

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

GILMAR ANTONIO BEDIN

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Gilmar Antonio Bedin, João Paulo Allain Teixeira – Florianópolis:
CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-072-5

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria do direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DO DIREITO

Apresentação

APRESENTAÇÃO

A chamada Teoria do Direito alcançou, no decorrer do século 20, uma sofisticada elaboração teórica e um grau de maturidade diferenciado. Este processo teve, com a publicação da segunda edição da obra Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, em 1960, um momento marcante de sua configuração e um instante singular de afirmação do projeto epistemológico maduro de um dos seus principais modelos teóricos: o chamado positivismo jurídico.

Neste sentido, a publicação da obra Teoria Pura do direito foi, como afirma Tércio Sampaio de Ferraz Júnior, um verdadeiro divisor de águas da teoria jurídica no século 20: há um antes e depois da obra da Teoria Pura do Direito. Esta relevância histórica da referida obra de Kelsen justifica-se pela consistência teórica dos argumentos apresentados e ao fato do livro em questão ser uma das primeiras grandes sistematizações científicas do conhecimento jurídico.

Além disso, é importante lembrar que a publicação da obra Teoria Pura do Direito foi o texto que, em certo sentido, fundou a chamada Escola de Viena e deu um estatuto científico à chamada Ciência do Direito. Neste sentido, a sua preocupação central sempre foi formular uma proposta de ciência jurídica em sentido estrito, isto é, uma ciência purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos da ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica de seu objeto.

Mas, por que retomar esta trajetória nesta apresentação? Porque os principais textos que compõe a presente obra (que foram apresentados ao Grupo de Trabalho de Teoria do Direito do XXIV Encontro nacional de Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI, realizado de 03 a 06 de junho de 2015, na cidade de Aracaju, Sergipe, Brasil) dialogam, direta ou indiretamente, mesmo quando realizam fortes crítica, com a matriz teórica elaborada por Hans Kelsen. Neste sentido, pode se dizer que a sua contribuição ainda está muito viva e durante a apresentação dos trabalhos foi uma referência recorrente.

Desta forma, é possível dizer que a leitura dos mais de vinte textos que compõe o presente livro tem na obra de Hans Kelsen um ponto de apoio importante, ainda que não se restrinjam, em nenhuma hipótese, na análise de sua contribuição sobre um tema específico. Mas, é

evidente que a sua contribuição está de alguma forma presente, por exemplo, quando se discute os temas como:

- a) itinerários do positivismo, a crise na lei na pós-modernidade ou pós-positivismo;
- b) conceito de fato jurídico, de lacunas, de norma jurídica e de completude do ordenamento jurídico;
- c) política como fator complicador do direito;
- d) dogmática jurídica como disfarce do uso de argumentos práticos nas decisões judiciais;
- e) raciocínio jurídico, moralidade e estrutura das decisões judiciais;
- f) constitucionalismo, neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo;
- g) sujeito cognoscente, construtivismo, substancialismo e procedimentalismo.

Estes temas estão, de uma forma ou de outra, presentes nos textos que compõe o presente livro e, portanto, esta é uma obra que merece ser lida com cuidado. Neste contexto, a referência à contribuição de Hans Kelsen é um porto seguro para a análise e uma referência indispensável para todos os interessados. Boa leitura.

OS ORGANIZADORES

A (CRISE DA) LEI NA PÓS-MODERNIDADE

THE (CRISIS) LAW IN POST-MODERN ERA

Alana Carlech Correia
Eduardo Martins de Lima

Resumo

: O Estado moderno obteve seu contorno e rigor formal por meio da lei, que expressava generalidade e estabilidade, institucionalizando-se o poder. A lei era a expressão da vontade geral, a forma racional de, por meio da soberania do povo, se afastar a arbitrariedade do rei absolutista. A lei passou a ser a grande legitimadora do Direito, limitando o poder estatal e garantindo direitos fundamentais, nas bases do Estado Liberal. Ocorre que o advento do Estado Social fez crescer a necessidade por outras fontes normativas, além da lei, o que abriu espaço para que o próprio Executivo assume papel normatizador, por meio dos seus órgãos especializados. Com o intuito de melhor atender as necessidades sociais, a Constituição e os princípios conquistam posto de norma jurídica, o que leva a reflexão sobre o papel da lei perante esse novo contorno estatal, denominado de Estado Pós-Moderno. A lei, que no Estado Moderno era a principal fonte do Direito, no Estado Pós-Moderno passa a ser apenas uma das possibilidades para se dizer o Direito, juntamente com a Constituição, com os princípios, com a norma emanada dos órgãos técnicos do Poder Executivo, o que leva ao desenvolvimento do princípio da juridicidade, tendo o ordenamento jurídico como fonte do Direito.

Palavras-chave: Lei, Estado moderno, Crise da lei, Estado pós-moderno, Juridicidade.

Abstract/Resumen/Résumé

The modern state got its outline and formal rigor through the law, expressing generality and stability, institutionalized the power. The law was the expression of the general will, the rational way, through the sovereignty of the people, move away from the arbitrariness of the absolutist king. The law became the great legitimating the law, limiting state power and guaranteeing fundamental rights, the Liberal State bases. It turns out that the advent of the welfare state has increased the need for other regulatory sources, beyond the law, which paved the way for the executive itself play a standardize role, through its specialized agencies. In order to better meet the social needs, the Constitution and the principles set win legal standard, which leads to reflection on the role of law before the new state boundary, called the Post-Modern State. The law, which in the modern state was the main source of law in the State Postmodern becomes only one of the possibilities to say the law, along with the Constitution, the principles to the standard issued by the technical bodies of Power Executive, which leads to the development of the principle of legality, and the legal system as a source of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Modern state, Law crisis, Post-modern state, Legality

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo em que se pretende analisar o papel desempenhado pela lei na pós-modernidade. O problema levantado consiste em averiguar se os contornos assumidos pela lei durante a modernidade persistem num Estado pós-moderno.

Tendo em vista a ascensão dos princípios e a dinâmica da sociedade, a hipótese levantada é a de que a lei não é mais suficiente para traduzir a resposta do Direito para os anseios sociais.

A importância, pertinência e atualidade do tema reside no fato de que vive-se um momento em que é possível visualizar a normatização por meio de instrumentos diferentes da lei, vale dizer, Constituição, princípios e atos normativos diversos emanados pelo Poder Executivo.

O tema foi investigado sob o viés da mudança do que se chama de modernidade para a pós-modernidade, da análise da atividade normativa, do papel da lei e da sua crise diante da pós-modernidade.

Como técnica, adotou-se a análise de conteúdo, pela qual se buscou trabalhos teóricos, a identificação de unidades de informação relevantes para a investigação e solução do problema sugerido, tendo como plano de fundo a própria ideia de pós-modernidade.

2 A TRANSIÇÃO DA MODERNIDADE PARA A PÓS-MODERNIDADE

Antes de abordar a atividade normativa em si, é importante introduzir uma mudança de eixo visualizada a partir do paradigma denominado Estado moderno, para o que se tem chamado de Estado pós-moderno, já que esses conceitos refletirão na própria produção das normas.

O surgimento do Estado marca o início da era chamada modernidade, na qual a razão cartesiana imperava.

Essa modernidade surgiu com características marcantes, como o culto ao desenvolvimento técnico-científico, os esforços econômicos no sentido de concentrar os meios de produção e com a característica mais evidente de criação do Estado moderno. Essas características demonstram o processo de racionalização da própria organização social.

Jacques Chevallier destaca dois valores como fundamentais à modernidade:

De um lado, o culto da razão, que substitui a obediência aos deuses e a submissão às leis da Natureza. O princípio da transcendência, que erigia uma instância exterior e superior ao corpo social como depositário de todo saber e de todo poder, dá lugar a um princípio de imanência, que torna os homens donos de seus próprios destinos; guiados somente pela sua própria razão, supõe-se que eles disponham da capacidade necessária para alcançar uma vida melhor; o desencantamento do mundo, ligado ao processo de secularização, é acompanhado assim de um otimismo reformador que conduz a uma projeção em direção ao futuro. Esse império da razão é acompanhado de uma série de crenças, que constituem tantos outros mitos inerentes à modernidade: crença nas virtudes da ciência, dotando o homem de um senhorio cada vez maior sobre a natureza; fé no progresso, que deve se traduzir em uma melhoria do bem-estar individual e da justiça social; idéia de que a história tem um sentido (historicismo) e que a razão acabará por impor a sua lei; convicção no universalismo dos modelos construídos no ocidente, chamados a servir, enquanto expressão própria da razão, de modelos de referência.

Por outro lado, o primado atribuído ao indivíduo, colocado no centro da organização social e política. Enquanto as sociedades tradicionais, de tipo holístico, apercebem-se como entidades coletivas, a relação social é construída na sociedade moderna a partir dos indivíduos: é a afirmação da irredutível singularidade de cada ser humano, desvinculado das relações tradicionais de fidelidade comunitária e dotado de uma margem de autonomia, de uma capacidade de livre determinação que lhe permite levar a sua existência como ele bem entende, que o faz mestre de seu destino; mas é também a ideia de que a fonte de todo o poder, o fundamento de toda a autoridade reside no consentimento dos indivíduos. O indivíduo torna-se assim a referência suprema, tanto na esfera particular, como na esfera pública, através da figura do cidadão. Essa nova concepção do mundo será um possante motor de mudanças, levando à reconstrução da sociedade e do político sob os auspícios de novos princípios (CHEVALLIER, 2009, p. 14).

Com isso, construiu-se um modelo estatal em que há a institucionalização do poder e o estabelecimento do monopólio da força, sendo o Estado delimitado por suas fronteiras, onde exerce sua soberania. Além disso, entendia-se o modelo estatal por uma unidade de valores, em que o Estado representava a totalidade coerente, a ordem, a estrutura (CHEVALLIER, 2009, p. 15). Porém, a crise das instituições recentemente vislumbradas levou à construção, gradual, de um modelo estatal diverso.

Jacques Chevalier destaca alguns fatores determinantes para esta mudança de paradigma estatal:

A colocação em evidência dos efeitos negativos produzidos pela lógica da modernidade não é nova: o desvio instrumental de uma razão concebida sob o ângulo de sua eficácia, a perda de identidade ligada ao enfraquecimento dos laços comunitários foram destacados com frequência.

[...] a libertação formal do indivíduo, desvinculado das ligações de dependência pessoal, era contrabalançada pelo fato de que as relações sociais são, nas sociedades modernas, marcadas pela impessoalidade, pela instrumentalidade, pela neutralidade afetiva – a vida comum tomando a forma da “sociedade anônima” – e pelo triunfo do utilitarismo, da racionalidade calculada; e essas análises foram retomadas por diversos autores, notadamente da Escola de Frankfurt, para quem a modernidade

produziu três males essenciais: o individualismo conduziu à perda do sentido, traduzida pelo desaparecimento dos ideais e pelo recentramento sobre o si mesmo; a primazia da razão instrumental conduziu ao eclipse dos fins, o único critério que predomina doravante é o da eficácia máxima: enfim, a perda da liberdade resulta do sentimento de impotência que afeta o indivíduo-cidadão, subjugado pelo mercado e pelo Estado (CHEVALLIER, 2009, p. 16).

Somem-se a esses fatos as mudanças que percebemos a olhos nus em nível social: revoluções tecnológicas, mutação do sistema produtivo, transformação da estratificação social, entre outras. As sociedades estão dominadas pela urgência e por incertezas que colocam em xeque o mito da razão. É que a razão não foi capaz de atender eficientemente os anseios sociais, de modo que esta sociedade agora se ampara na imprevisão.

Jacques Chevalier destaca, ainda, a modificação da relação com o coletivo:

Exaltando as diferenças e as singularidades, o hiperindividualismo encontra-se aos antípodas de um humanismo, que, ao contrário, coloque a ênfase sobre a existência de um denominador comum, de uma dignidade comum entre todos os homens; não poderia deixar de haver, a partir daí, um efeito sobre a relação com o público. Ao mesmo tempo, conduzindo ao tribalismo, tornam mais aleatório o vínculo de cidadania e mais precário o consentimento em face à autoridade, os valores do privado tendem a penetrar na esfera do público, o modelo militante tradicional, fundado sobre uma forte consciência de pertinência, dá lugar a novos tipos de engajamentos, mais descontínuos e mais voláteis, mas envolvendo uma maior implicação pessoal; e a linha de demarcação que separava a vida pública e a vida privada tende a desaparecer, a intimidade dos líderes políticos sendo cada vez mais exposta, em muitos casos, por sua própria iniciativa, sob o olhar do público (CHEVALLIER, 2009, p. 19).

Logicamente, no que diz respeito ao próprio Estado, mudanças determinantes aconteceram. É o que destaca Jacques Chevalier:

Na medida em que elimina determinados atributos do Estado, que pareciam entranhar a sua essência, a reconfiguração dos aparelhos do Estado, que se encontra em curso, não poderia deixar de ter um efeito quanto à sua relação com o direito e sobre a concepção mesma dos fenômenos jurídicos: a inserção do Estado em um mundo cada vez mais interdependente, a reorientação de suas funções, a atenuação da linha de demarcação com o privado, os abalos à sua arquitetura, todas essas inflexões têm implicações jurídicas, ou melhor, traduzem-se em termos jurídicos, através da linguagem e das categorias do direito; à emergência de um Estado pós-moderno corresponde inevitavelmente o surgimento de um direito pós-moderno. Mais precisamente, ainda que os fenômenos não estejam ligados por um vínculo de causalidade, mas sim de concomitância, a dinâmica pós-moderna que sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e como um mesmo movimento, tanto o direito como o Estado: paralelamente ao direito clássico, ligado à construção do Estado e característico das sociedades modernas, assiste-se à emergência progressiva de um novo direito, reflexo da pós-modernidade (CHEVALLIER, 2009, p. 115).

Em verdade, existia o Direito moderno, alicerçado no processo de racionalização, com um rigor formal bastante característico, em que se destacavam a generalidade e a estabilidade da lei (CHEVALIER, 2009). O Direito tinha, portanto, autoridade em razão da sua origem, senão veja-se:

[Na modernidade], o Direito é então investido de um capital de autoridade, ligado à sua origem: ele é reputado como proveniente de um Sujeito exterior e superior à sociedade: com efeito, a laicização não fez desaparecer essa dimensão transcendental, desembaraçando o direito do invólucro mágico ou religioso que o recobre nas sociedades tradicionais; a autoridade que a ele se vincula deriva de um mecanismo de imputação a um sujeito anônimo, inatingível e misterioso, do qual provém a Lei, e que é doravante o Estado. O direito permanece, desse modo, percebido como uma ordem sagrada, projeção de uma razão transcendente ao corpo social, depositário do saber e fonte de todo o poder (CHEVALLIER, 2009, p. 118).

No entanto, esse direito regulador passa a sofrer críticas, sobretudo em relação ao próprio avançar da atividade normativa, que rompeu com fetichismo da lei. As novas fontes normativas (tratados, regulamentos, decretos, súmulas) fizeram com que o Direito perdesse a sistematicidade típica da modernidade, juntamente com a perda da generalidade e da estabilidade. Visualizou-se uma proliferação anárquica de regras, o que indeterminou os contornos do Direito.

Jacques Chevalier assim resume essa transformação:

Correlativamente, essa vontade de apanhar a realidade o mais intensamente condena o direito a ajustamentos constantes: a estabilidade da regra jurídica estava ligada à sua generalidade; a partir do instante em que torna precisa e detalhada, ela tende também a ser atingida mais rapidamente pela obsolescência. Desse modo, o direito não apresentará mais as características formais que tradicionalmente eram suas e que testemunhavam a sua racionalidade, essa constatação não é senão epifenomenal e remete a uma crise mais profunda de crenças em torno do Direito (CHEVALLIER, 2009, p. 122).

Ao se adaptar a essa nova reconfiguração jurídica, a própria Administração Pública mudou sua forma de agir, buscando pautar sua atividade não mais na rigidez da lei, mas na fluidez da juridicidade.

3 A FUNÇÃO NORMATIVA

O Estado moderno assimilou o princípio da separação dos poderes. Com isso, pode-se dizer que o Poder estatal compreende algumas funções, divididas entre os seus poderes. Essas funções podem ser classificadas de duas formas: pelo critério institucional ou orgânico, do qual decorrem as funções legislativa, executiva e

jurisdicional; ou segundo o critério material, que determina as funções normativa, administrativa e jurisdicional, respectivamente.

A primeira classificação, que decorre da organização estatal, foi construída segundo a perspectiva da divisão dos poderes do Estado. Já a segunda busca a noção de função estatal, qual seja, o poder estatal preordenado às finalidades de interesse coletivo e enquanto objeto de um dever jurídico (GRAU, 1998).

A classificação segundo o critério material nos liberta da classificação tradicional (GRAU, 1998) – orgânica ou institucional – e nos remete ao seguinte: a função normativa compreende a produção das normas jurídicas, ou seja, dos textos normativos; a função administrativa compreende a execução das normas jurídicas e a função jurisdicional compreende a aplicação das normas jurídicas.

Ora, se o ordenamento jurídico é constituído pelo conjunto das normas jurídicas, consideradas umas em relação às outras, a norma jurídica constitui um elemento essencial do ordenamento jurídico, consubstanciando inovação de preceito primário deste ordenamento, conceituada, segundo Eros Grau (1998), como preceito, abstrato, genérico e inovador, tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados.

Entende-se que o ordenamento jurídico é primário porque se impõe aos grupos sociais, que o respeitam por força primária. Eros Grau elucida que:

[...] se o caráter inovador da norma a peculiariza, seus reflexos, em termos de inovação – para que existam como tais –, penetram o próprio ordenamento. Por isso que a norma configura *inovação no ordenamento jurídico* e, daí, é de ser definida como preceito *primário*. A característica de inovação, destarte, está subsumida na *primariedade* da norma (GRAU, 1998, p. 178).

Nesse mesmo sentido, segundo Alessi (1978), deve-se entender por função normativa a de emanar estatuições primárias – isto é, operantes por força própria –, contendo normalmente preceitos abstratos, seja em decorrência do exercício do poder originário, seja em decorrência do poder derivado, também contendo preceitos abstratos e genéricos.

Segundo as lições de Eros Grau, o significado de primariedade é apartado do significado de originariedade:

Por isso, tem como primário – isto é, imposto por força própria – mesmo um preceito que integra um ordenamento derivado ou um preceito que seja emanado com fundamento em uma atribuição de poder normativo conferida a órgão que ordinariamente não o detenha (GRAU, 1998, p. 178).

A natureza de primariedade da norma jurídica decorre do texto constitucional brasileiro. Seu art. 59 refere sete espécies normativas,¹ que, por decorrerem diretamente da Constituição, têm natureza de norma primária.

José Levi Mello do Amaral Júnior (2003) ressalta que, do ato inicial – a Constituição –, derivam outros atos, que podem ser considerados primários, já que estes, em sua eficácia, aparecem como primeiro nível dos atos derivados da Constituição, caracterizando-se por serem fundados somente na Constituição. Não é o caso, por exemplo, do decreto presidencial que, por encontrar sua validade em ato normativo primário, tem natureza secundária.

Considerando esses critérios de classificação das funções estatais e diante da possibilidade de ter a norma natureza primária ou secundária, cabe aqui diferenciar a função legislativa, decorrente do critério institucional, da função normativa, decorrente do critério material, para que fique claro que a função normativa exercida por órgãos do Executivo não se confunde com a função legislativa, monopólio do órgão legislativo.

Ora, o sistema da divisão dos poderes confia a determinados órgãos a tarefa de constituir o ordenamento jurídico. A tais órgãos, constituintes do Poder Legislativo, resta a tarefa de emanar estatuições primárias. Mas o Poder Legislativo, também, carrega a tarefa de emitir certos atos que não estão necessariamente ligados à ideia de integração do ordenamento jurídico, tendo, portanto, conteúdo e finalidade diversos. Destarte, da função legislativa são emanadas geralmente, mas não necessariamente, estatuições primárias, com conteúdo normativo, sob a forma de lei. Ainda conforme os ensinamentos de Eros Grau:

Cumpre mencionar, neste passo, os atos legislativos que se refere como lei em sentido apenas formal. Trata-se de estatuições primárias, na medida em que emanadas do Poder Legislativo, ainda que sem conteúdo normativo; leis, embora não possam ser caracterizadas como normas jurídicas (GRAU, 1998, p. 179).

Assim, Alessi (1978) conclui que norma é todo preceito expresso mediante estatuições primárias (na medida em que vale por força própria, ainda que eventualmente com base em um poder não originário, mas derivado ou atribuído ao órgão emanante), ao passo que lei é toda estatuição, embora carente de conteúdo normativo, expressa, necessariamente com valor de estatuição primária, pelos órgãos legislativos ou por outros órgãos delegados daqueles. A lei não contém,

¹ São elas: emenda à Constituição; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções.

necessariamente, uma norma. Por outro lado, a norma não é necessariamente emanada mediante uma lei. E, assim, há três combinações possíveis: a lei-norma,² a lei não norma,³ e a norma não lei⁴.

Já de função normativa, decorrente da classificação que se utiliza do critério material, entende-se como 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.

4 A HEGEMONIA DA LEI

O liberalismo trouxe, num primeiro momento, a forte característica de separar as funções típicas de cada Poder do Estado das funções atípicas. No intuito de limitar o Poder do próprio Estado, ganha espaço o Poder Legislativo, formado por representantes do povo, incumbido de dizer a vontade do povo por meio da lei.

Tanto assim o foi que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, afirma que a lei é a expressão da vontade geral (FRANCE, 1789).

Essa foi a ideia difundida no século XVIII, como se pode ver nos estudos de Raul Machado Horta:

No sistema jurídico anglo-saxão, o direito inglês, não obstante a extensão do direito jurisprudencial e das convenções constitucionais, a soberania do Parlamento enlaça a soberania incontestável da lei. Dicey, em obra clássica, sustentou a autoridade legislativa ilimitada do Parlamento, inspirando-se na doutrina de Blackstone e De Lolme, lembrando deste último a famosa passagem, segundo a qual “é princípio fundamental, para os juristas ingleses, que o Parlamento pode fazer tudo, exceto tornar uma mulher em homem e um homem em mulher”. Nos Estados Unidos, o Art. 1º da Constituição Federal confere ao Congresso o exercício de todos os poderes legislativos: *All legislative powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States...* (Art. 1 – Sec. 1).

No Sistema Jurídico Europeu-Continental, o direito francês erigiu em regra fundamental do ordenamento a afirmação da lei como expressão da vontade geral, que se inscreveu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, para se transformar, a partir de 1875, em princípio configurador das instituições republicanas. A Constituição de 3 de setembro de 1791, reservando as funções legislativas ao Poder Legislativo (Capítulo III – Seção Primeira – Artigo 1º), proibia ao Poder Executivo a elaboração de qualquer lei, mesmo provisória, pois só lhe caberia expedir proclamações para ordenar ou recordar a execução das leis. A subordinação do Executivo à lei, expressão da vontade geral, conduziu a subordinação do Executivo ao Parlamento, que se tornou comportamento típico do regime parlamentar francês da IIIª e IVª Repúblicas. Sendo a lei expressão da vontade geral e o

² São as chamadas imperativas ou absolutas (SILVA, 2004, p. 958).

³ São as chamadas declarativas, permissivas, supletivas e preceituais (SILVA, 2004, p. 958).

⁴ São as regras não positivadas (SILVA, 2004, p. 958).

Parlamento a fonte formal de revelação dessa vontade incontrastável, o regime parlamentar francês daqueles períodos republicanos consolidou a soberania do Parlamento na soberania da lei (HORTA, 1994, p. 150-151).

Nota-se que esse apego à lei como grande limitadora da atividade executiva foi o modo de afastar a antiga soberania absolutista do príncipe. Tanto assim o era que, juntamente com a primazia da lei, existia a impossibilidade de o Poder Executivo assumir a função normativa, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Assim, a soberania do príncipe foi transferida para a soberania do povo, por meio de seus representantes, e concretizada por meio da lei. E essa produção legislativa era um monopólio estatal, resguardado a um dos poderes: o Legislativo (CLÈVE, 2000). Cabia, destarte, ao Legislativo expressar o direito novo, manifestando a vontade do povo. Nenhuma outra norma poderia contrariar essa vontade geral. A lei passa a ser a grande legitimadora do Direito, outrora legitimado pela vontade do príncipe. Noutras palavras, a legitimidade do Direito por meio da legalidade é uma vitória do povo.

Segundo Montesquieu, “[...] a lei, em geral, e a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis de cada não devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão humana” (MONTESQUIEU, 1973, p. 36). Ao representar o povo, o Legislativo deveria ter em mente a força da razão, que, para os revolucionários da época, embasava-se na justiça e na liberdade.

Nessa esteira, o século XIX consolidou o pensamento desenvolvido anteriormente, com a proliferação de códigos capazes de normatizar sobre toda a vida dos homens, de modo que o respeito às leis poderia assegurar a ordem e a paz.

É o que leciona Clemerson Merlin Clève:

Para os revolucionários, o parlamento produziria a lei pelo trabalho dos representantes da nação, orientados pela razão. Na medida em que a lei era, a um tempo, regra criada pela nação pelos seus representantes (questão de forma) e orientada pela razão (questão de fundo), não poderia atentar contra a justiça ou contra a liberdade (CLÈVE, 2000, p. 48).

O movimento de associar o Direito à lei trouxe conseqüências. O Direito passou a ser positivado e, lentamente, o conteúdo deixou de importar, prevalecendo como legitimador apenas a forma. Se possuía forma de lei, era Direito, e discussões acerca do conteúdo fugiriam do papel do jurista (KELSEN, 1979).

O apego à formalidade da lei trouxe, para o campo do Direito Administrativo, uma conseqüência enraizada a respeito do conceito de legalidade, que vale ser aqui registrado. A contenção do próprio Estado por meio da lei desencadeou a interpretação de que o Estado apenas poderia fazer aquilo que a lei determinasse. Se não houvesse

determinação legal, vale dizer, um comando advindo do Poder Legislativo, a Administração Pública não poderia agir, sob pena de estar-se permitindo uma volta a um Estado totalitário. O sistema de freios e contrapesos determinava, portanto, que, para controlar a atuação do Poder Executivo, existia o Poder Legislativo fornecendo a orientação e legitimando a ação.

Nas palavras de Diogo Figueiredo Moreira Neto, essa ideia de legalidade administrativa foi assim resumida:

Contido, portanto, no princípio da juridicidade, mas aqui destacado por sua histórica prelácia e importância, notadamente para os ramos públicos do Direito, que exigem expressa positividade da norma, e, principalmente, em razão da cláusula universal de reserva de lei, expressa na Constituição de 1988, no art. 5.º, II, entende-se o princípio da legalidade, em seu sentido estrito e próprio, como o que especificamente exige a submissão do agir à lei, como produto formal dos órgãos legiferantes do Estado.

Para a ordem jurídica brasileira, este conceito técnico está definido na Seção VIII do Capítulo I do Título IV da Constituição, como o produto genérico do processo legislativo, abrangendo as seguintes sete espécies legiferadas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Assim, pelo princípio da legalidade o Estado se autolimita, o que caracterizou o surgimento histórico do Estado de Direito, em oposição ao Estado Absolutista, em que primava a vontade do soberano, concepção atribuída a Robert von Mohl, em obra de 1835 sobre o “império da lei”. Portanto, por definição, um Estado que se submete às suas próprias leis, daí a consagrada expressão de Léon Duguit, “suporta a lei que fizeste” (*legem patere quam fecisti*), enunciando em síntese este princípio, uma vez que, declarando o Direito ao positivá-lo, o Estado exerce sua autocontenção, assegurando à sociedade – que o criou e o mantém, para organizá-la e dirigi-la – a preciosa dádiva da certeza jurídica. Como consequência, este princípio obriga o Estado como administrador dos interesses da sociedade, a agir sempre *secundum legem*, jamais *contra legem* ou mesmo *praeter legem*.

Com relação aos administrados, o princípio da legalidade os protege pela instituição da referida reserva legal absoluta, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de só agir quando exista uma lei que a isso o determine, tal como expresso no referido art. 5.º, II, da Constituição (MOREIRA NETO, 2014, p. 141).

Importante salientar que esse conceito atrelado ao formalismo da lei para o agir estatal foi superado pelo conceito de juridicidade administrativa, adiante estudado, mas que, por muito tempo, permeou a doutrina administrativista. É o que se verifica, por exemplo, com Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade e específico do Estado de Direito, e justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico - administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: e uma consequência dele. E o fruto da submissão do Estado à lei. E, em suma: a consagração da ideia de

que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa e atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares a lei.

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto - o administrativo - 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 (MELLO, 2013, p. 102-103).

Assim, disseminou-se que ao administrador público, desde o Presidente da República até o mais simples serviçal da estrutura estatal, cabe apenas cumprir o que a lei determinar, de forma a se garantir que o poder, que emana do povo, não fosse contrariado.

5 A CRISE DA LEI

O princípio da separação dos poderes foi construído a partir da ideia de desconcentração do poder, que antes estava todo nas mãos do rei soberano. A burguesia, que ansiava por poder, foi quem ocupou, quase exclusivamente, os cargos parlamentares. Desse modo, as discussões ideológicas que precediam a edição da lei convergiam para pontos de interesse de uma classe: a burguesa.

Nesse contexto, a produção legislativa era capaz de suprir a necessidade do “povo” ali representado e bem controlar o atuar administrativo nesse mesmo interesse. Isso também contribuía para a crença de que a lei conseguia regular, com eficiência, todos os assuntos da vida, visto que a resposta legislativa para os anseios sociais era rápida, exatamente pela desnecessidade de ampla discussão e, uma vez editada a lei, dada a sua forma, deveria ser cumprida.

Ocorre que dois eventos foram cruciais para a mudança de pensamento quanto à eficiência da lei: o processo de democratização pelo sufrágio universal e o advento do Estado Social.

O sufrágio universal faz com que os novos eleitores elejam novos representantes, trazendo o conceito democrático para dentro das decisões legislativas, conforme se verifica em Conrado Hübner Mendes:

A escolha pragmática da técnica representativa viabilizou a democracia não tanto porque o povo teria passado a governar indiretamente. A ideia de busca de uma vontade comum por meio de instituições representativas é

equivocada. Esse processo, porém, disciplina e estimula a competição política em bases equitativas, e permite ao eleitor escolher e rejeitar os competidores. O que define tal regime como democrático é o igual direito de qualquer cidadão de votar e de ser votado (MENDES, 2011, p. 103).

A identidade ideológica antes encontrada dentro do Legislativo é rompida pelo advento de representantes de diversas orientações. Por óbvio, a diferença ideológica trouxe consigo a consequência do amplo e demorado debate, do qual sairia uma lei que não mais representaria a vontade geral, mas a vontade de um grupo majoritário dentro do parlamento expressando a vontade política.

É o que se verifica na seguinte passagem de Conrado Hübner Mendes:

O argumento em favor da supremacia legislativa soma, pelo menos, dois valores: (a) a representação eleitoral, recurso usado para replicar, em menor escala, o povo, e (b) a regra de maioria, recurso procedimental que promove a igualdade. A literatura constitucional tende a ser superficial nesse aspecto e a assumir como postulado não problemático o legislador como institucionalização da vontade popular majoritária por excelência.

[...]

A regra de maioria é uma conquista porque permite que esse consentimento resulte da força moral da igualdade. Respeita indivíduos de duas maneiras: leva a sério diferenças de opinião e não os reprime por pensar diferente; e, fundamentalmente, trata-os como iguais. A acusação de arbitrariedade, nesse sentido, não percebe as razões pelas quais a legislação é uma fonte de direito digna de respeito: suas credenciais majoritárias permitem que cada participante tenha igual peso na decisão (MENDES, 2011, p. 100-104).

Como já mencionado, uma vez que a lei foi produzida dentro do processo legislativo, mesmo que não representasse a vontade da nação, deveria ser cumprida, visto que adquirira forma de lei, o que era suficiente para ser aceita como legítima e obrigatória, conforme explica Clemerson Merlin Clève:

Como expressão da vontade política, cada vez menos os juristas haverão de importar-se com o conteúdo da lei. A lei é forma. Não releva o seu conteúdo. Importa o fato de ter sido votada pelo parlamento em processo regular. É paradoxal que o processo de democratização pelo qual passou a humanidade nas últimas décadas tenha contribuído para o surgimento de um direito formalizado, destituído, em princípio, de conteúdo (CLÈVE, 2000, p. 51).

Nesse sentido, sobre a legitimidade da vontade da maioria, valem os apontamentos de Conrado Hübner Mendes:

A prática da representação envolve muitos aspectos controversos mal resolvidos pela teoria política. Debaixo de significativo consenso sobre quais são as instituições representativas e o papel central das eleições, há um grande desacordo sobre o que significa, afinal, “representar”, e quais são os deveres do representante. Várias possibilidades aparecem: atender aos interesses expressos de seus eleitores; seguir a opinião pública; buscar descobrir o que seus eleitores decidiriam se estivessem na posição privilegiada do parlamento, com a riqueza de informações e de debates ali

disponíveis; tentar entender os interesses genuínos e autênticos de seus eleitores, mesmo que seja necessário ir contra os desejos expressos deles; atender ao melhor interesse de toda a sociedade e buscar as melhores respostas por meio de deliberação sincera etc.

Naturalmente, a resposta a essas dúvidas determinará o maior ou menor apelo normativo do parlamento representativo na democracia, e também a construção de incentivos institucionais para possibilitar aquele comportamento que seja mais compatível com esse regime. Os argumentos abaixo passam ao largo dessas discussões. Assumem que o parlamento cumpre a missão de representar, seja ela qual for.

A representação é um recurso pragmático para contornar dificuldades que tornaram inviável a adoção do padrão democrático original. Nas sociedades modernas, dadas sua dimensão e complexidade, indivíduos não podem ocupar-se da política todo o tempo. A magnitude do demos e a extensão geográfica dos estados nacionais, ademais, não permitem reuni-los numa assembléia. Sua participação somente pode ser limitada e periódica. Dada a inviabilidade de implementar o ideal, a representação, ao menos, é uma aproximação, um mal menor. O povo se faz presente por meio das eleições, e governa, ainda que indiretamente, por intermédio de seus representantes (MENDES, 2011, p. 102).

Assim, o advento do sufrágio universal desencadeou a morosidade nos debates que antecederiam a produção normativa e acentuou a definição de que pouco importava o conteúdo da norma se esta tivesse sido produzida dentro do processo legislativo.

Já o advento do Estado Social gerou para o Poder Executivo compromisso com um maior número de funções, que, para serem exercidas, precisavam do respaldo legal. Isso fez com que a produção legislativa tivesse que aumentar consideravelmente, para acompanhar as necessidades sociais. Obviamente, diante da morosidade desencadeada pelo embate ideológico supramencionado, o Poder Legislativo não conseguia atender às necessidades estatais. Paradoxalmente, ao mesmo tempo que houve uma implosão de edição de leis, estas não foram suficientes para fundamentar a atuação do Estado Social ora formado. Esse último fenômeno abre espaço para que o Estado passe a atuar não apenas nos contornos da lei, mas cada vez mais utilizando outros instrumentos jurídicos, como se verá adiante.

Ademais, o Estado Social, bastante prestador, desenvolve atividades mais complexas, o que leva a Administração a buscar o apoio de especialistas, a fim de alcançar a eficiência na prestação administrativa. Isso faz com que o Estado tenha que socorrer-se de conhecedores do assunto para orientar sua atuação, desencadeando a formação de órgãos especializados dentro do próprio Poder Executivo.

Assim, é inequívoca a existência da crise da lei formal, conforme anuncia Gustavo Binenbojm:

A crise da lei é hoje um fenômeno quase tão universal quanto a própria proclamação do princípio da legalidade como o grande instrumento

regulativo da vida social nas democracias constitucionais contemporâneas. Ao ângulo estrutural, a crise da lei confunde-se com a crise da representação e, mais especificamente, com a crise de legitimidade dos parlamentos. Ao ângulo funcional, a crise da lei é a própria crise da ideia de legalidade como parâmetro de conduta exigível de particulares e do próprio Estado. Hoje não mais se crê na lei como expressão da vontade geral, nem mais se a tem como principal padrão de comportamento reitor da vida pública ou privada (BINENBOJM, *in*: ARAGÃO; MARQUES NETO, 2008, p. 145).

Resta claro, portanto, que esse fenômeno da crise da lei gerou efeito em vários ramos do Direito e especialmente na vinculação administrativa à legalidade, que classicamente se dava por meio da vinculação positiva à lei, na qual a função administrativa era resumida à aplicação da lei de ofício.

Gustavo Binenbojm (*in*: ARAGÃO; MARQUES NETO 2008) aprofundou-se no estudo dos motivos que levaram à crise da lei, notadamente em relação à Administração Pública. Como razões para a mudança do paradigma interpretativo em relação à legalidade administrativa, o autor aponta cinco fatores. O primeiro deles seria a proliferação legislativa, embasada no mito de que a lei estaria apta a resolver todos os problemas da sociedade. Quanto a esse fator, Eros Grau (1998) leciona que a inflação normativa coloca os ideais de segurança e certeza jurídica sob comprometimento.

Há, ainda, o caráter transitório que muitas leis adquirem ao serem publicadas de forma imatura, o que demanda novas leis e decretos para explicitarem seu conteúdo, conforme identifica Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Em vez de esperar a maturação da regra para promulgá-la, o legislador edita-a para, da prática, extrair a lição sobre seus defeitos ou inconvenientes. Daí decorre que quanto mais numerosas são as leis tanto maior número de outras exigem para completá-las, explicá-las, remendá-las, consertá-las... Feitas às pressas para atender a contingências de momento, trazem essas leis o estigma da levandade (FERREIRA FILHO, 2012, p. 31).

Um segundo fator seria a possibilidade de a lei, além de veicular injustiças, ser verdadeiro fundamento para barbáries, haja vista o fato de toda lei ser válida se aprovada segundo o processo legislativo, independentemente do seu conteúdo. Ora, diante de atitudes legítimas, como a nazifascista presenciada no século passado, constatou-se que a lei é insuficiente para trazer justiça e liberdade.

Outro fator é que a lei deixou de ser o principal e mais importante meio de manifestação da vontade de uma sociedade depois do nascimento do constitucionalismo no lugar do legalismo. É o que destaca Gustavo Binenbojm:

Diante do fracasso da lei, notadamente no segundo pós-guerra, as esperanças de garantia da liberdade e da justiça passam a ser depositadas no constitucionalismo. Com efeito, a Constituição, enquanto sistema de

princípios (expressão deontológica de valores), ganha destaque como norma jurídica, irradiando seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, que apenas poderá ser compreendido a partir da própria normatividade constitucional, passando-se a falar numa constitucionalização do direito.

A reboque do triunfo do constitucionalista, a lei perde importância diante do largo desenvolvimento de sofisticados meios de controle da constitucionalidade dos atos legislativos. A lei perde o seu protagonismo na criação do direito na medida em que se torna mais um entre os diversos princípios que compõem o sistema constitucional. Realmente, nada mais demonstra a erosão do mito da lei que a difusão de tribunais e órgãos constitucionais mundo afora (de viés mais acentuadamente jurisdicional ou mais marcadamente político), inclusive na França, berço do legalismo (BINENBOJM, *in*: ARAGÃO; MARQUES NETO, 2008, p. 149).

Nesse sentido, no campo do Direito Administrativo, a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte jurídica. É o que Canotilho (1998) chama de legalidade sem lei.

Gustavo Binenbojm continua:

Com efeito, a Constituição se presta (i) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativa. A Constituição, porém, não só é fonte direta de habilitação de competências administrativas, funcionando também como critério imediato da tomada de decisões pelo administrador. Neste aspecto, evidencia-se a constitucionalização do Direito Administrativo, numa clara limitação dos espaços discricionários da Administração Pública, que se devem pautar não apenas pela finalidade legal, como também pelos fins constitucionais.

O administrador público, por seu turno, é valorizado, pois se torna um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei, como tradicionalmente concebido. Assim, diante de uma determinada tomada de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (BINENBOJM *in* MARQUES NETO, 2008, p. 150).

A conclusão óbvia é que a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular (BINENBOJM *in* ARAGÃO; MARQUES NETO, 2008).

Nesse sentido, Érico Andrade pondera que:

A concepção teórica do princípio da legalidade como esquema de proteção do cidadão em face da Administração não encontra ressonância na realidade administrativa, em que a lei era e é usada, muitas vezes, não para proteger o cidadão, mas para superar os obstáculos jurídicos que a administração encontrava no seu percurso. A lei acaba por servir de mecanismo de proteção para a própria administração, para conferir a esta posição privilegiada e de superioridade em relação ao cidadão (ANDRADE, 2010, p. 253).

Conrado Hübner Mendes chega a mencionar que “[...] restrições ao parlamento insistem em resgatar, sub-repticiamente, os velhos medos antidemocráticos contra a ignorância e o despreparo das massas” (MENDES, 2011, p. 104). Porém, de uma

simples busca pelos valores da Constituição, percebe-se claramente que essa atuação da legalidade estrita, tradicional, como primeiramente apontada, está longe de alcançar os objetivos da República Federativa do Brasil.

A quarta razão para a crise da lei formal decorre da própria atividade normativa anteriormente mencionada, na qual há criação de uma série de atos normativos capazes de servir de fundamento à atuação administrativa. Assim, hoje a atividade normativa fundamenta-se na lei, na Constituição e em diversos outros atos normativos editados por entes diversos do Legislativo (GRAU, 1998).

É o que resume Érico Andrade:

Com isso, a administração é submetida não só a lei, mas também à Constituição, aos tratados internacionais, aos regulamentos e decretos que edita, às diretrizes comunitárias no caso da Comunidade Européia ou do Mercosul. Noutros termos, a administração é submetida a uma multiplicidade de leis, entendida a lei, aqui, em sentido amplo, como regra de direito ou norma jurídica (ANDRADE, 2010, p. 259).

Por fim, aponta-se como a quinta razão o fato de que, em situações em que se exige a reserva de lei, o Executivo acaba por controlar o processo legislativo, seja por meio da reserva da iniciativa, pela possibilidade de trancamento de pauta ou pela formação de forte base aliada.

Esses cinco fatores acima apontados demonstram que tanto a legalidade, quanto a própria separação de poderes, como classicamente concebidas, perderam hoje o sentido. Vide as lições de Conrado Hübner Mendes:

Essas modulações conforme as circunstâncias são compatíveis com a origem da ideia de freios e contrapesos, mas não se adaptam a uma teoria da adjudicação que se prende a uma função estática e prefixada. A operação das instituições dentro da separação de poderes é dinâmica. Elas negociam passo a passo seus raios de atuação. Mesclam atos de ativismo e contenção, ocupação e desocupação de espaço. Trata-se, sobretudo, de um processo informal (e não formalizável) de acomodações contingentes ditadas pela política, não por uma cartilha de hermenêutica (o que não significa que “política”, na acepção que aplico, não seja sensível a “boas razões”, ponto do próximo capítulo).

A constituição, enquanto norma escrita, é um plano de voo que regula pouco a separação de poderes. Esta não tem como escapar de fluxos e refluxos, de exercícios de tentativa e erro em que, por aproximações sucessivas, cada instituição demarca o seu terreno. Alcançam equilíbrios instáveis, sempre sujeitos a recalibragens. Isso não é tangível nem quantificável numa norma jurídica ou numa proposição da teoria normativa. Não é possível prever constitucionalmente o momento em que uma, e não outra, gozará de maior legitimidade para tomar as grandes decisões (MENDES, 2011, p. 212).

De fato, considerando as diversas fontes que legitimam a atividade do Estado, deve-se falar hoje não mais em legalidade, mas no sentido de juridicidade, já que o

direito não se encontra plasmado unicamente na lei, superando o positivismo legalista e abrindo caminho para um modelo jurídico baseado em diversos tipos de regra e, ainda, em princípios constitucionais. Gustavo Binzenbojm resume:

Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que a (...) Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa (BINZENBOJM *in* ARAGÃO; MARQUES NETO, 2008, p. 158).

Por conta disso, a Constituição (suas regras e princípios) passa a ser o elo que costura todo o arcabouço normativo capaz de reger o Estado, notadamente o Direito Administrativo, como se vê:

A intensidade da preferência não diz nada sobre a sua justiça. O fato de estarmos mais ou menos convictos, ou termos mais ou menos afeição por uma proposta, não tem absolutamente nenhum impacto na avaliação de sua correção. Quando direitos fundamentais estão em disputa, pouco interessa o quanto cada parte deseja determinado resultado. A legitimidade da decisão será testada por sua compatibilidade substantiva com o princípio de justiça (MENDES, 2011, p. 106).

Recorde-se de que o núcleo de condensação dos valores da Administração Pública está na Constituição, de modo que, segundo Gustavo Binzenbojm:

A atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quanto esta for constitucional, (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei, ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (BINZENBOJM *in* ARAGÃO; MARQUES NETO, 2008, p. 160).

Em verdade, a Administração é submetida à lei nas matérias exigidas pela Constituição; no entanto, em determinados casos, a Administração atuará de forma não respaldada pela lei, mas sempre parametrizada em outros diplomas jurídicos, como o regulamento, a Constituição, vale dizer, no Direito como um todo (ANDRADE, 2010).

Em termos estritos, verifica-se a incidência da legalidade quando a atividade administrativa atingir situação subjetiva do cidadão; porém este rigor estará mitigado quando a atuação administrativa for no sentido de programação do próprio Estado (GRAU, 1998). É o que entende Érico Andrade:

A administração se liberta, de certa forma, da concepção tradicional, teórica, fantasiosa e inviável da legalidade como parâmetro para todo e qualquer atuar administrativo e passa a se submeter ao direito em geral. A legalidade passa a ser entendida, nesse aspecto, como legalidade-endereço: o endereço, ao qual se submete a Administração, não é só aquele da lei, em sentido estrito, mas um endereço mais amplo, do direito em geral. A nova ideia de juridicidade acaba por redefinir o Estado, parindo-se para o Estado Constitucional, em que o culto à constitucionalidade se sobrepõe ao da legalidade, pura e simples.

Não se pode fugir à conclusão que hoje vai se generalizando e começa inclusive a ganhar força no Brasil: o princípio da legalidade, na concepção tradicional, perde força, e na atualidade se transmuda para a ideia de juridicidade, traduzindo a submissão da Administração não só a lei, mas ao direito em geral, transmudando-se para o princípio da juridicidade ou da legitimidade.

Todavia, ao lado desse entendimento da legalidade como endereço, subsiste outro, em que a Administração se vincula estritamente à lei (mas, mesmo assim, não perdem forças as razões antes apontadas para submeter a Administração ao direito): quando se exerce o poder de autoridade, impondo restrições a terceiros, em nome do interesse público. Aqui surge o entendimento da legalidade como garantia com maior destaque, já que a administração vai atingir o cidadão.

Nesse particular, o princípio da legalidade se impõem com maior rigor: trata-se de regular a atuação administrativa que atinja diretamente o cidadão, que interfira na sua esfera jurídica. O princípio assume, então, acepção mais rígida, mais formal de garantia. É o sentido da legalidade-garantia, incidente no momento em que a Administração exercita sua autoridade em face do cidadão, quando sua atuação é pautada pela reserva de lei (ANDRADE, 2010, p. 259).

Noutro giro, a complexidade do mundo atual, que já exigiu que no campo normativo diversos órgãos assumissem a atividade normativa, com o fito de melhor atender as demandas e peculiaridades da sociedade, agora também exige um atuar diferente da Administração. Essa mudança de paradigma permite maior discricionariedade, que pode ser maior ou menor a depender da atividade desempenhada. Nesse sentido, Érico Andrade continua:

Constatada a impossibilidade, no mundo atual, de a lei regular minuciosamente a atividade administrativa, fixam-se, legalmente, os principais objetivos ou fins do atuar administrativo, inclusive mediante uso de conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, deixando à Administração a valoração de outras circunstâncias, até mesmo mediante a aplicação de regras de direito privado, com a participação dos cidadãos num clima de maior aproximação da Administração com a sociedade, situação que evidentemente, permite maior controle do exercício da atividade administrativa.

Flexibiliza-se, portanto, a atuação administrativa, tanto por meio do uso da discricionariedade quanto por meio da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados que, se não geram opções discricionárias propriamente dita, criam maior flexibilidade para a atuação administrativa (ANDRADE, 2010, p. 264).

Entende-se que esta abertura para a discricionariedade é consequência do fenômeno da constitucionalização dos princípios da Administração, e objetiva uma

maior mobilidade administrativa desta ao atuar no Estado complexo hoje existente, diante das diversas transformações que a sociedade exige. Desse modo, insurgem-se os princípios, com característica de maior maleabilidade e resiliência para adaptação às diversas demandas sociais (ANDRADE, 2010). Nesse sentido, Maria Tereza Fonseca Dias destaca:

O outro pilar do direito pós-moderno, a flexibilidade do direito, é dada por dois caracteres: a) agilidade, e b) adaptabilidade. A agilidade do direito pós-moderno seria sua capacidade de se adaptar à evolução do real, sobretudo se considerarmos a pluralidade de fontes de normatividade. Um exemplo evidente dessa nova necessidade dos ordenamentos jurídicos é o constante apoio que o direito toma de outras normas de conduta, como as normas técnicas, que são normas consensuais, e não obrigatórias, e sua aplicabilidade depende dos interessados em seu conteúdo; e ainda das relações entre o direito e a ética. Nesse sentido, o direito passa a ser um instrumento de guia a serviço de políticas que o ultrapassam e a problemática da regulação recai, assim, sobre uma visão instrumental do direito, passado para o segundo plano a idéia de imposição/obrigatoriedade que estava no cerne da concepção moderna (DIAS, 2003, p. 36).

Esse potencial normativo principiológico traduz o anseio pós-moderno, que pouco se adapta a rigidez normativa trazida pela lei na era moderna.

6 CONCLUSÃO

A revolução tecnológica, a mutação do sistema produtivo, transformação da estratificação social e as formas do Estado se relacionar diante dos anseios sociais fez surgir um contorno estatal denominado de pós-modernidade, muito diferente do Estado moderno, em que havia a institucionalização do poder e o estabelecimento do monopólio da força estatal. A unidade de valores, coerência, lógica, ordem vislumbrados no Estado Moderno cedeu espaço para a reconfiguração dos atributos estatais, no sentido de melhor atender a sociedade, sem a rigidez percebida no período anterior.

Este fenômeno, a transição da modernidade para a pós-modernidade, teve impacto no Direito, notadamente no que diz respeito ao papel da lei.

É que na modernidade a Lei foi considerada como forma racional de limitar a arbitrariedade estatal, segundo os anseios da época. No entanto, com o advento do Estado Social, grande prestador de atividades complexas, a lei formalmente elaborada não mais acompanhava a velocidade das exigências do próprio Direito, o que fez com

que outras fontes normativas ascendessem, tais como a Constituição, os princípios e os atos normativos emanados de órgãos técnicos ligados ao Poder Executivo.

Este novo arranjo normativo reflete a sociedade pós-moderna, que exige respostas rápidas do Estado. Assim, a capacidade de agilidade e adaptabilidade são valorizadas na norma jurídica, que pouco se coaduna com a rigidez normativa trazida pela lei formal.

Desse modo, pode-se concluir pela crise da lei formal, transmutando a ideia de legalidade para a de juridicidade, na qual se tem um ordenamento jurídico capaz de atender a vontade do povo, por meio de fontes normativas muito além da lei.

7 REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Principii di diritto amministrativo**. 4^a ed., v. 1. Milano: Giuffrè Editore, 1978.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Decreto Autônomo: questões polêmicas. **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República Federativa do Brasil**, Brasília, v. 5, n. 49, jun. 2003. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_49/Artigos/art_Levi.htm>. Acesso em: 20 dez. 2014.

ANDRADE, Érico. **O mandado de segurança**: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p 145-204.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>, Acesso em: 15 jul. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>, Acesso em: 15 jul. 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 15 nov. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Direito Administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCE. **Déclaration universelle des droits de l'homme, de 1789**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>. Acesso em: 14 out. 2014.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

HORTA, Raul Machado. Poder Legislativo e o monopólio da lei no mundo contemporâneo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 31, n. 123, p. 149-158, jul./set. 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Regulamentos e princípio da legalidade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, RT, n. 96, p. 42-50, 1990.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Série Produção Científica. Direito Desenvolvimento Justiça).

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Coleção Os Pensadores).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

