

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO
DISCIPLINA: FUNDAMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO
PROFS.: FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA E ANGELA CASSIA COSTALDELLO
ALUNO: JOSÉ RENATO GAZIERO CELLA

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E ATOS DISCRICIONÁRIOS

INTRODUÇÃO

O Estado Constitucional de Direito, nos moldes em que o concebemos na atualidade, só pode criar obrigações em conformidade com normas estabelecidas pelos representantes do povo.

A necessidade de consentimento acima aduzida se traduz no Princípio da Legalidade, segundo o qual, tomando a definição contida na Constituição do Brasil de 1988, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

O Princípio da Legalidade é uma constante nos Estados Nacionais Modernos, fruto de uma evolução iniciada no século XI e que teve no seu nascedouro justamente o embate travado entre governantes e governados no que pertine à imposição tributária.

Não há divergências entre historiadores, juristas e cientistas políticos na afirmativa de que o Princípio Jurídico da Legalidade — e mesmo o Princípio Político da Representação — tem sua origem umbilicalmente ligada ao consentimento dos impostos.

Assim, a necessidade de normas emanadas formalmente por parlamentos para a imposição de obrigações é um dos elementos — quiçá o mais essencial — que constituem o nascedouro e a base dos Estados Constitucionais de Direito.

Vale dizer que um dos maiores problemas jurídicos da atualidade diz respeito à tendência de tornar mais flexível o Princípio da Legalidade mediante delegações que os parlamentos concedem aos Poderes Executivos, sobretudo no âmbito da Administração Pública, em que a legalidade é considerada elemento primordial de sua atuação.

Com efeito, enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, à Administração só é permitido fazer aquilo que está previsto em lei. Ademais, no Brasil, não existe ainda a figura dos regulamentos autônomos, embora muitos atos regulamentares estejam na prática efetivamente, vez que tolerados pelos Tribunais, criando obrigações.

Isso se deve à passagem da concepção liberal de Estado para o denominado Estado Social de Direito, em que as atribuições do Estado, outrora apenas garantidor da propriedade e da liberdade, caracterizam-se por um forte intervencionismo dos Poderes Públicos em amplos domínios da vida individual e coletiva dos cidadãos e que, no mais das vezes, os parlamentares não têm a agilidade e até mesmo a aptidão técnica necessárias para solucionar as questões que se lhes apresentam.

Daí a tensão existente entre a forma ortodoxa de se conceber o Princípio da Legalidade — em que se requer a existência de lei formal que conforme toda a função administrativa — e a sua forma mitigada, a qual admite a delegação, dentro de certos limites, de atribuições normativas ao Poder Executivo.

Essa delegação de competência ao Poder Executivo esbarra também em uma concepção basilar dentro da Teoria Geral do Estado, que é a separação dos poderes ou funções estatais, o que torna necessária não só a reformulação do alcance e limites do Princípio da Legalidade mas, de igual modo, a revisão do entendimento acerca das funções legislativa, executiva e judiciária do Estado.

É por isso que Clèmerson Merlin Clève chega a afirmar que “a missão dos juristas, hoje, é de adaptar a idéia de Montesquieu à realidade constitucional de nosso tempo. Nesse sentido, cumpre aparelhar o Executivo, sim, para que ele possa, afinal, responder às crescentes e exigentes demandas sociais. Mas cumpre, por outro lado, aprimorar os mecanismos de controle de sua ação, para o fim de torná-los (os tais mecanismos) mais seguros e eficazes”¹.

Pode-se dizer, em verdade, que a tensão entre as concepções ortodoxa e mitigada de legalidade é hoje um problema universal no Direito, incluído aí o Direito Administrativo, sendo que as diversas nações estão, nessa matéria, aperfeiçoando e mesmo alterando suas próprias Constituições, cuja tendência se direciona para uma flexibilização do conceito.

O presente texto visa fazer uma abordagem genérica das origens históricas do Princípio da Legalidade, de como está sendo travado na atualidade o embate entre a reserva da lei formal no âmbito do Direito Público e a delegação de competência normativa ao Poder Executivo nessa mesma matéria, com ênfase no poder discricionário da administração e seu controle pelo Poder Judiciário, além de alguns comentários acerca dos debates travados em sala de aula.

¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988*. RT, São Paulo:1993, pág. 42.

1. ORIGENS HISTÓRICAS DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O senso comum entre os juristas, notadamente entre estudiosos do Direito Público, é que o Princípio da Legalidade foi originalmente concebido em 1215, por ocasião da promulgação, pelo Rei João Sem Terra, da Magna Carta Inglesa.²

Vale dizer que neste estágio embrionário do Princípio da Legalidade o consentimento era individual, isto é, aqueles que consentiam se obrigavam à prestação e, por outro lado, aqueles que não davam o seu consentimento não sofriam a respectiva imposição.

A transformação do consenso individual para o coletivo se deu na medida em que se ampliou o leque dos indivíduos consultados, que no início era composto apenas pelo alto clero e a nobreza e aos poucos foi ampliado também para os cavaleiros, cidadãos de posse e burgueses, cujo critério para a escolha do número, no “parlamento”, de representantes das cidades era proporcional ao número de seus habitantes e de sua prosperidade.

Desta feita era convocado o Parlamento que, cada vez mais, deliberava sobre assuntos que diziam respeito a todo o reino e não somente sobre interesses específicos de determinado condado, interesses esses que antes eram defendidos apenas pelos respectivos representantes. Portanto, tais representantes também começaram a deliberar sobre assuntos que não diziam respeito ao seu condado, de modo que, em face da independência dos “eleitos” para com seus “eleitores”, origina-se nesse momento o Princípio Político da Representação, do qual, sem dúvida nenhuma, decorre o Princípio da Legalidade.

Vale noticiar que em algumas localidades da Espanha e em algumas comunas da Itália do início do século XII já se exigia o consentimento para a imposição de obrigações.

Portanto, se mesmo antes da Magna Carta já haviam documentos expressos que exigiam o consentimento dos súditos para a imposição obrigacional, por que então os estudiosos atribuem ao documento de 1215 a “origem” do Princípio da Legalidade?

Arriscando uma resposta, isso se deve ao fato de que, por ter um conteúdo genérico e abstrato na formulação do princípio³, certo é que este poderia ser aplicado a todos os casos indistintamente.

² O título completo é “Magna Charta Libertatum”, promulgada em 15 de junho de 1215, que pode ser traduzido como o “Grande Foro das Liberdades”.

³ Veja-se o teor dos itens nºs 12 e 14 da Carta Magna, in **Constituciones de los estados de la unión europea**. Ariel, Barcelona: 1997, p.255: “12) No se podrá exigir *fonsadera* (*scutage*) ni *auxilio* (*aid*) en nuestro Reino sin el consentimiento general, a menos que fuere para el rescate de nuestra persona, para armar caballero a nuestro hijo primogénito y para casar (una sola vez) a nuestra hija maior. Con este fin, sólo se podrá establecer un *auxilio* razonable y la misma regla se seguirá con las *ayudas* de la ciudad de Londres”; 14) Para obtener el consentimiento general al establecimiento de un *auxilio* — salvo en los tres casos más atrás indicados — o de una *fonsadera* haremos convocar individualmente y por carta a los arzobispos, obispos, abades, duques y barones principales. A quienes posean tierras directamente de Nos haremos dirigir una convocatoria general, por conducto de los corregidores y otros agentes, para que se reúnan un día determinado

Desta feita, neste tópico a Carta Magna se diferencia dos documentos tipicamente medievais, que eram redigidos para situações específicas e cujos efeitos só nelas poderiam intervir⁴. As normas contidas na Carta de 1215, ao contrário, têm já os principais elementos da norma jurídica moderna, limitando o poder do soberano — que deve respeito à lei — sendo genérica, abstrata e tendo eficácia contra todos.

Além da Magna Carta, o Princípio da Legalidade também foi introduzido na Declaração de Direitos (francesa) de 1789 e na Constituição Americana de 1787, sendo que o fundamento teórico da ocorrência de ambas é disputado entre a teoria do “Contrato Social” de Rousseau e o “Bill of Rights” inglês, de 13 de fevereiro de 1689.

Não obstante o embate teórico acima, o fato é que os Estados Constitucionais passaram a conter, desde suas respectivas origens, ordem expressa no que pertine ao respeito do Princípio da Legalidade, até porque a maioria das Constituições do século XIX se inspiravam diretamente na Constituição Francesa.

Embora oriundo da teoria absolutista do Estado (HOBBS), o Estado Liberal (paradigmaticamente representado pelo tipo de Estado delineado na Constituição Francesa acima mencionada), como sabemos, nasceu em oposição ao Estado absolutista monárquico^{5 6} — a concepção liberal do Estado adotou integralmente o dogma da onipotência do legislador, abolindo completamente outras fontes de consulta pelo juiz para solução de litígios, como bem o demonstra o grande movimento político pelas codificações no final do séc. XVIII e início do séc. XIX, que não foi produto do absolutismo, mas da concepção liberal do Estado.

O substrato filosófico da concepção liberal do Estado — embora posteriormente viesse a ser abandonado — pode ser sintetizado na figura do mito jusnaturalista de um estado de natureza dos homens.

Segundo essa concepção — desenvolvida a partir de uma inversão histórica fundamental⁷ — o homem possuiria direitos fundamentais inatos, independentemente de sua vontade ou da de outrem, bem como do reconhecimento positivo pelo Estado⁸ (LOCKE).

(que se anunciará con cuarenta días, por lo menos, de antelación) y en lugar señalado. Se hará constar la causa de la convocación. Cuando se haya enviado una convocatoria, el negocio señalado para el día de la misma se tratará con arreglo a lo que acuerden los presentes, aun cuando no hayan comparecido todos los que habieren sido convocados.”

⁴ Os compromissos (contratos) só obrigavam seus signatários.

⁵ A luta contra o poder real remonta à alta Idade Média, quando já se constata movimentos de contenção dos poderes do rei, simbolizados historicamente na obtenção da Magna Carta pelos nobres ingleses, em 1215. Todavia, é oportuno salientar que a luta política no cenário britânico tornou-se paradigma para o liberalismo, na medida em que a paulatina e constante evolução do sistema político inglês representou uma constatação empírica da possibilidade de contenção do Soberano pelo Parlamento.

⁶ Pode-se enumerar os seguintes instrumentos de contenção do poder real inglês, resultante das conquistas da Revolução puritana e da Revolução Gloriosa, séc. XVII: Petition of Right (1628), Habeas Corpus Act (1679) e BILL OF RIGHTS (1689).

⁷ Diz-se inversão histórica na medida em que a verificação empírico-histórica demonstra que o processo de obtenção da liberdade pelo homem foi gradativamente desenvolvido no curso da história. Em outras palavras, a liberdade é uma conquista histórica do homem.

⁸ Essa idéia remonta à antigüidade clássica. Em sua “Ética a Nicômacos, capítulo VII do Livro V”, Aristóteles afirma: “Da justiça civil uma

Sem sombra de dúvidas, a grande reviravolta desse enfoque jusnaturalista foi propiciada no Ocidente pela concepção cristã de vida, segundo a qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus. O jusnaturalismo consistiria na doutrina da secularização da ética cristã, ao fazer do indivíduo e não da sociedade, o ponto de partida da doutrina moral e do direito (em oposição à teoria organicista): primeiro vem o indivíduo singular depois o Estado.⁹

A inspiração iluminista que reinava impunha uma solução que preservasse, ao mesmo tempo, a inspiração racional da criação do Direito, ao mesmo tempo que continuasse a ser a expressão da soberania Estatal. A solução do problema surge com Rousseau, em seu Contrato Social, a partir de quem o Império da Lei, esta entendida como uma universalidade racional formulada a partir de uma vontade geral, mas com vistas a uma aplicação geral e abstrata.

Com o império da lei, segundo Jorge Reis NOVAES, conseguiu-se um sistema que exprime os interesses da classe burguesa, que garantia seus interesses fundamentais e a propriedade, ao mesmo tempo em que dava a aparência da emanção da soberania do Estado a partir do “domínio da lei” e não da vontade humana.

O contratualismo de ROUSSEAU, por sua vez, inter-relacionou a doutrina jusnaturalista e o poder político, concebendo o Estado como o resultado do acordo livre de vontades dos indivíduos em estado de liberdade natural, a fim de garantir aqueles direitos inatos, agora inseridos em uma coletividade de sujeitos.

Ao lado destas separações, adota o Estado Liberal um catálogo de direitos fundamentais que concede ao cidadão garantias mínimas e intangíveis frente ao Estado. O Estado era visto com desconfiança pela burguesia, de modo que esta somente se sentiu segura com a adoção de um ideário liberal que lhe garantisse direitos frente ao Estado, fundado principalmente nos valores de liberdade e garantia da propriedade.

A consagração desses direitos fundamentais só se traduziria plenamente quando acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição relativamente ao poder legislativo ordinário, sob pena de o Estado readquirir, pela via do legislador, os poderes que perdera. Esses direitos fundamentais, entretanto, seriam apenas aqueles que consideravam o homem individualmente, tais como sua liberdade de pensamento, de consciência, liberdade de locomoção, inviolabilidade de correspondência e domicílio, respeito à propriedade privada.

parte é de origem natural, outra se funda na lei. Natural é aquela justiça que mantém em toda parte o mesmo efeito e não depende do fato de que pareça boa a alguém ou não; fundada na lei é aquela, ao contrário, de que não importa se suas origens são estas ou aquelas, mas sim como é, uma vez sancionada.”

⁹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992.

Os direitos que regulam as relações entre os indivíduos não eram considerados fundamentais, mas direitos políticos, sendo suscetíveis de limitação.

Nessa perspectiva a razão de ser do Estado é a garantia dos direitos individuais inalienáveis, e a ação do governo não pode se opor à garantia da liberdade nem à fruição pacífica da propriedade.

Essa filosofia de contenção do Estado está expressa na Declaração dos Direitos do Homem, em seus art. 2º e 16:

“II - O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.”

(...).

“XVI- Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.”

O Estado Liberal possui por pressuposto, para sua caracterização, a ideologia das três separações:

- a) separação entre política e economia, segundo a qual o Estado deve se limitar a garantir a segurança e a propriedade;
- b) separação entre o Estado e a Moral, segundo a qual esta não é assunto a ser resolvido pelo Estado;
- c) separação entre Estado e Sociedade Civil, sendo que nesta última é que se discutem moral e economia, enquanto ao Estado cumpre apenas garantir a paz social que permita o desenvolvimento social segundo suas próprias regras.

No campo político, o ideário liberal em face do Estado se condensou em três perspectivas:

- a) a limitação dos Poderes do Estado, através da técnica da separação dos poderes;
- b) a contenção material das leis, submetendo-as aos princípios do direito natural (Estado de Direito em sentido forte)
- c) a limitação das funções do Estado, através de sua separação do âmbito da sociedade (o Estado mínimo).

Seguiu-se a divisão dos poderes, que com sua visão mecanicista procura estabelecer uma divisão tripartite, em que cada peça do poder controlava e limitava as outras duas, mantendo-se o equilíbrio e a harmonia.

Na prática o que sucedeu, com a divisão do poder, foi o fortalecimento da classe burguesa, que passou a exercer de fato e de direito um dos poderes do Estado.

Conclui-se portanto, que para a doutrina do Estado liberal o indivíduo é alçado à condição de criador da realidade social, e ao Estado cumpre reconhecer, garantir e defender aqueles direitos individuais preexistentes.

Com o surgimento da teoria dos Direitos Subjetivos Públicos, desenvolvida especialmente na Alemanha a partir do século XIX, passou-se a conceber o Estado como pessoa jurídica, sendo possível a existência de relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos, as quais podem ser tuteladas pelo Direito e impõem direitos e obrigações para as partes. Desta forma foi possível colocar sob a égide do Direito tanto as relações particulares quanto a própria soberania do Estado. Expoente máximo desta teoria, que é o marco inicial do Estado Moderno, é JELLINEK, a partir de quem a soberania estatal é exercida sobre homens livres.

A limitação jurídica do Estado se justificava em função da garantia de um núcleo de valores indisponíveis ao próprio Estado. Era um conceito calcado principalmente no **jusnaturalismo**, porque fundava-se em direitos inerentes à própria pessoa humana e da livre esfera dos seus direitos naturais.

Sempre como forma de manter a hegemonia, novos contornos e conceitos foram sendo dados ao Estado, passando do Estado Liberal de índole jusnaturalista, para o Estado meramente formal e, por conseguinte, ao Estado de Legalidade. O que varia é o fundamento filosófico da limitação jurídica do poder político, na medida em que os fundamentos do Estado de Direito já não residiam nos direitos naturais, mas numa obediência do Estado às normas e seu processo legislativo.

Essas teorias de legalidade culminaram por propiciar a justificação de Estados autoritários, os quais se firmavam como Estado de Direito porque respeitador das normas vigentes em seu território. “Ainda que se disfarce de neutro e parcial ou se convença de que é anti-ideológico e anti-legitimador, o positivismo jurídico é sempre a tolerância para com o direito dado (o que o torna aceitável por todas as ordens estabelecidas), é sempre adequado, como diz Marcuse, a fundar uma teoria positiva de autoridade”¹⁰.

¹⁰ NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Separata do vol. XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: 1987. p. 128.

Com todo o arcabouço jurídico e ideológico formado somado à sucessão histórica, sucedeu-se em toda a Europa - e em boa parte de mundo - a formação e sustentação de Estados ditos de Direito, mas sem qualquer compromisso liberal ou com o homem.

Em termos operacionais, o Estado liberal optou pelo regime da representação política¹¹, adotando essencialmente o modelo da relação fiduciária. “O representante recebe a confiança do eleitor para decidir de forma autônoma. O eleitor ao votar sabe que transfere ao representante o poder de legislar e estabelecer as normas legais que irão controlar a sociedade. Através de uma ficção jurídica, o eleito representa não somente aqueles que nele votaram, mas toda a nação.”¹²

No Estado liberal os cidadãos que deveriam exprimir sua vontade para a legitimação dos governantes não se identificavam com todo o povo, mas com aqueles que tinham um certo papel econômico na sociedade. Dois eram os fundamentos para essa restrição à atividade política dos indivíduos:

- a) primeiro, sustentava que, uma vez que a independência é a característica essencial do cidadão – portanto, dela decorreria a plenitude dos direitos políticos do cidadão - só poderiam ser titulares de direitos políticos aqueles que dependessem apenas do seu próprio trabalho e engenho, e não do comando alheio. Portanto, trabalhadores assalariados, mulheres, etc. não poderiam votar, nem ser votados.
- b) segundo, profligava que a sociedade política deve ser dirigida através de representantes os mais racionais. E como tais deve-se entender aqueles que têm maiores interesses a proteger, isto é, os proprietários.

Um dos maiores defensores do voto censitário foi Benjamin Constant, para quem a universalização do voto representaria uma séria ameaça à propriedade, pois “o objetivo necessário dos não-proprietários é chegar à propriedade: todos os meios que lhes são dados são empregados para esse fim. (...) esses direitos nas mãos de um maior número servirão infalivelmente para invadir a propriedade. Eles tomarão este voto irregular em vez de

¹¹ O exercício da democracia direta, mesmo em países de dimensões geográficas e populacionais reduzidas, encontra sérios óbices: 1. formação intelectual superior exigida para o exercício da atividade legislativa; 2. emotividade que se exacerba nas reuniões em grupo, especialmente em face da “lei da diminuição da responsabilidade nas massas”; 3. presteza e agilidade que se exige da atividade legislativa. REINHOLD, Zippelius. Teoria Geral do Estado. Trad. de Antônio Cabral de Moncada, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 85/6.

¹² BARRETO, Vicente. Voto e Representação, in Curso de Introdução à Ciência Política, 2ª ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, p.25.

seguir o voto natural, o trabalho: isto será para eles uma fonte de corrupção, para o Estado uma fonte de desordem.”¹³

Evidentemente que, com a evolução histórica e o progresso social e econômico das sociedades, aliado às pressões sociais das classes alijadas do processo político, acaba-se por efetuar o alargamento da participação na direção dos negócios públicos, ainda durante o séc. XIX. É o processo de democratização do Estado liberal, institucionalizado através do sufrágio universal, que veio a redundar no Estado social.

No plano filosófico, há uma evidente contradição entre liberalismo e democracia, na medida em que o primeiro enfatiza a igualdade jurídica formal, e o segundo uma perspectiva igualitária material, ou como enfatiza BOBBIO, a igualdade na saída e na chegada.¹⁴

A igualdade formal do liberalismo possui o significado de que, desconsiderando todas as desigualdades materiais entre os sujeitos, a lei deve ser igual para todos, seja premiando, seja impondo castigos.

Embora historicamente a igualdade formal tenha sido justificada como repúdio ao sistema de privilégios de classe do sistema feudal, o sentido maior desta igualdade formal do liberalismo está relacionado ao âmago do sistema econômico capitalista mercantilista, pois era através dessa premissa, conjugada com o princípio da liberdade de contratar, que se possibilitava ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais valia, pela qual se rege, como seu fundamento primeiro, todo o sistema capitalista. Neste sentido se pronuncia Enzo ROPPO:

“E está também aqui a chave para entender o alcance real do princípio da igualdade (formal) dos sujeitos contraentes: capitalista e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem aparecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma “troca de equivalentes”; a igualdade das pessoas é um reflexo da igualdade das mercadorias trocadas: ainda que tal igualdade seja, na realidade, puramente formal e ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo e expressão da sua própria pessoa ...”¹⁵

Essa contradição intrínseca entre Estado liberal e democracia se torna evidente a partir do momento em que se processa o alargamento do sufrágio universal, como decorrência das pressões sociais das classes trabalhadoras.

¹³ idem, p. 40.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. Op. cit., p.42.

¹⁵ ROPPO, Enzo. O Contrato, Coimbra, Almedina, 1988, p. 40.

Como o demonstra GIANNINI, o Estado pluriclasse – decorrente da participação (ou possibilidade de) de todas as classes sociais na formação do poder político acarretou o abandono das premissas ideológicas que animaram o Estado liberal no séc. XIX. Se antes o Estado era monoclasse, e por essa razão representava a ideologia e os interesses burgueses, agora o Estado é de todas as classes. Como consequência, inserem-se nos ordenamentos jurídicos, notadamente na Constituição, novos elementos materiais dirigidos a propiciar uma certa equalização material na sociedade, de que resultou o Estado Social.¹⁶

O Estado Liberal sofreu, portanto, profunda transformação, adaptando-se como medida de sobrevivência frente à revolução social que se avizinhou.

Com nova roupagem, mas preso às suas premissas de liberdade e propriedade privada, busca-se superar a contradição existente entre igualdade política e desigualdade social. Nasce a noção contemporânea de Estado Social, que mesmo calcado nas garantias do Estado Liberal, estabelece limitações para estas, seja pela função social da propriedade, seja porque assegura direitos sociais aos cidadãos, relativos ao trabalho, educação, previdência, intervém na economia, estende sua influência para quase todos os domínios que antes eram reservados à iniciativa privada.

Após o desastre histórico representado pelas guerras mundiais e pelos Estados autoritários, surge a perspectiva de um **Estado Social** configurado como uma superação do Estado liberal, rompendo com a dicotomia Estado-Sociedade.

Impunha-se a construção de um novo sistema de forças entre Estado e Cidadãos, principalmente diante da grave situação de penúria em que se encontravam a maioria das pessoas. O modelo alternativo que se apresenta decorrente da recém editada Constituição Soviética, passava a ser tomado como referência para muitos que desejam solução parecida.

Esse o pano de fundo para a concepção de um Estado Social Democrático, sob pena de total subversão da ordem vigente (*status quo*) e perda da hegemonia pela burguesia. “...tratava-se agora de proclamar um novo “ethos político”: a concepção da sociedade não já como um **dado**, mas como um objeto suscetível e carente de uma estruturação a prosseguir pelo Estado com vista à realização da justiça social”¹⁷.

Sucedem-se as fases do intervencionismo econômico do Estado, o dirigismo e, por fim, a planificação. O Estado deve agir globalmente, passando a política econômica a se constituir aspecto basilar para a estruturação da sociedade pelo Estado. Se anteriormente o

¹⁶ CASSESE, Sabino. L'Unità del Diritto. Bologna, Il Mulino, 1994.

¹⁷ Idem, p. 193.

Estado já desempenhava funções sociais, como segurança, saneamento, limpeza, etc., agora esta perspectiva é muito maior, havendo uma passagem da quantidade à qualidade da prestação estatal, na expressão de FORSTHOFF.

O Estado Social acaba por se responsabilizar pela libertação da sociedade da miséria, das necessidades e dos riscos. Assim, num processo de estadualização da sociedade e socialização do Estado que se corporiza o princípio da socialidade informadora do novo Estado Social.¹⁸

Em suma, “para que o qualificativo “social” apostado ao Estado não seja mero “afã retórico” não basta a intervenção organizada e sistemática do Estado na economia, a procura do bem-estar, a institucionalização dos grupos de interesses ou mesmo o reconhecimento jurídico e a consagração constitucional dos direitos sociais; é ainda imprescindível a manutenção ou aprofundamento de um quadro político de vida democrática que reconheça ao cidadão um estatuto de participante e não apenas, como diz Garcia-Pelayo, de mero **recipiente** da intervenção “social” do Estado”¹⁹.

Por fim, os elementos caracterizadores do Estado de Direito liberal passam a sofrer alterações para sua qualificação como Estado Social, devendo necessariamente contemplar:

- a) reconhecimento dos direitos sociais em sentido lato como direito fundamental;
- b) reinterpretação dos direitos, liberdade e garantias tradicionais segundo o princípio da sociabilidade;
- c) os direitos fundamentais devem ser concebidos não só como defesa frente ao Estado, mas oponíveis contra terceiros.

Também é necessário o ajustamento na interpretação legislativa, abandonando-se a aceitação de meras leis formais, para uma interpretação em conformidade com as normas e princípios constitucionais.²⁰

Com o início do processo democrático, a partir do Estado Moderno, tornou-se imperiosa e crescente a participação da coletividade no exercício dos Poderes Estatais. Já não se permitia a concentração de poderes exclusivamente nas mãos do soberano, sendo necessária a implementação de mecanismos próprios para a representação da vontade popular na administração do Estado.

¹⁸ Aqui surge a idéia de função promocional do Direito posta à tona por Bobbio, com a noção de sanções positivas.

¹⁹ *Ibidem*, p. 202.

Essa participação pode se dar de diferentes formas, segundo a intensidade de manifestação da vontade popular. Tanto maior a liberdade dos indivíduos na formação da ordem jurídica, tanto maior a participação da vontade popular na ordem jurídica do Estado, maior a aproximação a um sistema democrático. Ao reverso, quanto menor for a representatividade popular, tende-se a um sistema aristocrático. Na verdade, não existe nenhum Estado genuinamente **democrata ou autocrata**, “cada Estado representa uma mistura de elementos de ambos os tipos, de modo que algumas comunidades estão mais próximas de um pólo e algumas mais próximas do outro. Entre os dois extremos existe uma profusão de estágios intermediários, a maioria dos quais sem nenhuma designação específica”²¹.

A noção de democracia está intimamente ligada com as concepções de liberdade e igualdade. Partindo-se de uma sociedade primitiva e natural, em que a liberdade era plena, vai o homem cedendo parte de sua liberdade para a sociedade de modo que possa viver em harmonia. A liberdade deixa de ser absoluta, transformando-se em livre autonomia e liberdade política. Um sujeito é politicamente livre na medida em que sua vontade individual esteja em harmonia com a vontade coletiva expressa na ordem, no contratualismo social de ROUSSEAU. Esta metamorfose da liberdade transforma o estado natural em estado social, em que a vontade individual é substituída pela vontade da maioria.

2. RESERVA DE LEI FORMAL, DELEGAÇÃO DA COMPETÊNCIA NORMATIVA E PODER DISCRICIONÁRIO

As Constituições Modernas, como visto, contêm em seu corpo o Princípio da Legalidade, de modo que a imposição de obrigações, nos Estados Constitucionais de Direito, prescinde de lei para que seja considerada válida.

Porém, conforme a explanação histórica acima delineada, as exigências do modelo de Estado atual (Estado Social) têm se chocado com o Princípio da Legalidade e mesmo com o Princípio da Separação dos Poderes, o que tem obrigado os juristas a reverem suas concepções acerca desses Institutos Jurídicos e, como consequência, até mesmo as Nações a promoverem reformas em suas Constituições, permitindo assim uma adequação à nova realidade que se apresenta.

²⁰ Veja-se o texto de Ronald Dworkin debatido em sala de aula (*Los Derechos en Serio*).

²¹ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado, p. 278.

Com efeito, há autores que já advogam a existência de um novo conceito de lei a ser aplicado no Estado Social de Direito, em que as tarefas do Poder Executivo são cada vez mais amplas, ao contrário do que se dava no denominado Estado Liberal.

Como exemplo podemos citar Cabral de Moncada²² que, em contraposição ao caráter eminentemente genérico e abstrato das normas editadas nos Estados Liberais, sustenta que o Estado Social de Direito exige do legislador o compromisso com formas normativas de um novo conteúdo, muitas vezes individual e concreto²³, sob pena de o legislador ficar aquém dos seus propósitos.

Neste sentido, segundo Cabral de Moncada, alterou-se “profundamente a relação entre o Parlamento e a Administração; esta deixou de assentar num relacionamento entre a vontade geral e a especial, entre a ordem e a ação, limitando-se o Poder Executivo a executar e a aplicar a norma. Hoje em dia, pelo contrário, é palpável a relativa autonomia da vontade do Poder Executivo relativamente ao Parlamento indo até o ponto de criar em favor daquele uma esfera de poder normativo autônomo, particularmente em matérias para que a lei parlamentar não está especialmente vocacionada, como é o caso das matérias econômicas”²⁴.

De fato, é notória a atuação normativa do Poder Executivo em nossos dias, sobretudo no terreno da intervenção do Estado na economia, o que justifica a necessidade de adotarmos um novo conceito de lei diverso daquele adotado no Estado Liberal de Direito.

Vale dizer que a atuação normativa do Poder Executivo, por delegação, tem sido cada vez maior nos Estados Constitucionais de Direito, o que de forma alguma significa afirmar que o Princípio da Legalidade é obsoleto e que, portanto, seu ocaso está próximo. Pelo contrário, tal princípio jurídico continua sendo um dos grandes pilares da Segurança Jurídica essencial a todos os Estados de Direito.

O que não pode ser olvidado é que o Princípio da Legalidade tem sido aplicado de uma forma mitigada nos mais variados ramos do Direito, inclusive no Direito Administrativo, conforme demonstra Alberto Xavier:

“Compara-se com o que sucede, por exemplo, no Direito Administrativo e no Direito Penal: no primeiro, porque as considerações de segurança jurídica nunca conseguiram absorver as de oportunidade e conveniência, próprias da Administração, o princípio da legalidade contenta-se em estabelecer uma mera preeminência da lei ou — para a doutrina ainda hoje majoritária — uma reserva relativa de lei material; mas já no segundo, em que, compreensivelmente, as razões de segurança jurídica são dominantes, o princípio da legalidade sempre se impôs como uma reserva absoluta de lei,

²² MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra: 1998.

²³ Como é o caso de boa parte da legislação de fomento econômico.

²⁴ MONCADA, Cabral, op. cit., p. 51.

lei essa que pode contudo — ao menos no campo das contravenções — ser uma simples lei material.”²⁵

O processo histórico demonstra portanto que, com o advento do Estado Social (Welfare State ou Estado do Bem-Estar Social), a própria concepção de lei deve ser modificada, vez que o Poder Executivo é cada vez mais chamado a atuar nos mais diversos âmbitos das relações sociais, tutelando o interesse público e, no mais das vezes, referida tutela só se torna eficaz mediante a atuação normativa do Executivo, cuja eficácia dependerá da rapidez na tomada da medida adequada.

Neste sentido, é possível afirmar que o Poder Legislativo, em muitas hipóteses, não teria a aptidão nem a agilidade necessárias para solucionar os problemas que se lhe apresentam, qualidades aquelas presentes no Poder Executivo. Daí porque a competência legislativa do Executivo é hoje uma realidade, sendo que o poder discricionário da administração pública assume aqui um papel relevante.

Com efeito, ampliam-se os casos em que — enquanto os regulamentos autônomos não sejam reconhecidos, o que parece inevitável — o legislador dá à Administração Pública a liberdade de escolha para a prática de seus atos, cuja vinculação se restringe à competência e à finalidade, se adotarmos a concepção de André Gonçalves Pereira.

3. CONTROLE JURISDIOCIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Muito se debateu em sala de aula acerca da possibilidade de o Poder Judiciário analisar a validade de atos discricionários²⁶ praticados pela Administração Pública, com posicionamentos inclusive diversos daquilo que considero correto, em especial no que tange à possibilidade de anulação de um ato com a determinação da obrigação de fazer um outro.

Exemplo possível (e utilizado em sala de aula) seria a anulação, pelo Poder Judiciário, de um ato que determinava a construção de uma ponte para que a verba seja utilizada na construção de um posto de saúde, ou vice-versa.

Por mais que hajam determinações de ordem constitucional que assegurem o atendimento hospitalar — e mesmo partindo do pressuposto que determinado Município não ofereça este serviço — não consigo admitir a hipótese de o Judiciário substituir o

²⁵ XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. RT, São Paulo: 1978, p. 44.

²⁶ Há discricionariedade nos casos em que a lei define apenas algumas das condições necessárias ao poder, deixando que a Administração Pública complete o quadro regulativo para o exercício da potestade, através de uma estimativa subjetiva, quer quanto à escolha ou valorização do pressuposto de fato, quer quanto à determinação última do conteúdo concreto da decisão aplicável, dentro das lindes legais, quer quanto a ambos os elementos, ou ainda, quando for impossível a objetivação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Executivo e o Legislativo, impondo obrigações, na tarefa de escolha das necessidades primordiais a serem satisfeitas.

A Constituição Brasileira é primorosa no estabelecimento de obrigações expressas, princípios e diretrizes para a consecução de necessidades públicas, mas ao garantir mais do que o Estado está capacitado a assegurar torna banais aqueles mesmos nobres direitos por ela assegurados, pois ao garantir tudo acaba por não garantir nada.

Posto que impossível assegurar aos cidadãos todos os direitos garantidos pela Constituição, não resta outra possibilidade ao Administrador senão a escolha daquilo que irá realizar, tudo isso a partir dos programas partidários apresentados aos eleitores e na elaboração das legislações orçamentárias.

Pois bem, claro está que muito ficará de fora, não cabendo ao Judiciário suprir, a partir de decisões desastrosas²⁷ que imaginam garantir direitos não satisfeitos — imaginam, sonham, pois alguém terá que pagar a conta ou algum outro direito deixará de ser assegurado em sua substituição — as necessidades não contempladas pelo Poder Executivo ou mesmo pela legislação de referência.

Ao Judiciário resta apenas o controle de certos aspectos do ato administrativo discricionário, tais como se o mesmo foi praticado pela autoridade competente, se foi motivada a partir de um pressuposto de fato realmente existente (a escolha deste pressuposto, por sua vez, é livre), se obedeceu a um certo grau de razoabilidade e proporcionalidade²⁸.

Pretender atribuir ao Judiciário o dever de substituir o Executivo ou o Legislativo nas ocasiões em que aqueles órgãos não suprem as necessidades públicas, mesmo que constitucionalmente asseguradas, é impor uma tarefa que não é dele, inclusive com a completa subversão da ordem política do país.

Daí porque defendo a idéia que está presente em alguns julgados administrativos, a saber:

“A apreciação do mérito, interdita ao Judiciário, é a que se relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da

²⁷ O uso do Poder Judiciário para um fim “não judiciário” deve estar sujeito, na minha opinião, a uma severa responsabilização, tanto do julgador quanto do Estado.

²⁸ “Em suma um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outra; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas, que não autorizam, do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída; ou, como afirma Gordillo: “a) no dé los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentam, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados en el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hechos o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación com lo que se quiere lograr”, in GORDILLO, Agustín A., **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Manchi, 1974, t. I, pág. VIII-30.

lei ou do regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação da lei vigente” (STF, em RDA 2:687).

“As razões do ato discricionário escapam à investigação do Poder Judiciário” (TFR, em RDA 63:106).

“A declaração de utilidade pública, para efeitos de desapropriação, é ato discricionário que não está sujeito à revisão do Poder Judiciário, pela via da ação popular” (TJSP, em RDA 111:269).

“No controle dos atos administrativos, compete ao Judiciário apreciá-los, tão-somente, do ponto de vista da legalidade” (TJAL, em RF 235:233).

“O exame da conveniência e oportunidade do ato administrativo escapa à apreciação do Poder Judiciário” (TFR, em RF 225:96).

“É vedada ao Judiciário a apreciação da conveniência e oportunidade do ato administrativo da Câmara Municipal, mas não a inconformidade com a lei” (TJMT, em RT 446:213).

“Ao Poder Judiciário não cabe apreciar o mérito do ato administrativo, mas apenas a sua legalidade” (TJGO, em RF 236:173).

“Não cabe ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos administrativos” (TJSP, em RDA 75:188).

A função do Poder Judiciário é aplicar a lei, zelar para que a lei seja efetivamente aplicada no país, com o reconhecimento da supremacia da Constituição Federal, no entanto não cabe a este Poder a função de realizar a justiça social ou mesmo a democracia, nem substituir a função executiva.

O Ordenamento Jurídico é constituído por um conjunto de normas com força de obrigatoriedade. É um sistema que expressa a organização do Poder em um dado território. Ou seja, seu papel é o de organizar o exercício do Poder e, em decorrência, permitir, proibir ou ordenar condutas de pessoas. O Direito nunca foi e nem será instrumento de transformação social, pois representa exatamente o contrário, ou seja, a manutenção de uma ordem de Poder dada: o Direito é conservador por excelência, serve para conservar determinada ordem que, se acaso modificada, modificará também o Ordenamento, mas de lá para cá, pois o Direito pode ser transformado e não tem a função de transformar.

Juízes que na sua atuação pretendem transformar a sociedade deveriam, na minha opinião, abandonar a magistratura e ingressarem em movimentos políticos, pois a função da magistratura é aplicar a lei, nos seus estreitos limites. Sabemos que é difícil deter um Poder tão grande porém tão limitado, mas este é o caso do Judiciário.

Não cabe ao Ordenamento Jurídico e sobretudo ao aplicador das regras desse Ordenamento realizar democracia ou suprir (no papel, como ocorre com nossa Constituição Federal de 1988 que de fato tornou o país ingovernável mediante uma série de vinculações ineficazes que deveriam estar reservadas ao legislador infra-constitucional) necessidades coletivas, vez que o mesmo apenas reflete (conserva) aquilo que foi sedimentado nas batalhas políticas historicamente situadas. O ordenamento será democrático se o Poder constituído assim o for, será arbitrários se o Poder existente assim o for, e assim sucessivamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRETO, Vicente. **Voto e representação**, in Curso de Introdução à Ciência Política, 2ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CASSESE, Sabino. **L'Unità del diritto**. Bologna: Il Mulino, 1994.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na constituição de 1988**. RT, São Paulo:1993.
- Constituição da república federativa do brasil, de 5 de outubro de 1998: atualizada até a emenda constitucional nº 15, de 12-9-1996, acompanhada de novas notas remissivas e dos textos integrais das emendas constitucionais e das emendas constitucionais de revisão**. org. por PINTO, Antonio Luiz de Toledo e WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos, 16ª ed., Saraiva, São Paulo: 1997.
- Constituciones de los estados de la unión europea**. org. por LLORENTE, Francisco Rubio e PELÁEZ, Marino Daranas, Ariel, Barcelona: 1997.
- DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1998.
- GORDILLO, Agustín A. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Manchi, 1974.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra: 1998.
- NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Separata do vol. XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: 1987.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Atica, 1962.

REINHOLD, Zippelius. **Teoria geral do estado**. Trad. de Antônio Cabral de Moncada, 2^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

UCKMAR, Víctor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**. RT, trad. por Marco Aurélio Greco, São Paulo: 1976.

XAVIER, Alberto. **Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação**. RT, São Paulo: 1978.