

**X ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA**

**FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

CRISTINA GARCÍA PASCUAL

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

F488

Filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020
Coordenadores: Cristina García Pascual; José Alcebiades De Oliveira Junior; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis:
CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-020-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado “FILOSOFIA, ARTE, LITERATURA, HERMENÊUTICA JURÍDICA E TEORIAS DO DIREITO I” do X Encontro Internacional do CONPEDI Valência/Espanha promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade de Valência (UV), com enfoque na temática “Crise do Estado Social”, o evento foi realizado entre os dias 04 e 06 de setembro de 2019 na Universitat de València (Facultad de Derecho), no Campus Tarongers, na Av. dels Tarongers, s/n, València, España.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes a filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores brasileiros e espanhóis no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, em especial do Brasil e da Espanha, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo com o título “A análise do lugar da liberdade na igualdade de recursos de Ronald Dworkin”, dos autores Ana Carolina Farias Ribeiro e José Claudio Monteiro de Brito Filho, destaca na obra “A Virtude Soberana” a teoria central para justificar a distribuição de recursos, para que possa ser concretizado o princípio igualitário abstrato e, posteriormente, analisa a relação da igualdade com a liberdade e os eventuais conflitos que ocorrer entre elas.

O segundo artigo “A idade e o tempo de contribuição como existenciais: uma contribuição heideggeriana às regras de transição em matéria previdenciária” da lavra dos autores Nilton Rodrigues da Paixão Júnior e Darleth Lousan Do Nascimento Paixao aponta, com enfoque na idade e no tempo, a contribuição heideggeriana para a análise das regras de transição contidas nas emendas constitucionais relativas às alterações no regime jurídico próprio dos servidores públicos.

“A longa marcha do princípio da legalidade”, terceiro da coletânea, é o trabalho do autor Luciano Medeiros de Andrade Bicalho, colaciona estudo de que desde a antiguidade até os dias de hoje, a ideia de direito tem sido continuamente transformada, como vetor para a redução da arbitrariedade e a garantia da liberdade individual. Aponta, em juízo crítico, que a tendência foi interrompida após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do chamado neoconstitucionalismo.

O quarto texto com o verbete “Breves considerações sobre a judicialização da política e o ativismo judicial” de autoria de Daniela Meca Borges e Luiz Henrique Beltramini debruçam seus estudos sobre a diferenciação entre os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, e concluem que a primeira não representa nenhuma anomalia do sistema, já que se insere dentro da função típica do Judiciário de fiscalizar o cumprimento das normas jurídicas pelos demais poderes; enquanto que o segundo fenômeno se relaciona aos excessos interpretativos, ao subjetivismo das decisões judiciais e à deficiência da fundamentação.

O quinto texto, da lavra da autora Mara Regina De Oliveira, intitulado “Direito e moral na pós-modernidade: diálogos filosóficos com o filme ladrões de bicicletas” analisa, de forma crítica e com base no clássico do neorealismo italiano, a visão racionalista da moralidade moderna, vista como um código moral único, ao qual todos devem obedecer e que legitima as normas jurídicas de forma racional.

No sexto artigo intitulado “Filmes e tiras – da ‘pop culture’ à ‘cop culture’: cultura policial, crime e justiça na série ‘true detective’”, de autoria de Eliezer Gomes Da Silva e Victor Hugo De Araujo Barbosa, fazem importante estudo comparativo à luz da criminologia cultural, a primeira temporada do seriado televisivo “True Detective”, como corpus empírico ficcional para a discussão da “cultura policial” (“cop culture”), na ficção e na realidade, como são constituídas as tensões entre o cumprimento ou descumprimento das leis e de que forma essas tensões funcionam como óbices culturais para a efetiva aplicação do Estado de Direito Democrático e dos Direitos Humanos.

O sétimo texto da coletânea, das autoras Denise Pires Fincato e Jaqueline Mielke Silva, com o verbete “Interpretação sistêmica e a necessária (re)construção do direito do trabalho” discorre sobre as transformações socioculturais dos últimos séculos, tendo por parâmetro a evolução tecnológica no cenário das relações de trabalho, bem como a problemática na transposição da Modernidade para a Pós-Modernidade e a pertinência do arcabouço normativo trabalhista brasileiro (moderno) reformado à realidade do trabalho globalizado, digital e flexisseguro (pós-moderno).

“O humanismo como pressuposto para o direito transnacional” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Maria Cláudia da Silva Antunes De Souza e Josemar Sidinei Soares, aponta importante interlocução das diversidades sociais em um mundo globalizado, como fenômeno que relativiza culturas e instituições, e transforma o mundo em uma rede e, como efeito, há uma grande mudança da dimensão existencial das pessoas e do Direito, que não pode mais ser pensado apenas no âmbito nacional, diante de seus reflexos no país e em todo o mundo.

O nono texto, intitulado “O placebo jurídico da intervenção federal no Rio de Janeiro”, do autor João Hélio Ferreira Pes, aponta a presença de inconstitucionalidade no decreto de intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, eis que configurada norma jurídica de efeito placebo, adotada exclusivamente para agradar setores da sociedade e atender interesses não republicanos.

“Quem faz parte da família dos grandes primatas? Um diálogo entre os discurso jurídico e o discurso artístico”, apresenta-se como décimo texto da coletânea, dos autores Heron José de Santana Gordilho e Andréa Biasin Dias, fazem importante reflexão sobre o quadro-escultura denominado “Voce faz parte” para compará-lo com o discurso jurídico da teoria brasileira do Habeas Corpus para os grandes primatas, apresentando temática inovadora que promove mudanças sociais e o aperfeiçoamento da democracia.

O décimo-primeiro texto da coletânea, da lavra do autor Isaac Ronalitti Sarah da Costa Saraiva, intitulado “Realismo jurídico e ativismo judicial na ADI 5874: o caso da discussão dos limites da discricionariedade do indulto presidencial” questiona, tendo por marco teórico a Teoria Crítica Hermenêutica de Lenio Streck, artifício metodológico embasado na fenomenologia, a influência do Realismo Jurídico e do Ativismo Judicial nas decisões do Ministro Luís Roberto Barroso e seus impactos na democracia.

O décimo-segundo texto da coletânea, intitulado “Reflexões jurídicas em torno da obra espanhola o fotógrafo de Mauthausen” apresenta-se, em interlocução do Direito com o cinema, como temática abordada pelo autor Sergio Leandro Carmo Dobarro, ao comparar questionamentos, reflexões e análises críticas que enriquecem o raciocínio jurídico, possibilitando a divulgação de ideias voltadas para a ampla consciência humanística.

O décimo-terceiro texto intitulado “Sistema tributário à luz do liberalismo rawlsiano”, das autoras Amanda de Souza Gonçalves e Lise Tupiassu, aborda o liberalismo rawlsiano,

defensor de uma sociedade justa, e apresenta a tributação como mecanismo para garantir os direitos fundamentais, com a conclusão de que o sistema adotado nos países nórdicos é um exemplo compatível com o ideal e que se aproxima da concepção de justiça de John Rawls.

“Sobre o conceito ontológico de direito nas dinâmicas existenciais de constituição jurídica: o risco da fragilidade ética entre a facticidade e a normatividade”, de autoria de Luiz Fernando Coelho e Mauricio Martins Reis, como décimo-quarto texto, apresentam estudo, com marco teórico fundamentado no pensamento hermenêutico-existencial em Martin Heidegger, com a premissa de que o fenômeno jurídico se mostra como radicalmente histórico nas suas elaborações cotidianas, por meio de uma teia de argumentos e de onde se concluirá que o Direito consistirá em histórico e transitivo empreendimento prático, cuja realização não se reduz às decisões judiciais ou culmina em discursos de autoridade.

Os autores Sérgio Henriques Zandona Freitas e Letícia da Silva Almeida apresentam importante temática, com estudo na hermenêutica jurídica e com base em teorias do direito, no décimo-quinto e último texto da coletânea, com o artigo intitulado “A proteção da criança e adolescente com transtorno de déficit de atenção: Estatuto da Pessoa com Deficiência e (in)efetividade de referida norma no resguardo de infantes que possuem de TDAH”, ao colacionarem o conceito e a natureza jurídica do Transtorno de Déficit de Atenção com Hiperatividade (TDAH), que acomete crianças e adolescentes em idade escolar, bem como ao analisarem a (in)aplicabilidade e a (in)efetividade do Estatuto da Pessoa com Deficiência no resguardo de infantes que possuem TDAH. O estudo é fundamental na análise da lei de inclusão e seu vínculo aos Direitos Humanos e Fundamentais, ambos consagrados no Estado Democrático de Direito.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teórico-filosóficos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso na sociedade, os Direitos Humanos e Fundamentais. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico brasileiro e internacional.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no Brasil e na Espanha, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea. De fato, a teoria a respeito das formas de solução de conflitos, bem como a aplicação, especialmente

aquela orientada a efetividade dos direitos fundamentais e a materialização da Justiça, fortalece o desenvolvimento e a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre filosofia, arte, literatura, hermenêutica jurídica e teorias do direito, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios nas temáticas para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Universitat de València (UV) por sua Facultad de Derecho e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Valência, setembro de 2019.

Professora Dra. Cristina García Pascual - Facultad de Derecho - Universitat de València

Professor Dr. José Alcebiades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - PPGD Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

A LONGA MARCHA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE THE LONG MARCH OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho ¹

Resumo

O princípio da legalidade é fruto de uma longa marcha rumo à melhoria das instituições jurídicas. Desde a antiguidade até os dias de hoje, a ideia de direito tem sido continuamente transformada, mas essas transformações têm um vetor para a redução da arbitrariedade e a garantia da liberdade individual. Essa tendência, no entanto, foi interrompida após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do chamado neoconstitucionalismo. O presente estudo pretende demonstrar como o conceito de direito se consolidou ao longo dos últimos séculos e que ameaça ele representa em função das críticas que lhe foram feitas nas últimas décadas.

Palavras-chave: Princípio da legalidade, Estado nacional, Estado de direito, Estado democrático de direito, Direitos fundamentais, Neoconstitucionalismo

Abstract/Resumen/Résumé

The principle of legality is the fruit of a long march towards improving legal institutions. From antiquity to the present day, the idea of law has been continuously transformed, but these transformations have a vector for the reduction of arbitrariness and the guarantee of individual freedom. This trend, however, was interrupted after the Second World War, with the advent of so-called neoconstitutionalism. The present study intends to demonstrate how the concept of law has been consolidated over the last centuries and what threat it represents as a result of the criticisms that have been made of it in recent decades.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of legality, National state, Rule of law, Democratic rule of law, Fundamental rights, Neoconstitutionalism

¹ Mestre pela UFMG e Doutorando em Direito pela Universidade de Granada. Professor de Direito Administrativo do IDP. Membro do Conselho Editorial da Revista “Debates em Direito Público”. Advogado da União.

1. INTRODUÇÃO: A LONGA MARCHA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Qualquer decisão da coletividade ou de terceiros sobre a esfera de ação de um indivíduo é, por definição, uma anomalia da natureza das coisas. Retomando-se a lição de Kant (1995, p. 68), todo ser humano é um fim em si mesmo¹. Mais do que um postulado moral, essa afirmação é uma verdade biológica. Nenhum indivíduo é concebido como mero instrumento ou objeto da ação de outro indivíduo da mesma espécie (ainda que, circunstancialmente, possa vir a ser). Do ponto de vista biológico, cada organismo é um fim em si mesmo. Portanto, qualquer filosofia moral que se repute minimamente consequente com a natureza humana, deve partir sempre do pressuposto de que a intervenção alheia na esfera de ação do indivíduo é, por princípio, uma anomalia, um desvio da regra natural.

Quando, entretanto, dois ou mais indivíduos habitam o mesmo espaço ao mesmo tempo, é inevitável o contato entre as suas ações. Este contato pode ser indiferente para os indivíduos envolvidos, quando consideram que os efeitos da ação do outro não afetam as suas próprias ações ou expectativas. Mas, também, pode afetar de forma relevante a esfera de ação mútua. Esta afetação pode se positiva, em razão da compatibilidade e afinidade entre as duas ações, o que resulta em ações colaborativas, ou, pelo contrário, pode ser conflituosa, em razão da incompatibilidade e impossibilidade de coexistência.

Diante desta impossibilidade ontológica de existência de ações contraditórias sobre um mesmo objeto ao mesmo tempo, ao menos uma das duas intenções será frustrada. Desta maneira, quando dois indivíduos pleiteiam a posse sobre o mesmo bem material indivisível, não há qualquer dúvida quanto a impossibilidade de satisfação concomitante das duas pretensões.

Para que se viabilize a permanência e harmonia da vida em sociedade, há, portanto, a necessidade incontornável de se estabelecer um elemento cultural (não natural) de limitação heterônoma da conduta dos seres humanos. Diversos são os meios possíveis: por meio da conciliação, da adjudicação a uma pessoa ou grupo para que decida, por meio de votação, pelo azar, pelo reconhecimento dos costumes vigentes, entre outros.

¹ “Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim.”

As sociedades, a medida em que foram se desenvolvendo e diversificando, optaram (ou foram levadas) por ordenar a convivência por meio do Direito, assim considerados os sistemas coercitivos, permanentes, institucionalizados e socialmente reconhecidos (legitimidade) de normatização social. A parte as infundáveis variações possíveis, para que se possa identificar um sistema como jurídico três elementos são sempre imprescindíveis: a imposição externa de limites à ação humana (heteronormatividade); a adjudicação a uma pessoa, grupo ou instituição do poder para determinar esses limites; e o estabelecimento de mecanismos de garantia do cumprimento dos limites impostos (coação institucionalizada).

A quem é adjudicado o poder de definir as normas válidas e executar as respectivas sanções (negativas ou positivas) é um dos problemas fundamentais do Direito. Ao longo de séculos de discussões teóricas e experiências políticas concretas, consolidou-se de forma mais ou menos pacífica a ideia de que a melhor forma de determinar as normas sociais vigentes seria por meio de normas gerais e abstratas, aplicáveis a todas as situações futuras, fruto da decisão coletiva de um corpo de representantes eleitos pelo voto dos membros da comunidade.

Este corpo de representantes da sociedade, ademais, não poderia executar as próprias normas, como forma de garantir que não houvesse a manipulação das normas em favor do agente executivo do Estado. Por isso, as atividades administrativas de satisfação concreta dos interesses da sociedade, assim como as atividades jurisdicionais de solução de litígios, deveriam ser exercidas por estruturas estatais diversas e independentes da instituição que exerce o poder legislativo, porém, submissas às normas ditadas pelo parlamento.

Nas últimas décadas, contudo, a lei, enquanto fonte do direito, tem sido alvo de inúmeras críticas, e, paulatinamente, tem-se propugnado a substituição da lei parlamentar por princípios gerais de conduta e a atuação mais ativa do intérprete, especialmente do juiz, na definição do conteúdo do direito.

Em resposta, há que se buscar a síntese entre o constante *devir* da realidade e a essência do conceito de legalidade administrativa. Ao contrário do que postularam Marx e Engels, no Manifesto do Partido Comunista (1848), nem tudo que é sólido se desmancha no ar. Entre tantos elementos de movimento, de corrupção, na realidade, há que se extrair o que é essência, para que se possa definir o que uma coisa é, e, a partir daí, o que ela não é. Nos dá o caminho, a Deusa do poema *Da natureza*, de Parmênides: “que (o ser) é e que o não-ser não é; este é o caminho da convicção, pois conduz à verdade.”

Diante da historicidade inerente às obras culturais, a análise do desenvolvimento histórico dos conceitos de lei e legalidade é importante instrumento para se elaborar um conceito atual que seja ao mesmo tempo fiel à essência do conceito e consentâneo com as circunstâncias de nosso momento histórico.

2. O CONCEITO PRIMITIVO DE LEI

A história, nos ensina Emile Durkheim (1996, p. 8), “ao situar cada um deles no conjunto das circunstâncias em que se originou, ela nos proporciona o único meio capaz de determinar as causas que o suscitaram. Toda vez, portanto, que empreendemos explicar uma coisa humana, tomada num momento determinado do tempo - quer se trate de uma crença religiosa, de uma regra moral, de um preceito jurídico, de uma ciência estética, ou de um regime econômico, é preciso começar por remontar a sua forma mais simples e primitiva.”

Dada a diversidade de formas de organização social, é impreciso traçar um conceito de lei comum a todos os povos da Antiguidade. Os estudos historiográficos e antropológicos, contudo, tem apontado que as leis humanas, para os antigos, eram consideradas como manifestações mundanas da ordem divina, uma hierofania (do grego hieros (ἱερός) = sagrado e faneia (φαίνειν) = manifesto) primordial, “la revelación *in illo tempore* de las normas de la existencia, hecha por una divinidad o un ser mítico”, nas palavras de Mircea Eliade (2001, p. 63).

A lei não era propriamente ditada, senão revelada, por meio de rituais, sacerdotes, oráculos, sonhos, profecias, ou, especialmente, por meio dos arquétipos fundados pelas divindades, heróis ou antepassados míticos. Viver em conformidade com os arquétipos equivalia a cumprir a lei (ELÍADE, 2001, p. 63). A transgressão às leis era, assim, considerada como uma ruptura do homem com a natureza e as respectivas sanções como a consequente e inevitável reintegração com a realidade da natureza (PLANAS, 1985, p. 230).

Desta forma, Hayek (1978, p. 139) observa que os grandes legisladores da Antiguidade, “from Ur-Nammu and Hammurabi to Solon, Lykurgus and the authors of the Roman Twelve Tables”, não criavam, mas simplesmente enunciavam qual era e sempre havia sido o Direito.

A ideia de lei dos antigos é perfeitamente representada no monólito onde estão gravadas as leis do Código de Hammurabi, rei da Babilônia, peça integrante do acervo do Museu do Louvre, na França. No cume da pedra, há um desenho, gravado em alto relevo,

mostrando o rei Hammurabi recebendo um pergaminho com as leis diretamente do Deus sol, Shamash. A lei antiga também é representada na tragédia grega *Antígona*, de Sófocles, em que a heroína que dá o nome à obra se recusa a acatar a ordem do rei Creonte de Tebas, por considerá-la contrária às verdadeiras leis, as leis divinas, que “não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram”.

A vinculação do poder político às leis divinas ou naturais, por esta razão, era absoluta, recaindo-lhe a punição divina em caso de descumprimento. Por outro lado, dada a origem divina do poder legitimamente exercido, não se concebe a possibilidade de qualquer lei civil que limite esse poder senão quando essa lei é expressão mesma da lei divina. Até este momento, as considerações sobre os limites da ação executiva do governante não se baseiam na vontade ou consciência da sociedade civil, mas na adequação com os mandamentos da lei eterna, de origem divina. Na *Antígona*, o rei Creonte não desobedeceu a nenhuma lei civil, mas, segundo a cosmologia grega da época, atentou contra as leis divinas, que exigiam determinados rituais fúnebres para que a alma pudesse cruzar o rio que levava ao Hades, a morada dos mortos.

A identificação entre direito e religião era tamanha que era comum que as leis fundamentais dos povos estivessem dispostas em textos religiosos, a exemplo do direito hebraico, substancialmente codificado na Lei de *Thora*, o conjunto dos cinco primeiros livros (pentateuco) do Antigo Testamento. Da mesma forma, estruturavam-se os direitos canônico e muçulmanos (GILISSEN, 1995, p. 66). Essa identificação entre direito e religião permanecerá, de forma mais ou menos absoluta, até meados do século XVI, quando começa a surgir na Europa um forte movimento de laicização do Estado, e, conseqüentemente, do Direito (GILISSEN, 1995, p. 35).

Enquanto permaneceu esta identificação entre a lei humana e a razão divina, qualquer discussão mais aprofundada sobre a forma e limites do exercício de qualquer poder político restou prejudicada, pois, em essência, tudo que era, o era porque tinha que ser. Na mitologia judaico-cristã, quando Moisés questionou a Deus sobre que poder teria para enfrentar ao faraó do Egito e libertar o povo judeu da escravidão, Deus lhe disse que estaria com ele, assim que o poder de Moisés era o próprio poder de Deus. E quando Moisés pergunta quem é Deus (o seu nome), Deus lhe responde: “Eu sou o que sou.” (Antigo Testamento, Êxodo 3:13-15). Ou seja, o poder de Deus é absoluto, primordial. Por isso, qualquer discussão sobre a origem ou limite deste poder é descabida.

3. A FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS: DO DEUS SOBERANO AO HOMEM SOBERANO

A partir de fins do século XV, mas, sobretudo, a partir do século XVI, iniciou-se um movimento de afirmação do poder dos monarcas, quebrando-se o delicado equilíbrio entre a monarquia e as classes feudais, assegurado na Idade Média através do contrato de vassalagem. Os monarcas reivindicam o poder absoluto sobre o território, e, para isso, se utilizam do conceito de soberania, que, em sua origem, como bem apontado por Roberto Bin (2013), “Appartiene più alla teologia che al diritto. Sovranità esprime l’immagine terrena di Dio, è una sintesi di attributi che la teologia attribuisce alla divinità.”. A palavra soberania, que provém do latim *super omnia*, é atributo de Deus, que domina “sobre todas as coisas” (Antigo Testamento, Crônicas 29:11-12).

O monarca deixa de ser “meramente el garante del orden establecido, una especie de *primum inter pares*, que se debatía un tanto espasmódicamente entre anhelos de supremacia y dependencia fáctica de los poderes señoriales y ciudadanos” (MARÍN, 1998), posição que o caracterizou na Idade Média, para reivindicar o domínio sobre todas as coisas (soberania).

A soberania do príncipe se expressava por meio do poder de promulgar leis que vinculam a todos, sem a necessidade de qualquer consentimento, segundo a clássica lição de Bodin (1997, p. 71). Há uma identificação entre soberania e legislação. Segundo Carlos de Cabo Martín: “Es la capacidad de ser legislador la que crea al soberano y la fuerza de la ley la que determina y cualifica como única y exclusiva la fuerza del poder estatal” (2000, p. 16). Ademais, em razão da própria natureza primordial da soberania, que exprime um domínio “sobre todas as coisas”, o poder do soberano não estaria submetido ou condicionado a nenhum outro poder.

A justificativa teórica para este poder é construída a partir de uma determinada interpretação da *lex regia romana*², extraída de alguns trechos do Digesto, de Justiniano,

² A *lex regia romana*, ou, posteriormente, *lex de Imperio Principis*, era a lei pela qual, durante a época do império, se conferia ao imperador o poder soberano. Ernst Kantorowicz, em sua obra “The king’s two bodies: a study of medieval political theology”, adverte, contudo, que a *lex regia* pode ser interpretada como o fundamento do absolutismo real, ou, de forma bastante distinta, como antecedente histórico do conceito de soberania popular, uma vez que “ou do absolutism real “The twofold possibility of interpreting the *lex regia* as the basis of either popular sovereignty or royal absolutism is too well-known as to require consideration here. In Justinian’s Institutes and elsewhere the *lex regia* was quoted in order to substantiate the claim that in addition to the very numerous other ways of legislating also (et!) what please the prince has the power of law. But in Justinian’s lawbooks there was inconsistency and ambiguity insofar as it was not clearly said whether the *lex regia* implied a full and permanent translation of power to the emperor in genere or only a limited and revocable concessio to the individual emperor in persona. It was that ambiguity

entre os quais se destacam: “*Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia, quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*” (Digesto, I, 4, 1) ou “*Princeps legibus solutus est; Augusta autem licet legibus soluta non est, Principes tamen eadem illi privilegia tribuunt, quae ipsi habent*” (Digesto, 1, 3, 31).

O que agrada ao príncipe tem força de lei (“*Quod principi placuit, legis habet vigorem*”). É a vontade soberana e não a razão que fazem a lei. Ou, nas palavras de Hobbes, outro grande teórico do absolutismo monárquico do Estado moderno, “*auctoritas, non veritas facit legem*”.³ Hobbes, assim, rompe com o pensamento jurídico clássico, que, em geral, de Aristóteles⁴ a Cícero⁵ e Santo Agostinho⁶, identificava a lei como fruto da razão (*ordinatio rationis*). Para Hobbes, como bem ressaltou o filósofo francês Luc Foisneau (2001), “l’essence de la loi est définie, non pas en termes de vérité, mais par rapport à l’existence d’une autorité instituée.”

Paralelamente ao incremento da função legislativa, o Estado moderno se caracterizou, ademais, pelo desenvolvimento de uma burocracia administrativa permanente e profissional, de natureza civil e militar, capaz de fazer cumprir a vontade do soberano até no mais distante e diminuto rincão do reino. Estes funcionários, profissionais permanentes remunerados pela Coroa, são a *longa manus* do rei (MARTÍN, 2019, p. 33).

which in the later Middle Ages led, among other solutions, to the construction of a dual sovereignty a maiestas realis of the people and a maiestas personalis of the Prince.” (p. 210)

Eric Voegelin (2012, p. 200) também apontou a encruzilhada a que foram levados os intérpretes do Digesto em razão da dubiedade do texto: “Os juristas de Bolonha que comentaram o Digesto e o Código não poderiam muito mais do que assumir um dos lados no problema apresentado pelo texto. Ao comentar, por exemplo, o Digesto 1.3.32 poderiam afirmar: a) o costume cancela o direito estatutário, enaltecendo o costume popular sobre o estatuto do príncipe, ou: b) o costume não cancela uma constituição imperial porque o imperador é o único legislador. No que diz respeito à *lex regia*, eles poderiam sustentar a opinião de que o poder reside no povo e que tal poder, da mesma maneira que foi concedido pelo povo, poderia ser retirado, ou que a transferência dera irrevogavelmente o poder absoluto ao príncipe. Essas divergências só têm importância à medida que ambos os lados tinham seus defensores e nenhuma posição é visivelmente aquela que favoreceria um princípio de uma soberania popular ou, mais provavelmente, o poder absoluto do príncipe. Assim, o direito romano fornecia argumentos para a soberania popular e, mais obviamente, para o poder absoluto do príncipe, mas a escolha era determinada pelas posições políticas da época.”

Pietro Costa (2010), por sua vez, é mais enfático, e denuncia que a teoria da soberania do Estado Moderno foi construída com o “emprego de uma hermenêutica indiferente ao significado ‘originário’ do texto e empenhada em uma leitura desenfreadamente criativa (em uma espécie de desconstrução *avant lettre*) do texto romano.”

³ Esta expressão, segundo Miguel Carbonell (2002, p. 189), aparece na versão em latim do *Leviatan*, publicada em 1670.

⁴ “A lei é, pois, a razão liberta do desejo” (A Política, livro III, 16, 1287a.)

⁵ Para Cícero, a lei “es la recta razón en el mandar y prohibir” (Las leyes, Livro Primeiro, Capítulo XII)

⁶ “la ley humana es un dictado de la razón, mediante el cual se dirigen los actos humanos” (Suma de Teología, I-II, 97, 1) y “tratándose de cosas humanas, su justicia está en proporción con su conformidad a la norma de la razón” (Suma de Teología, II-II, 95, 2).

São quem, efetivamente, garante a soberania do monarca. Por esta razão, Max Weber (2012, p. 7) os considera “la piedra angular del Estado Moderno”.

Durante as monarquias do Estado moderno, não havia tensão entre lei e administração pública. Ao contrário, era a lei quem dava movimento (os funcionários executavam a lei) e unidade (os funcionários públicos eram hierárquica e rigidamente subordinados ao rei) à vontade do soberano.

4. A LUTA PELA SOBERANIA: GOVERNO *VERSUS* PARLAMENTO

O monarca, entretanto, nunca foi, nem nos momentos de maior poderio, o único detentor de poder político do reino. A formação das monarquias do Estado Moderno se dá em meio à constante disputa política entre o monarca, clero, nobreza e a burguesia em ascensão.

Ao longo da Idade Média, dada a própria fragmentação do poder político característica da época, medidas que afetavam diretamente ou que exigiam a colaboração dos estamentos do reino, a exemplo de organização de campanhas militares, celebração de tratados, matrimônios dinásticos ou a administração da justiça, eram adotadas mediante a convocação pelo rei dos demais estamentos políticos (CERDÁ, 2005). Ainda que as decisões das assembleias medievais não vinculassem ao rei, era comum que as acatasse, pois ordinariamente lhe faltavam os meios (financeiros, militares, etc) para realizar esses empreendimentos sem a colaboração dos estamentos medievais.

A obrigatoriedade de convocação das assembleias se torna uma disputa entre o monarca e os estamentos, que, apoiados no brocardo “*quod omnes tangit ab omnibus comprobetur*”⁷, extraído do *Corpus iuris civilis*, de Justiniano⁸, exigem a convocação obrigatória das assembleias para todos os assuntos que afetem a comunidade política do reino.

Por isso, entre os séculos XII e XIV, observa Bobbio (2015, p. 1.123), por toda a Europa, as assembleias medievais deixam de ser meros conselhos consultivos do rei

⁷ De acordo com o historiador Charles Macilwain (1958, p. 66), a fórmula apareceu pela primeira vez em um documento real na convocação dos estamentos feita em 1295 pelo Rei Eduardo I, da Inglaterra: "Sicut lex justissima, provida circumspectione sacrorum principum stabilita, hortatur et statuit ut quod omnes tangit ab omnibus approbetur, sic et nimis evidenter ut communibus periculis per remedia provisiva communiter obvietur". Apenas três anos depois, o papa Bonifácio VIII edita o *Liber sextus*, um corpo de normas integrantes do *Corpus Iuris Canonici*, que, em sua regra XXIX reconhece a aplicação do preceito ao direito canônico: "Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari".

⁸ CI. 5, 59, 5: "Etenim absurdum esto solvi tutelam nec consentiente, sea forsitam et ignorante eo qui tutor fuerat ordinatus. Tunc etenim sive testamentarii sive per inquisitionem dati sive legitimi sive simpliciter creati sunt necesse est omnes suam auctoritatem praestare ut quod omnes similiter tangit ab omnibus comprobetur. Quae omnia simil modo et in curatoribus observari oportet"

(*Magnum Consilium*) e se tornam cada vez mais órgãos de controle e freio do poder real (*Parlamentum*). Todavia, ainda se distanciam fundamentalmente da ideia liberal de parlamento, pois essas assembleias eram, em sua maioria, órgãos consultivos do rei, judiciais, ou, até mesmo, como no caso dos Estados Gerais da França, assembleias de contribuintes (SARTORI, 1992, p. 186).

A consolidação dos Estados Nacionais modernos é garantida por um aparato administrativo, civil e militar, que garante a imposição da vontade do soberano sobre a população. Essa burocracia se espalha sobre as mais diversas funções, de cobrança de tributos a segurança pública, aplicação da justiça, escrituração (registros públicos) ou diplomacia. À medida que essa burocracia se expande e se profissionaliza, passa a constituir um corpo distinto do rei, ainda que direta e hierarquicamente subordinado. Por outro lado, o sistema jurídico se desenvolve de tal forma que a vontade do soberano se institucionaliza nas leis e procedimentos, o que lhe garante seja perpetuada no tempo.

Ao contrário da história constitucional inglesa, que opôs ao absolutismo do rei uma fórmula que garantia as liberdades fundamentais dos cidadãos contra qualquer intervenção do monarca, na Europa continental, em especial naqueles países que adotaram o modelo da Revolução Francesa, ao poder absoluto do rei se opunha o poder absoluto do Parlamento. (ZAGREBELSKY, 2011, p. 25)

O resultado desta contenda irá definir a conformação básica do princípio da legalidade administrativa nos países de tradição jurídica romano-germânica. Onde houve a vitória total da representação parlamentar, a Exemplo da França de fins do século XVIII, o Parlamento se torna o titular da soberania, o que lhe garante a supremacia perante os demais poderes do Estado, que se transformam em meros agentes executivos do único poder representativo da soberania, o Parlamento, conforme disposto no art. 6º da Constituição francesa de 1791: “Le Pouvoir exécutif ne peut faire aucune loi, même provisoire, mais seulement des proclamations conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution.”

Ademais, uma vez que a soberania se caracteriza essencialmente pelo poder de legislar, impondo a sua vontade unilateral e coercitivamente à toda coletividade, a lei emanada do Parlamento se transforma na única fonte legitimada para expressar o poder de império do Estado sobre a coletividade, isto é, a única fonte jurídica legítima para criar direitos e impor obrigações. Esta reserva geral de lei foi expressamente consagrada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “La loi n'a le droit de défendre

que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.”

A disputa entre parlamento e governo, contudo, nem sempre foi decidida em favor do parlamento. No Estado alemão do Segundo Reich, a aristocracia tradicional rural, os *junkers*, controlava o Grande Estado Maior (o próprio *canciller* Otto von Bismarck era um *junker*), e, por isso, impediu que o governo se submetesse aos demais estamentos sociais por meio do parlamento (RÉMOND, 1974, p. 42). Entretanto, a aristocracia também não tinha força suficiente para se impor absolutamente perante os demais estamentos sociais, em especial perante a burguesia em ascensão. A solução foi o reconhecimento do poder originário do monarca sob o princípio monárquico, mas com o compromisso de respeito às liberdades públicas fundamentais reivindicadas pela burguesia liberal do século XIX (liberdade de religião, movimento, expressão de pensamento, reunião, entre outras). O governo manteve o seu poder originário, cujo titular era o monarca, porém, qualquer intervenção na liberdade e propriedade dos indivíduos só seria admitida por meio de lei ditada pelo parlamento, órgão de representação dos demais estamentos sociais.

Desta forma, na Alemanha de meados do século XIX, o parlamento é reconhecido como órgão primário do Estado, porém com poderes circunscritos aos temas afetos às liberdades públicas fundamentais. O monarca permanece como órgão supremo do Estado, e, por isso, lhe correspondem todos os poderes, a exceção daqueles temas de competência do parlamento (JESCH, 1978, p. 110).

Nesse modelo⁹, o governo é a esfera da política, onde impera a discricionariedade dos *assuntos de Estado*, não sindicáveis devido a sua própria natureza de atos de expressão da soberania. O parlamento, por sua vez, é o espaço juridicamente protegido da sociedade, onde qualquer intervenção há de ser submetida à prévia aprovação dos destinatários, por meio de seus representantes eleitos. Nas palavras de Dietrich Jesch (1978, p. 113): “Allí donde acaba el dominio del pueblo sobre la legislación, persistía, sin embargo, el derecho ilimitado del Ejecutivo monárquico. Sólo el terreno conquistado por la sociedad estaba iluminado por el Derecho; por lo demás,

⁹ Esse modelo foi erigido pelas monarquias que se restauraram após a derrota de Napoleão Bonaparte, segundo a regra estabelecida na Ata Final do Congresso de Viena (1820), que dispunha que “todo o poder do Estado deve permanecer unido no Chefe de Estado”, mas “vinculado à participação dos estamentos no exercício de determinados direitos em virtude de uma Constituição estatal”. Havia, portanto, um poder político, não jurídico, exercido pelo rei, juridicamente limitado pela necessidade de aprovação dos estamentos em relação aos atos que afetavam a liberdade e a propriedade dos súditos.

imperaba el “no-Derecho” del absolutismo.” É sobre essa dicotomia fundamental que se erguem diversas dicotomias, tais como lei formal *versus* lei material; atos de sujeição geral *versus* atos de sujeição especial; atos de gestão *versus* atos de império; atos sindicáveis *versus* atos *interna corporis*; atos de mera administração *versus* atos de disposição; atos políticos *versus* atos administrativos; entre outras que irão influenciar o pensamento da ciência do Direito Administrativo.

5. O ESTADO DE DIREITO: O CONTROLE DO PODER

Conforme exposto anteriormente, a construção dos Estados nacionais modernos, em sua origem, se confunde com a luta pela soberania, assim considerado o poder político primordial, “sobre todas as coisas”, o poder, não condicionado ou submetido a outro poder, de impor normas (legislar) sobre a conduta de cada um. *Rex facit legem*. Por esta razão, como bem ressaltado por Balaguer Callejón (2014, p. 17), durante o período do Estado liberal, mesmo naqueles países onde prevaleceu a soberania popular, a lei, como expressão desta soberania, não estava submetida a qualquer controle jurídico, restando à margem do direito todo o processo de produção legislativa. É que, na tradição europeia continental, não houve de fato o intento de extinguir o poder absoluto, mas substituir o poder absoluto do rei por outro poder absoluto, o do parlamento (ZAGREBELSKY, 2011, p. 25).

Seja na formulação alemã, que garantia ao governo espaços de atuação isentos de qualquer interferência dos demais poderes do Estado, seja no modelo francês, em que a vontade da coletividade expressada por meio das decisões do parlamento se impunha sem limites, a experiência dos sistemas políticos liberais implantados nos séculos XVIII e XIX demonstrou a incapacidade destes sistemas em garantir sequer os valores liberais mais básicos de segurança, liberdade e dignidade humanas.

Em razão dessa fragilidade, ainda no século XIX, recobra-se a ideia de império da lei¹⁰, submissão total do poder político à lei, eliminando-se qualquer margem de

¹⁰ Bobbio (1986, p. 123) lembra que a ideia de que o governo das leis é superior ao governo dos homens percorreu toda a história do pensamento político. De fato, em análise à história da filosofia política, inúmeros foram aqueles que defenderam a superioridade do governo das leis diante do governo dos homens. Na Grécia antiga, Aristóteles questiona: “¿es más útil ser gobernados por el mejor de los hombres o por las mejores leyes?” E nos dá a resposta categórica: “Aquellos que sostienen el poder real afirman que las leyes pueden dar sólo prescripciones generales, pero no prevén los casos que se presentan sucesivamente, por lo que, en cualquier arte, sería ingenuo guiarse según normas escritas (...) Sin embargo, también a los gobernantes les es necesaria la ley que da prescripciones universales, porque es mejor el elemento al que no es posible quedar sometido por las pasiones, que aquel para el que las pasiones son connaturales. Ahora bien, la ley no tiene pasiones, que, por el contrario, se encuentran necesariamente en toda alma humana.” (Política, livro III, 15-16)

arbitrariedade (espaço político não sujeito ao controle do Direito) no âmbito da atuação estatal. Propugna-se uma inversão do chamado Estado de Polícia (*Polizeistaat*), Estado no qual a o poder é o fundamento de validade da lei (*rex facit legem*), para o Estado de Direito (*Rechtsstaat*), onde a lei é o fundamento de validade do poder (*lex facit regem*).

É especialmente na Alemanha que floresce o conceito de Estado de Direito, utilizado pela primeira vez em 1832, na obra do jurista alemão Robert von Mohl “Die Polizeiwissenschaft Nach den Grundsätzen de Rechtsstaates”¹¹, e, posteriormente desenvolvido por diversos outros autores alemães, a exemplo de Friedrich Julius Stahl, Lorenz von Stein, Rudolf Gneist e Otto Mayer.

O Estado de Direito é defendido por estes autores sob justificativas e matizes diversas. Entretanto, como bem observado por Zagrebelsky (2011, p. 21), o Estado de Direito indica um valor e uma forma de organização do Estado: “El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machstaat y del Polizeistaat: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.”

Segundo Stahl (*apud* GARCÍA, 1983, p. 133): “el Estado debe ser un Estado de derecho; ésta es la consigna y también, en realidad, la tendencia de los tiempos modernos. El debe establecer y asegurar jurídicamente, con toda precisión, las vías y los límites de su actividad así como la esfera de libertad de sus ciudadanos y no debe realizar las ideas morales directamente más allá de lo que pertenece a la esfera del derecho, es decir, no más allá de los límites más imprescindibles. Este es el concepto de *Rechtsstaat*: no que mantenga el ordenamiento jurídico sin fines administrativos o que proteja meramente los derechos individuales; significa no el fin y el contenido del Estado sino sólo el modo y manera de desarrollarlo.”

Alguns autores, a exemplo de Elías Días (1963, p. 23), reconhecem o Estado francês instaurado após a revolução de 1789 como o primeiro Estado de Direito a surgir. Contudo, a ausência de controle sobre o poder político soberano, exercido por meio da

Este conceito está presente ainda na origem da fundação dos Estados Unidos da América, segundo reconhecido na Constituição de Massachussets de 1780:

“Art. XXX. In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men.”

¹¹ Neste sentido, vide DERMIZAKY PEREDO, Pablo. **Estado de derecho y buen gobierno**. Ius et Praxis, 2000, vol. 6, no 2; ZOLO, Danilo. The rule of law: A critical reappraisal. *In The Rule of Law History, Theory and Criticism*. Springer, Dordrecht, 2007. p. 3-71.

lei, acarretava na negação de qualquer eficácia jurídica aos valores político-sociais reconhecidos na Constituição francesa de 1791, assim como nas demais constituições dos séculos XVIII e XIX. Ao passo que a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 dizia que "Uma Sociedade em que a garantia dos Direitos não é estabelecida (...) carece de uma Constituição", a concepção de soberania da época impedia que se impusesse algum limite ao poder do Parlamento, que poderia editar leis concedendo maior, menor ou nenhuma eficácia a qualquer direito reconhecido na Constituição. Desta forma, até os direitos e garantias fundamentais reconhecidos na Constituição ficavam à inteira disposição do Poder Legislativo (BARTOLOMÉ CLAVERO, 1993, p. 19). Em realidade, para que surgisse um Estado que atendesse adequadamente às exigências de controle do poder político ainda era necessário um passo adiante: o reconhecimento de força normativa à Constituição.

6. O PODER EMANA DO POVO: A DEMOCRACIA

Ao longo da história humana, ordinariamente considerou-se natural e justificado o exercício de poder de uma pessoa sobre outras. As mitologias e filosofias dos povos antigos nunca se pautaram na igualdade entre os indivíduos. Ao contrário, baseavam-se em uma cosmologia absolutamente hierarquizada e desigual. Assim, Aristóteles defendia como natural e justa a desigualdade da sociedade grega:

La naturaleza, teniendo en cuenta la necesidad de la conservación, ha creado a unos seres para mandar y a otros para obedecer. Ha querido que el ser dotado de razón y de previsión mande como dueño, así como también que el ser capaz por sus facultades corporales de ejecutar las órdenes, obedezca como esclavo, y de esta suerte el interés del señor y el del esclavo se confunden. (A Política, libro I, 1252a)

De acordo com a classificação traçada por Max Weber (1996, p. 172), a legitimidade do poder político se fundamenta no carisma do governante, na tradição ou na legalidade. Ao longo da história da humanidade, prevaleceu a dominação tradicional, baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde tempos imemoriais. Em geral, a cosmologia das sociedades antigas não vislumbrava a liberdade para que o indivíduo construísse, pelo livre arbítrio, a sua própria realidade. As coisas eram porque sempre foram e sempre foram porque assim que deveriam ser, conforme lição do rei Salomão: "O que foi, isso é o que há de ser; e o que se fez, isso se fará; de modo que nada há de novo debaixo do sol." (Antigo Testamento, Eclesiastes, 1:9).

A emancipação do ser humano se dá com a Revolução Francesa, que significou efetivamente a ruptura¹² de um mundo ordenado pela tradição para um mundo construído pela vontade do homem livre para decidir seu destino através da razão. Segundo a teoria de Rousseau (2012), que inspira os revolucionários, o corpo social soberano estabelece regras sobre si mesmo (autodeterminação), universais a partir da razão que as concebe e do objeto sobre o qual caem. Entretanto, uma vez que o povo soberano não pode reunir-se a qualquer momento que as circunstâncias o exijam para deliberar sobre assuntos de interesse coletivo, a vontade geral é expressada através de um corpo de representantes eleitos, o parlamento.¹³

Os revolucionários franceses, portanto, estabelecem os fundamentos da democracia moderna, filosoficamente baseada no humanismo que reconhece cada ser humano como um ser racional dotado de uma natural liberdade para determinar os seus caminhos, de forma que apenas por meio do comum acordo entre todos os indivíduos é possível a intervenção na liberdade natural de cada um. Uma vez que não é possível a deliberação direta sobre todos os assuntos, a soberania individual é representada por um corpo de representantes escolhidos pelos indivíduos representados.¹⁴

A ideia da lei como expressão da vontade geral, formulada por Rousseau e positivada no art. 6º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, resulta,

¹² Para Hanna Arendt, o próprio conceito de revolução é drasticamente alterado pela Revolução Francesa. Identificado até então com o movimento giratório dos astros, que eternamente retornam ao mesmo ponto de órbita, o termo foi utilizado pela primeira vez com o sentido de ruptura pelo duque de La Rochefoucauld: “La fecha fue la noche del catorce de julio de 1789, en París, cuando Luis XVI se enteró por el duque de La Rochefoucauld- Liancourt de la toma de la Bastilla, la liberación de algunos presos y la defección de las tropas reales ante un ataque del pueblo. El famoso diálogo que se produjo entre el rey y su mensajero es muy breve y revelador. Según se dice, el rey exclamó: “C’est une révolte”, a lo que Liancourt respondió: “Non, Sire, c’est une révolution”.” (1988, p. 49)

¹³ “Como en un Estado libre todo hombre debe estar gobernado por sí mismo, sería necesario que el pueblo en masa tuviera el poder legislativo: pero siendo esto imposible en los grandes Estados y teniendo muchos inconvenientes en los pequeños, es menester que el pueblo haga por sus representantes lo que no puede hacer por sí mismo.” (MONTESQUIEU, 1977, p 105).

¹⁴ A filosofia política dos revolucionários franceses está fielmente retratada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

“Art.1.º Os Homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum;

(...)

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei;

(...)

Art. 6.º A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos;”

segundo García de Enterría (p. 32) em dois princípios fundamentais, quais sejam, na igualdade de todos perante a lei e no direito de todos a concorrer, pessoalmente ou por meio de representantes eleitos, na formação da lei.

7. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: FIM DO *LEGIBUS SOLUTUS*

A concepção de soberania do liberalismo do século XIX não admitia a imposição de limites ao legislador, que era, por definição, *legibus solutus*. A promulgação ou outorga de uma Constituição, por isso, não exauria ou sequer diminuía o poder do legislador, ainda quando submetido à observância de regras de competência e procedimentos formais para exercício de seu poder, pois, em razão da natureza do poder soberano não era admissível qualquer limitação ao conteúdo da lei.

As Constituições liberais promulgadas ou outorgadas no século XIX não tinha força normativa, ou seja, não regulavam diretamente as relações jurídicas. Sua função era essencialmente política, “de articulación de los órganos superiores del Estado” e “organización de los modos de producción del Derecho” (LLORENTE, 1983, p. 425). Por esta razão, os valores fundamentais reconhecidos no acordo fundante da comunidade política, isto é, na Constituição, permaneciam à livre disposição da maioria política de momento, que poderia editar normas restringindo o alcance ou até mesmo negando as normas constitucionais.

Essa disfuncionalidade do sistema somente será reparada no início do século XX, quando a Constituição receberá proteção especial, a partir do reconhecimento de sua suprallegalidade formal e da construção do sistema de garantia dessa suprallegalidade por meio do controle de constitucionalidade das leis, idealizado por Kelsen e implementado pela primeira vez na Constituição alemã de Weimar de 1919 e na Constituição austríaca de 1920.

A consideração da Constituição como norma jurídica afeta o aspecto formal da lei, transferida para um plano hierarquicamente secundário, e material, ao condicionar o próprio conteúdo da lei, que deverá “ajustarse a los fines, principios y hasta contenidos concretos establecidos por la Constitución” (DE CABO MARTÍN, 2000, p. 80). É o fim do *legibus solutus*.

A vontade da maioria já não é soberana, mas está sujeita ao pacto fundamental contido na Constituição, pacto em que estão consagrados e juridicamente garantidos determinados direitos inderrogáveis pela vontade da maioria política. A própria ideia de

soberania sofreu uma enorme reviravolta quando o seu esgotamento foi determinado na Constituição, ou seja, o Poder Legislativo já não é soberano, mas sim poder constituído, e que, portanto, é limitado pelo pacto fundamental expresso na Constituição.

8. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: O PROBLEMA DO CONTEÚDO DO DIREITO

Nesta longa marcha, a lei passou por severas transformações, que, entretanto, não afetavam o seu conteúdo, mas a forma, força, procedimento de elaboração, e outros aspectos formais. O conteúdo da lei restava, assim, em aberto. O *Rechtsstaat*, a que se referem os autores alemães do século XIX, era uma tentativa de controle sobre o poder político que, em geral, não dizia respeito ao conteúdo das normas¹⁵, mas às formas e procedimentos segundo os quais as ações do Estado podiam ser legitimamente adotadas. Por isso, uma vez respeitados os trâmites previstos, qualquer norma era considerada válida, independente de seu conteúdo. Igualmente, a democracia liberal também se preocupava mais com aspectos formais da igualdade perante a lei e da participação de todos na formação da lei, sem estabelecer qualquer definição sobre o seu conteúdo.

A concepção de um Estado de Direito em termos puramente formais, centrado na regulação dos órgãos competentes e dos procedimentos legais devidos foi duramente criticada após o fim da Segunda Guerra Mundial, especialmente em razão das violações aos valores éticos mais básicos perpetradas pelos Nazistas.

Durante os julgamentos do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, os militares nazistas levados a julgamento pelos crimes de genocídio recorrentemente alegavam em defesa que apenas cumpriam a lei (“Gesetz ist gesetz”).

Ficou evidente que o formalismo que caracterizou as construções teóricas dos séculos XVIII e XIX não era suficiente para garantir a justiça. Por esta razão, as Constituições do século XX reconhecem a todos os indivíduos um extenso rol de direitos fundamentais, invioláveis, inalienáveis, imprescritíveis e irrenunciáveis.

A ideia de direitos universais, próprios da condição humana, não é novidade, tendo sido desenvolvida na Antiguidade pelos Estoicos, pela filosofia cristã de São Tomás de Aquino, ou, mais recentemente, pelo racionalismo jusnaturalista de Grocius e

¹⁵ Em que pese alguns autores da época, a exemplo de Robert von Mohl, manifestarem em suas obras preocupação com o problema da promoção do bem estar da população, adiantando, assim, a discussão que culminaria no Estado Social, somente após a segunda guerra mundial é que o tema se tornou central no direito alemão, especialmente depois da consagração do Estado de Direito Social (*sozialer Rechtsstaat*) pela Lei Fundamental de Bonn, Constituição da Alemanha Ocidental promulgada em 1949.

Pufendorf (LUÑO, 2013, p. 31). A novidade é que, a partir de agora, a esses direitos será consagrada uma posição privilegiada no ordenamento jurídico, que lhe garantirá uma proteção e rigidez superior às demais normas.

9. A LUTA PELA LEI: O ETERNO RETORNO?

A ideia tipicamente positivista de que a aplicação do método adequado asseguraria, *de per se*, a racionalidade de qualquer processo, incluindo o processo legislativo, mostrou-se absolutamente equivocada, pois foi incapaz de evitar as atrocidades cometidas pelos regimes ditatoriais do século XX.

Por esta razão, a partir do final da Segunda Guerra Mundial inicia-se um movimento de positivação constitucional de princípios e valores, considerados essenciais para a preservação da dignidade humana. Paralelamente, desenvolvem-se as mais diversas teorias que reivindicam maior protagonismo ao intérprete do direito, especialmente o juiz, sob a justificativa de que a estrutura rígida e abstrata da lei é inadequada para regular as relações humanas.

Por consequência, expande-se a ideia de que a Constituição possui em seu texto a solução para todos os problemas jurídicos que se apresentam, o que acaba por reduzir consideravelmente o âmbito de decisão dos particulares e órgãos constituídos do Estado. Esta atitude tem levado ao que Carlos de Cabo Martín (2000, p. 13) chama de “hiperconstitucionalização”, isto é, a crença de que “en la Constitución debe buscarse la solución de todos los problemas como de que la Constitución extiende su aplicación directa a todos los ámbitos”, o que “conduce a estimar que todo está ya decidido, que hubo un momento en el que se decidió definitivamente el futuro, que, en consecuencia, la capacidad de decisión está “congelada” y, por tanto, se excluyen o reducen considerablemente las posibilidades del principio democrático y de una ciudadanía activa, con lo que se termina coincidiendo con posiciones antidemocráticas”.

As conquistas do Estado de Direito, contudo, não devem ser abandonadas em prol do atingimento de valores superiores. O Estado de Direito se impôs não pelos valores morais que representava, mas justamente por instituir mecanismos de garantia da liberdade. Não se deve esquecer que o Estado de Direito é fruto de milênios de elaboração sobre a melhor forma de se regular as relações sociais.

Não se pode esquecer que a ação humana não está determinada pelas leis da necessidade. O homem age livremente, segundo o fim que ele mesmo deliberou atingir. Não há, portanto, como demonstrar nem verificar a racionalidade de uma determinada

conduta, pois que só é verificável e demonstrável aquilo que é necessário e uma determinada conduta nunca se apresenta como necessária. Ela é, bem antes, fruto da decisão do homem. Desta forma, “Todo sistema de justiça constitui apenas o desenvolvimento de um ou de vários valores, cujo caráter arbitrário é vinculado à própria natureza deles.” (PERELMAN, 1999, p. 59)

Ainda que se chegasse a um consenso sobre estes valores fundamentais, dada a sua pouca concretude, a aplicação destes valores nas situações concretas permaneceria absolutamente imune a qualquer demonstração de sua correção ou inadequação. É o retorno ao arbítrio contra o qual a humanidade dedicou séculos de lutas.

A positivação de qualquer norma jurídica tem, por definição, a finalidade de regular uma dada situação fática, aumentando, assim, o grau de certeza da ordem jurídica vigente. A positivação desmesurada de princípios e normas constitucionais de natureza valorativa tem gerado, contudo, o efeito inverso, deixando ao intérprete um arsenal de princípios vagos e contraditórios, os quais pode usar da forma que melhor lhe aprouver. Tem razão Miguel Carbonell (2003, p. 134) quando diz que “(...) tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para la solución contraria.”

A Constituição não deve ser a fonte na qual se busca a solução de todos os problemas jurídicos, nem tampouco deve esgotar o campo de regulação social, impedindo opções futuras para o legislador. Por definição, uma constituição deve limitar-se à organização do Estado e aos direitos e garantias fundamentais. Embora seja cada vez mais comum a promulgação de Constituições que vão além (e muito além) desses limites (a Constituição brasileira, por exemplo), a Constituição sempre estabelece uma definição muito básica e limitada de todas as questões sociais.

A tentativa de encontrar na Constituição a regulamentação de todas as matérias sem margens ou com margens cada vez mais reduzidas para o legislador é um equívoco, pois a “Constitución es un momento del pacto social, pero un momento muy limitado, y el pacto social sólo puede ser una realidad actuante en la medida en que se actualiza mediante la legislación” (HIERRO, 1996, p. 306).

Paradoxalmente, no momento em que mais se necessita de uma atuação dinâmica dos mecanismos de regulação das relações sociais, transfere-se justo ao elemento de caráter mais estático (a Constituição) a função imediata de regulação. Isso não somente é indesejado, como é impossível, uma vez que à Constituição compete

estabelecer o arranjo básico dessas relações e não ser a fonte direta de regulamentação de todas elas. Diante da insuficiência da Constituição, ou se adota uma postura mais realista e se concede à legislação ordinária a primazia do processo de regulação, ou, se adota uma concepção holística, totalitária da Constituição que, para funcionar, necessita da utilização desmesurada e forçada dos princípios constitucionais, concedendo-lhes funções e conteúdo que não se coadunam com os preceitos básicos de segurança jurídica requeridos por um Estado de Direito.

10. BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN, Ángel Manuel. **Notas sobre la evolución histórica del parlamento y de la representación política**. Revista de estudios políticos, 1996, no 92, p. 163-175.

ARENDDT, Hannah. **Sobre la revolución**. Madrid: Alianza, 1988.

BIN, Roberto et al. **La sovranità nazionale e la sua erosione**. A. Pugiotto (a cura di), Per una consapevole, 2013.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Diccionario de política**. Siglo XXI, 1991.

_____. **El Futuro de la Democracia**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1986.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la República**. Madrid: Tecnos, 1997.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico**. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., 2014.

CARBONELL, Miguell. **Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina**. México: Siglo XXI, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CERDÁ, José Manuel. **Laws for the governance of subject and peaceful peoples: Justice and legislation at Spanish courts and English councils (1154-1188)**. E-Legal History Review, 2005, no 1.

CICERÓN, Marco Tulio. **Las leyes**. Revista de Occidente, 1956.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, p. 81-82, 2010.

DE CABO MARTÍN, Carlos. **Sobre el concepto de ley**. Trotta, 2000.

DE SECONDAT MONTESQUIEU, Charles Louis. **Del espíritu de las leyes**. México D.F.: Porrúa S.A, 1977.

DE VAUX, Roland. **Instituições de Israel no Antigo Testamento**. São Paulo: Paulus, 2003, p. 176-198.

DÍAZ, Elías. **Teoría general del Estado de Derecho**. Revista de Estudios políticos, 1963, n° 131.

DURKHEIM, Émile. **A Formas Elementares da Vida Religiosa**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

ELÍADE, Mircea. **El mito del eterno retorno**. Buenos Aires: Emecé, 2001.

FOISNEAU, Luc. “**Hobbes et l’autorité de la loi**”, Villejuif, CNRS-CHPM, 14 décembre 2001, Colóquio “Hobbes et la question de l’autorité dans le Leviathan”.

GARCÍA, Joaquín Abellán. **Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Mohl**. Revista de estudios políticos, 1983, n° 33, p. 123-146.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995.

HAYEK, Friedrich August. **Law, legislation and liberty**. volume 1: Rules and order. University of Chicago Press, 1978.

HIERRO, Liborio. **El imperio de la ley y la crisis de la ley**. 1996.

PESCADOR, Liborio Luis Hierro Sánchez. **El imperio de la ley y la crisis de la ley**. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1996, no 19, p. 287-308.

JESCH, Dietrich. **Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad**. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1978.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

KANTOROWICZ, Ernst. **The king's two bodies: a study in medieval political theology**. Princeton University Press, 2016.

LUÑO, Antonio E. Pérez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 2013.

MARTÍN, Antonio Pérez. **Estudios sobre monarquía y nobleza en la edad media**. Madrid: Sans y Torres, 2019.

MCILWAIN, Charles Howard. **The American Revolution: A Constitutional Interpretation**. Cornell University Press, 1958.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1996

PLANAS, Javier Alvarado. **El pensamiento jurídico primitivo**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1985.

RÉMOND, René. **O século XIX: 1815-1914**. São Paulo: Cultrix, 1974.

SARTORI, Giovanni. **Elementos de teoría política**. Madrid: Editorial Alianza, 1992.

SÓFOCLES. **Antígona**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

VOEGELIN, Eric. **Idade Média até Tomás de Aquino: história das ideias políticas. Vol. II.** São Paulo: É Realizações, 2012.

WEBER, Max. **Economía y sociedad.** Vol. I. Fondo de cultura económica, 2014.

_____. **Economia e sociedade,** vol. II. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2004.

_____. **La ética protestante y el espíritu del capitalismo.** Fondo de cultura económica, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Trotta, 2011.