁽⁵³⁾.

Ainda no que tange à regulação econômica, vale ressaltar algumas idéias de *George Stigler* que auxiliam na compreensão da regulação como função estatal. Segundo *Stigler*, o “Estado é uma potencial fonte de recursos ou de ameaças a toda atividade econômica na sociedade. Com seu poder de proibir ou compelir, de tomar ou dar dinheiro, o Estado pode (e efetivamente o faz) ajudar ou prejudicar, seletivamente ...”. E continua mais

(52) ROSE-ACKERMAN, Susan. *Análise econômica progressista do direito e o novo direito administrativo*. In: *A regulação econômica e democracia*. 1. ed. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 243 e ss. (Coletânea de Textos traduzidos — Núcleo Direito e Democracia — CEBRAP).

(53) Id. *Ibid.*

adiante, afirmando que “as tarefas centrais da teoria da regulação econômica são justificar quem receberá os benefícios ou quem arcará com os ônus da regulação, qual forma a regulação tomará e quais os efeitos desta sobre a alocação de recursos”⁽⁵⁴⁾.

Pelo exposto, pode-se afirmar que a regulação é uma função estatal de titularidade comum aos três Poderes do Estado — Legislativo, Executivo e Judiciário — e que reúne em seu conteúdo uma gama diversificada de atividades estatais voltadas a intervir na sociedade, seja assumindo integralmente determinadas responsabilidades sociais, para seu exercício de forma direta, seja induzindo a sociedade para que desenvolva ações em busca dos objetivos do Estado, seja impondo aos particulares sanções voltadas à preservação do interesse público.

Dentro de suas diversas competências, acima delineadas, a função estatal de regular possui a competência normativa, que reúne a atividade legislativa em sentido amplo, ou seja, desde a produção das Leis, nos seus sentidos material e formal, até a produção de atos normativos infra-legais regulatórios. Dentre esses atos infralegais regulatórios situam-se os regulamentos. Pode-se afirmar, portanto, que a regulação é gênero do qual a atividade de regulamentação é uma espécie. Analisemos, assim, a questão da regulamentação no Estado de Direito.

4.2. A atividade estatal de regulamentação e o princípio da legalidade

A regulamentação é a atividade normativa do Estado, de titularidade do Poder Executivo, através da qual este edita regulamentos administrativos. Estes regulamentos possuem limites mais rígidos do que os impostos à atividade de regulação estatal, já que os regulamentos subordinam-se, em regra, a outro texto normativo anterior e hierarquicamente superior. Através da regulamentação o Poder Executivo especifica e torna mais claras algumas normas jurídicas previstas em Lei ou em outro instrumento legal superior vigente. A atividade de regulamentação está limitada materialmente pelo instrumento legal superior ao qual o regulamento a ser editado está vinculado. Trata-se de um limite material, que pressupõe que o texto do regulamento fique circunscrito ao texto legal e que o campo de regulamentação obedeça aos limites estabelecidos em Lei.

Coutinho de Abreu conceitua os regulamentos administrativos como sendo a “norma escrita, geral e abstrata por via de regra, subordinada à Lei, emanada por uma autoridade administrativa, ou por uma entidade privada no desempenho de uma função público-normativa”⁽⁵⁵⁾. Os regulamentos mais comuns e recorrentes no Direito são os Regulamentos Executivos.

(54) STIGLER, George J. *A Teoria da regulação econômica*. In: *A regulação econômica e democracia*, cit., p. 23.

(55) ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 45.

Conforme afirma *Celso Antônio Bandeira de Mello*, “a Constituição prevê os regulamentos executivos porque o cumprimento de determinadas leis pressupõe uma interferência de órgãos administrativos para a aplicação do que nelas se dispõe, sem, entretanto, predeterminar exaustivamente, isto é, com todas as minúcias, a forma exata da atuação administrativa pressuposta”. A regulamentação, no entanto, deve sempre estar sujeita ao princípio da legalidade (arts. 5º, II e 37, caput, da CF), pois “é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5º, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir Decretos e regulamentos”⁽⁵⁶⁾. Para *Coutinho de Abreu*, os Regulamentos de Execução são sobretudo emanados pelo Governo (no Brasil, Chefe do Poder Executivo) e possuem como funções estabelecer as regras orgânicoprocessuais para aplicação ou actuação dos preceitos legais; e explicitar técnico-cientificamente os pressupostos de fato previstos em Lei.

Existe uma discussão no Brasil acerca da competência para editar regulamentos, se ela é adstrita ao Chefe do Poder Executivo ou pode também ser exercida por agentes políticos subordinados ao Chefe do Poder Executivo, como Ministros ou Secretários. O art. 84 da Constituição Federal define que compete privativamente ao Presidente da República (portanto ao Chefe do Poder Executivo) expedir Decretos e regulamentos para o fiel cumprimento das leis. Ao mesmo tempo, existe a possibilidade de se criar uma Lei que preveja, em seu texto, que a mesma será regulamentada diretamente por determinado Ministro de Estado. Tal Lei seria inconstitucional? A questão mostra-se aparentemente relevante, pois na prática, pela natureza hierárquica da estrutura do Poder Executivo, o Chefe do Poder Executivo sempre poderá interferir em regulamentos administrativos eventualmente editados por seus subordinados em dissonância com a política geral do governo. Ao mesmo tempo, o art. 49, V, da CF prevê que o Congresso Nacional pode, sempre que julgar necessário, sustar os atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Desta feita, a discussão parece eivada de inutilidade, uma vez que a própria hierarquia, dentro do Poder Executivo, ou o poder de fiscalização do Poder Legislativo, podem resolver eventuais conflitos concretos que venham a existir. Daí que, aparentemente, a edição de um regulamento administrativo feita diretamente por um Ministro (obviamente que não por Decreto, mas por Portaria ou outro instrumento adequado) deve ser considerada válida, notadamente após as considerações feitas sobre a necessidade de uma nova abordagem a ser dada ao

(56) MELLO, C. A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 311.

direito administrativo. Eventuais abusos e incongruências podem ser resolvidos dentro dos mecanismos existentes na Constituição, notadamente os acima citados.

A doutrina ainda menciona três outros tipos de regulamentos possíveis, senão vejamos: O primeiro e mais relevante é o regulamento autônomo, que independe de Lei prévia e pode ser editados diretamente pelo chefe do Poder Executivo. No Brasil, há uma discussão se o regulamento previsto no art. 84, VI, após a Emenda Constitucional n. 32, é um regulamento autônomo. Parece-me que sim, pois independe de Lei prévia e o Presidente pode editá-lo diretamente, por Decreto, e com força de Lei. Entendo, ainda, que eventuais leis que regulem a matéria citada no referido inciso poderão, doravante, ser alteradas por Decreto presidencial. Daí a sua natureza de regulamento autônomo.

Também são mencionados os regulamentos autorizados, quando há uma previsão legal para que o regulamento trata diretamente de determinado assunto, os regulamentos de organização administrativos, que organizam a Administração Pública, e os regulamentos jurídicos, que tratam de assuntos relacionados com a cidadania.

Finalmente, sobre regulamentos é importante ressaltar o Acórdão relatado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no qual, ao comentar sobre os limites do poder regulamentar, define que entre as obrigações primárias definidas na Lei e os objetivos nela traçados há um campo de discricionariedade regulamentar que poderá ser preenchido pelo regulamento. Esse campo de discricionariedade é que provoca intensas discussões, uma vez que abre a possibilidade do gestor do Poder Executivo baixar normas infralegais que limitem as liberdades individuais. A mesma discricionariedade que cabe ao gestor do Poder Executivo cabe também aos órgãos do Poder Judiciário, responsáveis pela aplicação concreta da lei. O exercício estatal de jurisdição também nos obriga a refletir sobre o significado que o princípio da legalidade possui no Direito.

4.3. A questão da jurisdição no direito moderno: A vinculação do juiz à lei

Feitas as devidas anotações sobre as profundas discussões que cercam os conceitos de Direito positivo e de Lei, convém destacar uma outra característica essencial do direito que possui relação direta com a aplicação do princípio da legalidade: a questão da decisão judicial. Para desenvolver esse aspecto servimo-nos das preciosas colocações de *Winfried Hassemer* em seu texto "Sistema Jurídico e Codificação: A vinculação do juiz à lei".⁽⁵⁷⁾

(57) HASSEMER, Winfried. In: *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Editora Gulbekian, 2003. p. 281 e ss.

Preliminarmente, é importante observar que o autor parte da observação inicial de que a teoria do direito e a metodologia alemãs são entendidas, desde os inícios do século XX, como uma discussão em cujos pólos se situam a norma jurídica, de um lado, e a decisão judicial, de outro. Analisando a questão da codificação no sistema jurídico, *Hassemer* entende como ingênua a concepção segundo a qual o juiz deduz a sua decisão jurídica da lei, subsumindo o caso na norma codificada. Tal concepção é ingênua pois transforma a lei em fonte única da decisão jurisprudencial. A função do juiz seria, assim, a de simples transferência, o que mostra-se, de plano, uma visão muito limitada para a atividade do Juiz. Também pode-se, nessa linha de entendimento calcada na ideologia da subsunção, entender a atividade jurisprudencial como concretizadora do conteúdo dos princípios jurídicos mais elevados. De um jeito ou de outro, a atividade do juiz é totalmente vinculada à lei e esta vinculação é imperativa, em busca de garantir o ideal de segurança jurídica: a norma geral vincula a decisão de vários casos no sentido de estabelecer uma jurisprudência regular e uniforme.

Para *Hassemer*, no entanto, a idéia de que a atividade jurisprudencial decorreria da norma codificada foi superada. Ela deu lugar ao reconhecimento de que o Juiz cria o direito. Tais mudanças levam-nos à necessidade de compreender com mais precisão qual o significado que o direito codificado possui no processo de decisão judicial. Que a idéia da subsunção ainda existe, não há como negar, mas qual a sua real extensão? O reconhecimento de que a decisão do Juiz não é inteiramente determinada pelo direito codificado não é novo e pode-se comprovar com o fato de que o conteúdo da jurisprudência pode alterar-se profundamente sem que a lei respectivamente aplicável não tenha sido alterada ou renovada.

A questão que se coloca, a partir desse reconhecimento, é a de qual é o exato papel da Lei na decisão jurisprudencial? Não há como negar que o direito codificado ainda mantém um papel dominante face às sentenças judiciais, mas admite-se hoje que as leis nem sempre contêm menções claras de seus propósitos, mantendo uma margem de abertura para que seja completada pelo Juiz. Daí se verifica que o papel da sentença judicial ainda resulta, *a priori*, da letra da Lei. Entretanto, as margens que a própria Lei deixa para sua interpretação abrem um leque de discussões que está longe de ser consensual. Quando a Lei não é suficientemente clara, cabe à sentença completar a lei codificada, imaginando, para tanto, a solução que o legislador teria provavelmente adotado.

A ideologia da subsunção, mesmo que admitidas as suas possíveis gradações decorrentes de eventuais lacunas do direito codificado, mostra-se importante na medida em que proporciona segurança jurídica ao sistema. A possibilidade de controle da atividade judicial com base numa ordem jurídica codificada ilustra as conseqüências diretas do direito codificado, ao assegurar as posições jurídicas dos cidadãos, acerca da elaboração e da motivação da sentença judicial e acerca da organização da

jurisprudência. Dessa forma, a codificação permite uma sistematização do conhecimento jurídico que é extremamente relevante para dotar o sistema de segurança jurídica.

Outra consequência relevante da codificação é a possibilidade de ordenar e apresentar, de forma perceptível, toda matéria jurídica. A ordenação dos problemas jurídicos em tipos legais e a organização destes em partes “gerais” e “especiais” e, por fim, em códigos, foi condição necessária para o surgimento dos comentários e da documentação sobre as decisões. Essa organização e a produção doutrinária que dela se seguiu permitiram uma maior diferenciação do próprio direito codificado. A partir das interpretações das normas legais, especialmente pela atividade jurisprudencial, foi possível a sistematização dos problemas jurídicos existentes, inseridas nas próprias decisões judiciais. Esse movimento de codificação e interpretação jurisprudencial pode revelar-se bastante rico, desde que seja capaz de trazer à tona as diferenças que podem existir dentro do mesmo direito codificado, a partir de interpretações dadas por elementos subjetivos diversos. Nos dizeres de *Hassemer*, “o direito jurisprudencial será tanto mais diferenciado quanto melhor os parceiros de comunicação souberem o que está em causa, quanto mais diferenciações de problemas puderem ser erigidas em objeto da comunicação, quanto mais rápida e facilmente os parceiros puderem aceder às respectivas comunicações”.

Tendo em vista que a subsunção mostra-se fenômeno permeado de possíveis “furos”, vez que a atividade jurisprudencial pauta-se por outras variantes além da mera vinculação à lei, um problema que se coloca é o da legitimação da decisão judicial. A partir do momento em que a Lei passa a ser sinônimo da vontade geral do povo, essa está dotada de uma legitimação intrínseca que não é passível de controvérsias, salvo nas hipóteses de vício formal em sua elaboração. A questão da subsunção mostra-se forte, pois se os princípios de uma decisão de ordem jurídica estão codificados, as exigências de legitimação das decisões jurídicas diminuem, quando essas são tomadas com base em texto legal. Sendo assim, quando a jurisprudência pode se socorrer de normas codificadas, o problema das exigências de legitimação põe-se de modo diferente, já que a norma codificada representa princípios jurídicos consentidos. A questão da legitimação se coloca justamente nos casos em que a norma codificada não pode ser aplicada de forma direta ao caso concreto em análise, seja devido à sua “obsolescência” seja devido à necessidade do Juiz, naquele caso específico, afastar a norma jurídica específica para aplicar princípios jurídicos fundamentais outros na decisão (igualdade, dignidade humana etc. ...). Quando isso ocorre, a jurisprudência afasta-se da legitimação pressuposta que possui ao seguir rigorosamente a ideologia da subsunção e invade uma esfera incerta, já que as bases da decisão deixam de ser tão facilmente identificáveis. Um caminho para a solução desses casos foi a positivação dos princípios jurídicos, que possibilitou a

adoção, pelos juízes, de interpretações mais “livres” na decisão dos casos concretos, pois invocam princípios que, por sua vez, também encontram-se expressos em textos legais.

Essas considerações remetem à análise da liberdade do juiz face à vinculação à lei. A vinculação limita a ação dos juízes em dois sentidos: relativamente às alternativas de decisão e relativamente à escolha dos argumentos que irão fundamentar a decisão escolhida. Essa limitação, como dito anteriormente, mostra-se necessária tendo em vista a necessidade de se dotar o sistema de segurança jurídica (de um lado, sabe-se como o juiz irá decidir, e de outro lado dota-se o sistema de maior eficácia, por se pressupor que a vinculação provoca maior efeito social às normas codificadas).

Para que a subsunção seja verificada, é preciso, em primeiro lugar, que o Juiz admita estar sujeito a regras de decisão preestabelecidas. Trata-se da previsão legal do controle da atividade jurisprudencial. Entendida dessa forma, a vinculação do juiz é um elemento necessário à administração da justiça. Um sistema jurídico codificado reforça a vinculação do juiz à lei e faz desta um elemento da vinculação do juiz. Daí o porquê da vinculação estar prevista na própria lei em diversos Estados. *Hassemer* ressalta, entretanto, que as bases legais que orientam a vinculação do juiz à lei sempre abrem margem a uma outra categoria da justiça moderna, qual seja, a independência do juiz.

Feitas essas considerações iniciais de ordem situacional, que visam tão-somente retratar o problema da subsunção, *Hassemer* passa a criticar o postulado da vinculação do juiz à lei, a partir do diagnóstico de que “parece ser claramente absurdo insistir, contra o reconhecimento do caráter vago e poroso dos conceitos legais ou da pré-compreensão de cada juiz, em que o juiz se tenha de ater estritamente à lei. Ele não pode o fazer”. Essa perplexidade do autor mostra-se pertinente, sobretudo quando analisamos seus fortes argumentos. O primeiro deles é que não há lei que possa determinar a evolução da jurisprudência. Logo que a lei é promulgada, as suas indicações passam a estar à disposição da atividade judicial. Esse é o lado material da independência do Juiz, de modo que podemos concluir que somente a atuação da atuação judicial dispõe sobre o alcance da vinculação do juiz à lei. Dessa forma, o juiz já não é mais a “boca que pronuncia as palavras da lei (Montesquieu); pelo contrário, ele lida com a lei fazendo uso de sua criatividade”.

Dada essa realidade, *Hassemer* apresenta algumas perspectivas para o postulado da vinculação. Não estando, como visto, os elementos vinculativos presos exclusivamente na lei, mas sim localizados na própria atividade jurisprudencial, os juízes estariam dessa forma vinculados aos resultados de suas próprias atividades de decisão. O princípio da legalidade é assim considerado de forma extremamente fluida.

Para *Hassemer*, essa suposição é apoiada pelo reconhecimento de que os sistemas jurídicos sem direito codificado ou com um direito codificado rudimentar também apresentam uma jurisprudência “vinculada” consistente. São cinco as perspectivas apresentadas por *Hassemer* a partir dessa suposição, as quais fazemos um breve resumo:

A primeira perspectiva é a da vinculação através de regras de interpretação. Seria, portanto, uma vinculação jurisprudencial pautada pelos métodos de interpretação existentes (gramatical, sistemática, teleológica, histórica, conforme a Constituição). Um tratamento da lei assim guiado por regras garante que, possivelmente, as hipóteses de escolha do juiz diminuam e que, com isso, seja reforçada sua vinculação à lei. Ressalte-se, entretanto, que os próprios métodos de interpretação precisam ser interpretados. Mesmo quando, na situação de decisão, as indicações dadas pelos métodos de interpretação são claras, o juiz não está, com isso, vinculado a um resultado certo. É que não existe qualquer meta-regra para as regras de interpretação, ou seja, tais métodos são incapazes de, por si só, assegurarem uma severa vinculação do juiz à lei.

A segunda perspectiva é a da vinculação através do direito jurisprudencial, ou seja, o efeito vinculativo produzido pelos “precedentes”. As decisões de casos podem ser legitimadas, assim, pela simples referência a regras jurisprudenciais reconhecidas (ou a doutrina dominante). No entanto, o juiz pode afastar-se da jurisprudência dominante, mas isso lhe causará um esforço argumentativo maior para dotar sua decisão da necessária legitimidade.

A terceira perspectiva é a da vinculação através da dogmática jurídica. Os trabalhos científicos, a produção literária, as doutrinas jurídicas são elementos que, de certa forma, vinculam o juiz ao estabilizarem as possíveis diferenciações que podem ser feitas no ato de decidir. Elas auxiliam na redução das possibilidades, dotando o juiz de um círculo de alternativas legítimas na orientação de suas decisões.

A quarta perspectiva é a da vinculação através de programas informais, ou seja, sistemas de regras não explícitas para a atividade jurisprudencial. O autor chama a atenção para que os conceitos de “direito jurisprudencial” e de “dogmática jurídica” não sejam considerados tão-somente como programas formais que orientam e vinculam a atividade decisória, mas que também sejam vistos sobretudo como programas informais — sistemas de regras não explícitas para a atividade judicial. Incluem-se aí as atividades que fazem parte do processo decisório e influem neste, como as apreciações de provas em todos os tipos de processos ou a fixação da pena no direito penal. Para que o juiz compreenda a prova produzida em sua plenitude, em especial depoimentos pessoais, ou para que o juiz aplique a pena mais “adequada” é necessário que ele converse com “quem sabe”, ou com quem já passou pela mesma experiência, para que estes lhe aconselhem e auxiliem. O Juiz vincula-se assim a uma rede de

relações pessoais que é sempre utilizada no processo decisório. De acordo com *Hassemer*, os programas informais têm grande importância do ponto de vista de uma vinculação do juiz a programas de decisão preestabelecidos, pois consistem em regras que orientam a atividade decisória dos juizes e determinam-na faticamente. Os programas informais além de contribuir no processo decisório, possuem também um considerável sistema de controle sobre os juizes, o que faz com que estes também vinculem suas decisões às orientações oriundas dos programas informais.

A quinta perspectiva apresentada pelo autor, já concluindo suas considerações no referido texto, é a que analisa as questões da vinculação fática e do princípio da vinculação. A partir das diversas “vinculações” apresentadas, coloca-se evidente a questão de saber até que ponto a vinculação do juiz a regras formais e informais de direito jurisprudencial e de dogmática jurídica pode satisfazer as exigências do princípio da vinculação à lei.

A resposta a essa pergunta, para *Hassemer*, parte do esclarecimento de quatro questões centrais. A primeira é a questão de saber qual a amplitude da vinculação da decisão judicial à lei, a partir de uma exigência normativa. Está demonstrado, de um lado, que o juiz deve ater-se à lei para decidir, e de outro lado que essa mesma lei pode não oferecer a solução para o caso em questão ou que, ao oferecer, deixa um espaço de discricionariedade para que o juiz decida. Mostra-se necessário, então, compreender quais os programas que vinculam a atividade do juiz e, ainda, qual o limite da liberdade decisória do juiz face às aberturas oferecidas pela lei. A segunda questão que se coloca é a necessidade de se compreender o postulado da vinculação à lei à luz das diferenciações presentes na jurisprudência e na dogmática jurídica. A teoria hermenêutica do direito, opondo-se ao silogismo judicial, insiste no caráter criativo da interpretação da lei feita pela jurisprudência, ao afirmar não ser o texto legal por si só, mas apenas a lei entendida e concretizada à luz dos fatos, que representa a norma jurídica. O terceiro ponto que deve ser esclarecido é que os objetivos do princípio da vinculação à lei — jurisprudência consistente (regularidade) e segurança jurídica — são alcançáveis por meio de um entendimento da vinculação do juiz na perspectiva do direito jurisprudencial e da dogmática jurídica. Por último, a problemática da vinculação torna-se mais clara se for adotada a distinção entre produção e motivação da sentença judicial, diferenciando os fatores que condicionam o resultado da decisão, das condições que influenciam a exposição e a legitimação desse resultado.

O aspecto da vinculação adquire outra dimensão, especialmente quando analisado à luz das várias perspectivas de vinculação colocadas e com base no diagnóstico preciso feito sobre os fatores diversos que influenciam a decisão judicial. Dessa forma, a vinculação do juiz à lei deve ser entendida sob os aspectos da fundamentação e da determinação do direito que fazem parte do processo decisório, levando-se em conside-

ração as diferenciações possíveis e válidas, tanto para a fundamentação como para a determinação do direito, e perfeitamente cabíveis inclusive em um sistema que busca a segurança jurídica.

5. UMA RELEITURA DO PARADIGMA DA LEGALIDADE NA CIÊNCIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

Analizados de forma particularizada os temas da legalidade, da regulação, da regulamentação e da decisão judicial, resta-nos agora finalizar as considerações aqui entabuladas abordando a questão que atualmente provoca calorosas discussões, qual seja, os limites e condicionantes da regulação, da regulamentação e da decisão judicial à luz do princípio da legalidade.

Conforme visto acima, o Direito necessita atualizar-se a fim de voltar a ser instrumento útil e eficaz para a sociedade. Interessante realçar a obra de *Chevalier*⁽⁵⁸⁾ acerca do atual momento por que passa a ciência jurídica, que ele chamou de “Direito pós-moderno”. A análise realizada mostrou que o Direito moderno funda-se sob o signo da razão, com as características da generalidade, sistematização e estabilidade. A partir da racionalização do Direito, houve a possibilidade de se desenvolver duas outras idéias centrais: a idéia do Estado e a idéia de nação. Também cresceu, nesse movimento, a idéia do individualismo como núcleo de direitos, a noção de que todos os seres humanos nascem iguais e dotados de direitos, e de que o Estado deve preservar as liberdades individuais. A partir do desenvolvimento do Estado Social, o Direito foi perdendo suas características de generalidade e estabilidade, e a Lei foi perdendo essas características junto, tornando-se mais abrangente e multiforme. O princípio da generalidade foi diminuindo na medida em que a lei passou a ser instrumento de governo para ações sociais. Nesse movimento foi-se também a estabilidade da lei, que passou a ser sujeita a pressões políticas. Até a noção do individualismo sofreu temperanças, na medida em que o Estado Social impôs uma lógica na qual o indivíduo deve submeter-se à lei e ao bem comum. *Chevalier* sustenta, assim, que o Estado Providência acarretou em uma “crise do direito” ao minar suas características gerais iniciais, obrigando a sociedade a repensar o Direito à luz da nova realidade.

É nesse contexto, que já foi aprofundado anteriormente, que *Chevalier* sustenta que o Direito Pós-Moderno possui ingredientes de antimodernidade e de pós-modernidade. Os aspectos de antimodernidade apontados são a complexidade e flexibilidade. O Direito moderno, baseado na razão, tinha no Estado o produtor do Direito. Na nova fase ocorre o pluralismo das fontes de produção do Direito (Direito Internacional, Comunitário, Auto-

(58) CHEVALIER, Jacques. Vers un droit posmoderne. In: “Les Transformations de la regulation juridique”, de Jean Clam e Gille Martin. Paris: LGDJ, 1998.

regulação, poder de co-determinação do Poder Judiciário), denotando uma complexidade maior ao Direito. Nesse sentido, *Chevalier* também ressalta o papel do Contrato e a idéia de participação do cidadão na elaboração do Direito. Daí o surgimento das consultas públicas, das enquetes, dos referendos. A flexibilidade também é uma tendência do Direito Pós-Moderno pois este aponta para uma cada vez maior produção de leis-quadro; leis estas que deixam espaços abertos para que o Poder Executivo possa completar (regulamentar) com larga margem discricionária e que possuam abundância em conceitos jurídicos indeterminados (“*droit mou*”). A norma jurídica tende, então, a ser englobada no tema mais largo da regulação, onde são adotados diversos instrumentos normativos além da Lei, que embora não possuam a força da lei, apresentam força jurídica semelhante. São exemplos atuais os Protocolos, Cartas, Recomendações, Resoluções que impõem aos administrados diversas obrigações primárias, embora não sejam Leis.

O Direito Pós-Moderno também tem características de hipermodernidade, na medida em que aponta para o reforço do individualismo e do racionalismo. A razão será mais “prática”, e estará presente no conteúdo e na forma de elaboração do Direito. A hierarquia normativa tende a ser preservada, para manter a coerência sistêmica, com a constitucionalização dos direitos fundamentais e a paulatina harmonização dos novos elementos do Direito, através de inovações normativas ou da própria jurisprudência. As normas baixadas pelos agentes reguladores que não o Poder Legislativo são harmonizadas pelo Poder Judiciário, que as incorpora ao Sistema. A racionalização do processo de elaboração das Leis e das normas em geral caminha para o devido processo legal substantivo, que será objeto de um controle mais rígido por parte da sociedade, que verificará não só os aspectos formais como principalmente o conteúdo material da norma produzida e sua adequação aos ditames da Lei Maior (Constituição) e dos demais princípios e valores que regem a sociedade.

Chevalier destaca, assim, quatro aspectos fundamentais identificados nesse Direito Pós-Moderno: i) a racionalização aparece como exacerbação do Direito racional de outrora, colocando a ciência como um instrumento auxiliar do Direito e desenvolvendo mecanismos de interação entre o Direito e a sociedade cada vez mais dinâmicos e ‘científicos’; ii) panjurisdicionalização do Direito, que passa a atingir todas as relações sociais; iii) necessidade crescente de segurança; iv) preocupação cada vez maior com a proteção dos direitos humanos.

Outra importante referência que nos ajuda a compreender os limites e condicionantes da regulação e da regulamentação à luz do princípio da legalidade é o Direito Posto e o Direito Pressuposto do agora Ministro do Supremo Tribunal Federal *Eros Grau*, quando analisa a função normativa e a função legislativa. Segundo *Eros Grau*, a função legislativa representa parcela da função normativa. A função legislativa seria a de “emanar estatuições primárias, geralmente — mas não necessariamente — com

conteúdo normativo, sob a forma de lei”⁽⁵⁹⁾. Já a função normativa é a “de emanar estatuições primárias, seja em decorrência do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos”⁽⁶⁰⁾. À luz dessa diferenciação, Eros Grau faz uma análise do princípio da legalidade muito particular e que encontra-se em total consonância com os novos horizontes para o qual aponta o Direito. Ensina o ilustre jurista que : “... o Legislativo não titular de monopólio, senão da função função legislativa, parcela da função normativa, e não de toda esta, como a recepção irrefletida da teoria da separação dos poderes à primeira vista indica (...) Há visível distinção entre as seguintes situações: i) vinculação da Administração às definições da lei; ii) vinculação da Administração às definições decorrentes — isto é, fixadas em virtude dela — de lei. No primeiro caso, estamos diante da reserva da lei; no segundo, em face da reserva da norma (norma que pode ser tanto legal quanto regulamentar, ou regimental)”⁽⁶¹⁾. Daí se poder concluir que, à luz desse novo olhar do Direito, a regulação e a regulamentação feitas por órgãos do Poder Executivo serão legítimas e válidas sempre que não houver previsão constitucional de reserva absoluta de lei, ou seja, de vinculação às definições da lei; em outras palavras, sempre que a vinculação for feita para as definições decorrentes da Lei, o poder normativo do órgão regulador (ou regulamentar) será legítimo.

No que diz respeito ao poder regulamentar especificamente, interessante ressaltar a posição de *Coutinho de Abreu*, que entende que os “regulamentos estão subordinados ao ‘bloco de legalidade’, tal como moderadamente ele é entendido. Isto é, os regulamentos não devem desrespeitar as normas e princípios que lhes forem superiores. Não podem, nomeadamente, modificar, suspender, derogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, as normas e princípios de direito internacional vigentes na ordem interna, os atos legislativos e os princípios jurídicos. Há ainda os regulamentos que têm que se subordinar a outros regulamentos. Assim, os regulamentos das autoridades hierarquicamente inferiores não podem contradizer os das autoridades superiores. E os regulamentos das autarquias locais não podem contrariar os emanados das autarquias de grau superior ou das autoridades com poder tutelar. Relativamente ao princípio da reserva de lei, basta reafirmar que os regulamentos externos — com exceção eventual dos autônomos — têm de se fundar em ‘leis ordinárias’, e que os regulamentos internos, embora possam apoiar-se em atos legislativos, não têm necessariamente de neles se fundar⁽⁶²⁾”.

(59) GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1998. p. 179.

(60) Id. *Ibid.*, p. 180.

(61) Id. *Ibid.*, p. 183.

(62) ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Op. cit.*, p. 175.

Importantes limitações à regulação e à regulamentação encontram-se na necessidade dos atos normativos derivados destas atividades observarem o princípio do devido processo legal. Importante contribuição dada pela Teoria da Regulação é a ampliação do devido processo legal, que passou a ser considerado em seus aspectos processuais, formais e, principalmente, substantivo ou material. Significa dizer que a regulação e a regulamentação devem observar os ditames preestabelecidos, em Lei ou em atos normativos dela derivados, que orientam a elaboração dos atos normativos regulatórios, a competência, o procedimento, a forma e inclusive o conteúdo, quando analisa-se se o ato regulatório está de acordo com a Constituição Federal e com os instrumentos normativos de hierarquia superior.

Para concluir, pode-se perceber que o Poder Legislativo ainda tem a faculdade de vincular a Administração, valendo-se do princípio da legalidade e da manutenção da hierarquia normativa como paradigma vigente do Direito. Mas, há que se compreender que, nas sociedades complexas do mundo contemporâneo, existe a possibilidade e, mais ainda, a necessidade do Poder Legislativo, em diversos assuntos, delegar a tarefa normativa para órgãos reguladores ou para o poder regulamentar. A zona da discricionariedade da regulação e da regulamentação a serem exercidas pelo Poder Executivo continua limitada pela Lei, entretanto, esta tem a possibilidade de expressamente tornar essa zona de discricionariedade bastante ampla. A mesma lógica vale para as decisões judiciais, à luz das considerações feitas por *Hassemer*.

As Leis-quadro, ou Leis-medida, encontram-se consolidadas no ordenamento jurídico nacional, cabendo ao operador do Direito compreender as formas possíveis de controle das mesmas, sem contudo manter-se aferrado às velhas concepções do princípio da legalidade, que devem ser temperadas à luz da nova realidade normativa vigente.

6. BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Almedina, 1987.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira, 9. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2001.

_____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Ícone Ed., 1999 (Coleção Elementos do Direito).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988).

CAETANO, Marcello. *Tendências do Direito Administrativo Europeu*. In: *Estudos de direito administrativo*, Lisboa, 1974. In: DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e Políticas de Governo: o caso da saúde pública. Texto apresentado na Oficina: Direito e Políticas Públicas, organizada pela Professora Maria Paula Dallari Bucci no curso de Pós-Graduação da Universidade de Santos. set.2000.

CHEVALIER, Jacques. Vers un droit posmoderne. In: "Les Transformations de la regulation juridique", de Jean Clam e Gille Martin. Paris: LGDJ, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

DEL NERO, Henrique Schutzer. *O sítio da mente, pensamento, emoção e vontade no cérebro humano*. São Paulo, Collegium Cognitio, 1997.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 1983.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

_____. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1998.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997.

_____. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 2. ed. brasileira, São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 2. reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social do Direito*. In: FARIA, José Eduardo (coord.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

MARQUES, Floriano Azevedo. *Princípio da legalidade e regulação*. São Paulo, 2004. Curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MEDINA, Cremilda. *A arte de tecer o presente, narrativa e cotidiano*. São Paulo: Summus Editorial, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

MELLO, C. A. Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Ed. Melhoramentos.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed., Coimbra: Coimbra Ed., t. 1. 1997.

MORIN, Edgar. *Sociologia: A sociologia do microssocial ao macroplanetário*. Portugal: Publicações Europa — América, 1998.

NIKEN, Pedro. *El concepto de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Tomo I.

RESTREPO, Luís Carlos. *O Direito à Ternura*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Análise econômica progressista do direito e o novo direito administrativo*. In: *A regulação econômica e democracia*. 1. ed., São Paulo: Ed. 34, 2004 (Coletânea de Textos traduzidos — Núcleo Direito e Democracia — CEBRAP).

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. Paris: Éditions Sociales, 1955.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Graal, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed., São Paulo: Malheiros Ed., 1997.

STIGLER, George J. *A teoria da regulação econômica*. In: *A regulação econômica e democracia*. 1. ed., São Paulo: Ed. 34, 2004 (Coletânea de Textos traduzidos — Núcleo Direito e Democracia — CEBRAP).

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. 1. ed., Malheiros Ed., 2002.