

A NECESSIDADE DA LEI NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONTRA AS INTERVENÇÕES DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO

THE NEED FOR LAW IN THE DEFENSE OF FUNDAMENTAL RIGHTS AGAINST INTERVENTIONS BY THE STATE EXECUTIVE POWER

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho¹

Professor de Direito Administrativo (IDP, Brasília/DF, Brasil)

ÁREA(S): direitos fundamentais; Estado Democrático de Direito; direito constitucional.

RESUMO: O Estado Democrático de Direito tem como um de seus princípios fundamentais o princípio da legalidade, que impõe ao Poder Executivo do Estado a submissão às leis ditadas pelo Parlamento. Nas últimas décadas, tem sido anunciada uma crise da lei parlamentar, o que levaria, em consequência, à perda da centralidade do princípio da legalidade nos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Na realidade, o que está em crise não é a lei, mas um conceito liberal de lei, inaugurado pela Revolução Francesa e que influenciou a legislação ao longo do século XIX. A crítica ao princípio da legalidade

administrativa está muitas vezes ancorada no errôneo “transplante” ou “empréstimo” de conceitos que foram desenvolvidos no contexto político-legal específico dos séculos XVIII e XIX e, portanto, não podem ser utilizados nos sistemas jurídicos contemporâneos. Assim, necessário identificar em que contexto surgiram e quais os pressupostos político-jurídicos dos dois sistemas que servem de espelho para as construções teóricas sobre o princípio da legalidade administrativa, e, a partir de então, demonstrar como esses dois modelos não são mais cabíveis diante das principais transformações que sofreram os Estados nacionais ao longo do século XX.

ABSTRACT: *One of the fundamental principles of the Democratic State of Law*

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Granada, na Espanha. Membro do Núcleo de Comparações Jurídicas Brasil-Europa. Membro do Conselho Editorial da Revista “Debates em Direito Público”. Advogado da União. E-mail: luciano.bicalho@agu.gov.br. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1607452689320575>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5600-4527>.

is the principle of legality, which requires the state executive power to submit to the laws dictated by Parliament. In recent decades, a crisis of parliamentary law has been announced, which would lead to the loss of the centrality of the principle of legality in contemporary legal systems. In reality, what is in crisis is not the law, but a liberal concept of law, inaugurated by the French Revolution and which influenced legislation throughout the 19th century. Criticism of the principle of administrative legality is often anchored in the erroneous “transplantation” or “borrowing” of concepts that were developed in the specific political-legal context of the 18th and 19th centuries and, therefore, cannot be used in contemporary legal systems. Thus, it is necessary to identify in which context they arose and which are the political-legal presuppositions of the two systems that serve as a mirror for theoretical constructions on the principle of administrative legality, and, from then on, to demonstrate how these two models are no longer applicable in the face of the main transformations that national states underwent throughout the 20th century.

PALAVRAS-CHAVE: princípio de legalidade administrativa; a lei na Revolução Francesa; a lei na formação do Estado alemão; mudanças no conceito de lei no século XX.

KEYWORDS: *principle of legality; the law in the French Revolution; the law in the formation of the German State; changes in the concept of law in the 20th century.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os sistemas jurídicos de referência: da Revolução Francesa ao movimento de restauração na Alemanha; 2 A transformação da lei a partir do século XX; 3 O princípio de legalidade após as transformações ocorridas no século XX; 4 Em defesa da centralidade do princípio da legalidade nos ordenamentos jurídicos contemporâneos; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The legal systems of reference: from the French revolution to the restoration movement in Germany; 2 The transformation of the law from the 20th century; 3 The principle of legality after the transformations occurred in the twentieth century; 4 In defense of the centrality of the principle of legality in contemporary legal systems; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito, que emergiu na Europa após a Segunda Guerra Mundial e se estendeu posteriormente a todos os continentes, assenta-se em quatro princípios fundamentais:

a soberania popular, a divisão dos poderes do Estado, a garantia dos direitos fundamentais e o princípio da legalidade².

O princípio da legalidade na esfera administrativa consubstancia-se, em linhas gerais, na submissão dos atos da Administração Pública às leis ditadas pelo Parlamento. Para que a Administração não se desvie de seus objetivos legítimos, as atividades de legislar e administrar são encarregadas a estruturas estatais diversas, formadas por um corpo de agentes distintos, e a atividade administrativa, que se manifesta mediante atos concretos e individualizados, resta subordinada à atividade legislativa, que se expressa mediante leis gerais e abstratas.

A natureza e os limites da submissão do Poder Executivo do Estado à lei, entretanto, não estão adequadamente fixados, o que resulta no enfraquecimento do princípio da legalidade administrativa e, conseqüentemente, deixa os direitos fundamentais dos indivíduos mais vulneráveis a intervenções ilegítimas.

Em 1789, o art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão determinou a submissão absoluta da Administração Pública às leis parlamentares: “A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene”. Esse conceito de legalidade espalhou-se amplamente pelos sistemas jurídicos da tradição romano-germânica e ainda hoje influencia a redação de diversas constituições mundo afora. Cite-se, como exemplos, a Constituição francesa de 1958 (preâmbulo), a Constituição italiana (art. 23), a Constituição argentina (art. 19), a Constituição austríaca (art. 18), além da Constituição brasileira (art. 5º).

Talvez devido à difusão do texto do art. 5º da Declaração de 1789, muitos juristas continuam conferindo ao princípio de legalidade administrativa a mesma conotação que se lhe reconheciam na Declaração de 1789³, o que constitui um grave anacronismo, pois esse conceito refere-se a um período muito específico

² A doutrina difere quanto aos princípios fundamentais que dão identidade ao Estado Democrático de Direito. Coincidimos, em nossa definição, com a classificação de COSCULLUELA MONTANER, Luis. *El principio de legalidad como vertebrador del Estado de Derecho: su lenta y accidentada institucionalización en España*, 2010.

³ No Brasil, por exemplo, cite-se MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 141; GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 71; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 65.

da história, cujas características são absolutamente diversas das realidades político-jurídicas das democracias atuais.

Evidentemente, nem todos concordam que o princípio de legalidade administrativa atualmente coincide com aquele elaborado pelos revolucionários franceses. Contudo, quando se diverge da interpretação de que a Administração Pública só pode fazer o que a lei expressamente prevê (vinculação positiva à lei), comete-se, comumente, o equívoco de considerar que, portanto, o princípio da legalidade administrativa significa justamente o contrário, ou seja, que a Administração pode fazer tudo aquilo que não esteja proibido por uma lei (vinculação negativa à lei). Esta última ideia de simples vinculação negativa à lei, sem embargo, corresponde ao modelo das monarquias dos Estados da Confederação Germânica fundado pelo Congresso de Viena de 1815, e que, da mesma forma que o modelo francês de 1789, em nada corresponde com a realidade político-jurídica atual.

O debate sobre a submissão da Administração Pública à lei, portanto, oscila, como um pêndulo, entre dois lados: ou se defende que a administração só pode fazer o que a lei expressamente permite (vinculação positiva à lei) ou que a administração pode fazer tudo o que não é proibido por lei (vinculação negativa à lei). Os dois modelos de referência, entretanto, são apenas duas entre tantas possíveis formas de organização e controle do Poder Executivo do Estado. O princípio da legalidade, como, de resto, qualquer instituto jurídico, faz parte de uma técnica de organização social e, portanto, reflete uma solução para um problema específico que surge: a ordenação dos elementos e forças sociais em um dado momento. Consequentemente, esse conceito altera-se conforme variam as estruturas sociais. Como bem disse Dietrich Jesch (1978, p. 5), *“las cuestiones cardinales del principio de legalidad han de ser resueltas con referencia a una determinada situación constitucional”*. Não se deve, por isso, cometer o erro de considerar como categorias universais o que nada mais são do que respostas a demandas históricas específicas de um determinado sistema de organização jurídico-política.

Fundados nesses dois modelos de conceitos de legalidade, especialmente no modelo francês, muitos consideram que o princípio de legalidade administrativa está em crise e já não possui mais papel central na organização dos poderes do Estado. Estas críticas, contudo, estão ancoradas no errôneo “transplante” ou

“empréstimo”⁴ de conceitos que foram desenvolvidos no contexto político-legal específico dos séculos XVIII e XIX e, portanto, não podem ser utilizados nos sistemas jurídicos contemporâneos.

O presente artigo pretende apresentar os contextos em que surgiram e quais os pressupostos dos dois sistemas que servem de espelho para as construções teóricas sobre o princípio da legalidade, e, a partir de então, demonstrar como esses modelos não são mais cabíveis diante das principais transformações que sofreram os Estados nacionais ao longo do século XX.

Não se pretende determinar qual o modelo atualmente vigente, o que, desde logo, requer a análise individualizada de cada ordenamento jurídico, uma vez que a natureza e os limites da submissão da Administração Pública à lei dependem da específica organização das forças políticas e da consequente organização dos poderes do Estado. Pretende-se apenas demonstrar que a pretensa crise do princípio de legalidade administrativa reflete muito mais a crise de certo modelo de legalidade, que de fato não é mais cabível nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, e que o princípio segue sendo elemento central da organização do Estado.

1 OS SISTEMAS JURÍDICOS DE REFERÊNCIA: DA REVOLUÇÃO FRANCESA AO MOVIMENTO DE RESTAURAÇÃO NA ALEMANHA

O princípio da legalidade administrativa é um dos produtos da longa luta entre o monarca e os estamentos da sociedade moderna. A formação dos Estados nacionais e a consequente centralização do poder nas mãos do rei quebraram o delicado equilíbrio entre a monarquia e as classes feudais, que foi assegurado na Idade Média por meio do contrato de vassalagem. Os estamentos, especialmente a burguesia em formação, reivindicam o poder político através da submissão do Poder Executivo do Estado (nas mãos do rei) às normas ditadas por uma assembleia de legisladores representantes desses grupos sociais, o que, resumidamente, é a ideia central do princípio da legalidade administrativa em sua origem⁵.

⁴ Sobre os conceitos de “transplante” ou “empréstimo” constitucional, cf. PERJU, Vlad. *Constitutional transplants, borrowing, and migrations. Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁵ Os conflitos entre o rei e os estamentos da sociedade se iniciam na Baixa Idade Média e avançam até a Idade Moderna, gerando a celebração de diversos pactos entre o rei e os estamentos, podendo-se destacar, entre os mais importantes, a Carta de *Lorris* de 1155; as Declarações das Cortes de León de 1188; a *Magna Charta* de 1215; os *Fueros* de Aragão de 1247; a Bula de Ouro do rey André II de Hungria

Nesta contenda, cada uma das partes litigantes elabora a respectiva teoria jurídica que dá suporte às suas pretensões. De todas as disputas históricas travadas entre burguesia e monarquia, destacaram-se duas, que condicionaram a teoria do direito administrativo que se seguiu: França revolucionária do final do século XVIII e Estado alemão em formação no século XIX.

1.1 O MODELO DA REVOLUÇÃO FRANCESA

A Revolução Francesa significou efetivamente a ruptura⁶ de um mundo ordenado pela tradição para um mundo construído pela vontade do homem livre para decidir seu destino através dos critérios da razão universal. Os representantes do terceiro estado que, em 17 de junho de 1789, se autoproclamam representantes da nação francesa não queriam apenas a abolição do sistema político vigente, mas de toda a estrutura estamental da época, criando uma nova sociedade “*ex nihilo*”, ou seja, livre de qualquer preconceito ou condicionamento social anterior, construída exclusivamente pela vontade do homem livre e racional.

Orientados pela filosofia liberal iluminista, os franceses reconhecem, por meio da Declaração de Direitos do Homem e do cidadão de 1789, que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (art. 1º). Sendo todos os indivíduos naturalmente livres e iguais, defende Locke (2019, p. 176), um dos pensadores que mais influenciou o pensamento da época, “ninguém pode ser retirado desse estado e se sujeitar ao poder político de outro sem o seu consentimento”. Dessa maneira, completa Locke, o poder político surge do

de 1222; a *Petition of Right*, de 1628; e a *Bill of Rights*, de 1689. Essas declarações de direitos, no entanto, diferenciam-se bastante do conceito atual de declaração de direitos. Primeiro, porque não pretendiam criar nenhum novo direito novo, mas restabelecer ou reafirmar a validade das “leis fundamentais do reino”, direitos adquiridos historicamente, decorrentes dos laços de fidelidade e proteção que obrigam senhores e vassallos, de acordo com sua posição na organização social. Ademais, não tinham aspirações de universalidade, mas apenas reivindicavam respeito por algumas liberdades específicas em favor de certos grupos sociais, especialmente a nobreza.

⁶ Ainda que para alguns, a exemplo de Alexis de Tocqueville (1996, p. 105), a revolução tenha inovado muito menos do que em geral se supõe, a Revolução Francesa representou uma mudança radical no fundamento da autoridade política e na organização jurídico-política do Estado. Celotto y Conte (2007, p. 125-142) ressaltam que “*lo spirito rivoluzionario volle affidare alla legge il compito di rinnovare profondamente il sistema del diritto vigente in Francia. Si prenda ad esempio la dichiarazione del 1789: la legge è espressione della volontà popolare, uguale per tutti (art. 6), sola fonte di determinazione dei reati e delle relative pene (arts. 7 e 8), è la sola fonte che possa determinare i limiti della libertà individuale, altrimenti inviolabile (art. 4); è anche strumento di garanzia contro gli abusi degli ufficiali pubblici (art. 9), ed è metro dell'ordine pubblico (arts. 10 e 11)*”.

livre acordo de todos os membros da sociedade, isto é, surge de uma espécie de contrato social: “A única maneira pela qual alguém se despoja de sua liberdade natural e se coloca dentro das limitações da sociedade civil é através de acordo com outros homens”.

Esse corpo de associados que vive sob uma lei comum, a que Sieyès (1989, p. 61) chamou de “nação”, goza de absoluta liberdade para criar as normas que regulam as relações sociais sem nenhuma limitação externa, ou seja, é soberano, conforme previsto no art. 3º da Declaração de 1789: “O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação. Nenhum corpo ou indivíduo pode exercer qualquer autoridade que não emane expressamente dela”. Logo, a vontade geral da nação é constitutiva do poder do Estado e fundamento de validade de todos seus atos. Contudo, assim que fundado o Estado, o exercício desta soberania é definitivamente transferido para a Assembleia Nacional, que se torna o único legislador, em conformidade com o disposto na Constituição de 1791⁷.

No regime político instaurado pelos franceses, a lei se converte não apenas na suprema, mas na única fonte legítima de atribuição de um poder político. Como defendia Sieyès (1989, p. 111), a lei é a forma de expressão da vontade soberana da nação, cujo conteúdo só pode ser o interesse comum, e, por isso, a lei é superior (todos os outros atos de poder lhe estão submetidos) e ilimitada (pode dispor sobre qualquer assunto). À soberania da vontade que expressa corresponde a soberania da lei, que é, com efeito, uma “*norma omnipotente, que puede regular cualquier materia, sin limitación alguna*” (Muñoz Machado, 2015, p. 37). Esse conceito de lei foi consagrado na Constituição francesa de 1791: “Não há autoridade na França superior a da lei; o rei reina apenas por ela, e somente em nome da lei ele pode exigir obediência”.

⁷ “Título III - Dos Poderes Públicos. Art. 1º A Soberania é uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o exercício. Art. 2º A Nação é a única da qual emanam todos os poderes, mas não pode exercê-los senão por delegação. A Constituição francesa é representativa: os representantes são os Corpos legislativos e o Rei. Art. 3º O Poder Legislativo é delegado a uma Assembleia Nacional composta por representantes temporários, livremente eleitos pelo povo, para ser por ela exercido, com a sanção do Rei, da maneira que será determinada logo em seguida. [...] Capítulo III - Do Exercício do Poder Legislativo. Seção primeira. Poderes e Funções da Assembleia Nacional Legislativa. Art. 1º A Constituição delega exclusivamente ao Corpo Legislativo os poderes abaixo: 1º propor e decretar as leis: apenas o Rei pode convidar Corpo legislativo a tomar uma proposta em consideração; [...]”

Consequentemente, a lei é a única fonte da qual derivam obrigações juridicamente válidas, ou seja, todos os fatos e atos jurídicos só são reconhecidos pela ordem jurídica se forem regulados por uma lei, que, única fonte habilitada a intervir na liberdade dos indivíduos, conforme restou determinado pelo art. 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Uma vez que a nação é soberana e todo poder político emana apenas dela, a Assembleia Nacional que a representa está na cúspide da estrutura do estado⁸, é o único poder político constituído que detém a prerrogativa de manifestar a vontade geral da nação, o único com capacidade para dar movimento ao Estado, de criar direitos e instituir obrigações. Os demais são “poderes derivados”, meros executores das decisões do Poder Legislativo⁹. Daí a absoluta submissão do Poder Executivo ao Poder Legislativo do Parlamento ou, do ponto de vista dos atos de cada um destes poderes, a total submissão do ato administrativo à lei, expressamente consagrada no art. 6º, capítulo IV, do título III da Constituição de 1791: “O Poder Executivo não pode ditar qualquer lei, nem mesmo provisória, mas apenas declarações em conformidade com as leis para ordenar ou revogar a sua execução”.

Conforme destacado por Zagrebelsky (2011, p. 27), *“La Asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples ‘autoridades’ derivadas”* por lo que *“la ausencia de leyes – leyes que atribuyesen potestades a la Administración – significaba para esta la imposibilidad de actuar”*.

Foi concebido, em suma, um conceito formal de lei como ato pelo qual adquirem forma as decisões do Parlamento¹⁰. Uma vez que o Parlamento é o órgão representativo do corpo social soberano, não existem limites materiais às leis parlamentares. Assim, *“no es posible ninguna referencia al contenido de la ley, pues sería incompatible con el supuesto de la ley, la soberanía parlamentaria”* (De Cabo Martín, 2000, p. 29). Como nenhuma delimitação é possível, o poder soberano expresso nas leis não é sequer limitado pela Constituição, uma vez que ambas as normas são expressão desse mesmo poder.

⁸ Como adverte António Pedro Barbas Homem (2001, p. 189), o princípio de separação dos poderes foi desenhado não só para garantir a autonomia dos poderes, mas para impor a supremacia do Poder Legislativo.

⁹ Cf. VEDEL, Georges. El problema de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo. *Revista de Ciencias Sociales*, v. III, n. 2, p. 284, jun. 1959.

¹⁰ Cf. DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000. p. 29.

1.2 O MODELO DO ESTADO ALEMÃO DO SÉCULO XIX

Após a derrota de Napoleão Bonaparte, nos anos de 1814 e 1815 houve uma série de reuniões entre as autoridades diplomáticas dos países europeus, conhecidas como Congresso de Viena, em que se consolidou a restauração dos governos do continente sob a égide do princípio monárquico (*Monarchische Prinzip*).

Um dos resultados do Congresso de Viena foi a fundação da Confederação Germânica, que unificou os reinos alemães em uma confederação de Estados soberanos presidida pela Casa dos *Habsburgo* da Áustria¹¹. A Ata elaborada ao final do Congresso declarava que todos os poderes do Estado eram conferidos ao rei como chefe de Estado (princípio monárquico)¹². No entanto, a admissão do princípio monárquico com a extensão reconhecida no período anterior à Revolução Francesa não era mais possível. A força adquirida pela burguesia, além da experiência da soberania popular vivida na Europa nos anos de expansão das revoluções liberais, tornou impossível a volta ao dogma absolutista da soberania exclusiva do monarca¹³.

Nos reinos alemães, nem a monarquia nem a burguesia tiveram força para se imporem. Não houve, em plenitude, nem revolução (ou pelo menos não houve revolução vitoriosa¹⁴), nem restauração do absolutismo, mas sim uma reforma liberal do absolutismo monárquico¹⁵.

¹¹ Cf. CLARK, Christopher. Germany 1815-1848: restoration or pre-march? In: BREUILLY, John (Org.). *Nineteenth-Century Germany: politics, culture and society 1780-1918*. London: Arnold, 2001. p. 41.

¹² “Art. 57. Posto que a Federação Alemã, com exceção das cidades livres, é composta por reinos soberanos, todo o poder do Estado deve permanecer unido no Chefe de Estado, como consequência do conceito fundamental aqui estabelecido, e o soberano só pode estar vinculado à participação dos estamentos no exercício de determinados direitos em virtude de uma Constituição estatal.”

¹³ Cf. HEUN, Werner. *El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX*. Universidad de Oviedo, Editorial Fundamentos Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, n. 2, 2000.

¹⁴ A Alemanha também foi varrida pela avalanche de revoluções que eclodiram na Europa em 1848. Representantes dos liberais e radicais, que exigiam reformas de natureza liberal, se automearam representantes do parlamento alemão, que, todavia, ainda não existia, e, em 1849, redigiram uma constituição que unificou o Estado alemão por meio de reformas radicais no sistema político (consagração da separação de poderes, reconhecimento de um amplo rol de direitos e liberdades fundamentais, entre outras reformas liberais) (Lanchester, 2009). No entanto, o rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, esmagou o movimento liberal e, alguns meses depois, outorgou uma nova constituição, restaurando o princípio monárquico.

¹⁵ Cf. GARCÍA, Joaquín Abellán. Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Mohl. *Revista de Estudios Políticos*, n. 33, p. 123-146, 1983.

Na luta pelo poder, a burguesia exigia principalmente que fosse garantido o direito à propriedade e às liberdades públicas fundamentais reivindicadas pelo liberalismo do século XIX (liberdade de religião, movimento, manifestação do pensamento, reunião, entre outras), enquanto a monarquia exigia a submissão de todo o reino ao poder político do rei.

A solução foi o reconhecimento do poder originário do monarca, no entanto, com o compromisso de que a intervenção na liberdade e propriedade dos indivíduos só seria admitida por meio de lei ditada com a colaboração dos representantes dos estamentos. Como consequência da falta de legitimidade democrática do Poder Executivo do Estado, exercido pelo Monarca, exigia-se que as decisões consideradas fundamentais para os cidadãos (essencialmente, a burguesia) obtivessem sua aprovação prévia por meio da representação parlamentar¹⁶.

De acordo com a regra estabelecida na Ata suplementar do Congresso de Viena, redigida em 15 de maio de 1820, a totalidade do poder estatal permanecia nas mãos do monarca, mas, por meio de uma constituição, o exercício de certos direitos poderia ser condicionado à participação dos estamentos sociais (art. 57). Não se definiram as hipóteses em que a participação dos estamentos seria obrigatória; contudo, desde as primeiras constituições territoriais outorgadas pelos estados alemães durante o século XIX, a participação dos estamentos estava destinada a questões relacionadas aos direitos naturais de liberdade e propriedade¹⁷.

Havia, assim, um poder político, não jurídico, exercido pelo rei, juridicamente limitado pela necessidade de aprovação dos estamentos em relação aos atos que afetavam a liberdade e a propriedade dos súditos. O arranjo das forças políticas nos territórios alemães, portanto, não se enquadrava nas teorias jurídicas do absolutismo moderno, baseadas no conceito de soberania

¹⁶ Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, v. I, 2017. p. 190.

¹⁷ Esse conceito encontrou sua formulação paradigmática na Constituição da Baviera de 1818: “Sem a consulta e o consentimento dos estamentos do reino, não se aprovará nenhuma nova lei geral que afete a liberdade da pessoa ou a propriedade dos cidadãos, nem modificar qualquer lei preexistente, interpretá-la autenticamente ou revogá-la”. A fórmula aparece pela primeira vez na Constituição da Baviera de 1808, que, no entanto, não chegou a entrar em vigor. Mais tarde, foi expandida para várias outras constituições, como a Constituição do Ducado de Nassau de 1814, Constituição do Grão-Ducado de Baden de 1818, Constituição da Baviera de 1818, Constituição da Saxônia-Meiningen de 1829, Constituição da Saxônia-Altenburg de 1831, entre outras.

do príncipe, cujo atributo essencial e primeiro, segundo a clássica lição de Bodin (1997, p. 71), é o poder de promulgar leis que vinculam a todos, sem a necessidade de qualquer consentimento. Por outro lado, também não se enquadrava nos preceitos legais do Iluminismo, baseados na ideia de Kant (2005, p. 143) de lei como autodeterminação do povo, onde a lei é a própria expressão da soberania popular.

A justificação teórica da fórmula de legalidade alemã tocou sobretudo a Paul Laband e tem sua origem na rejeição, em 1862, do projeto de orçamento apresentado ao Parlamento prussiano pelo Chanceler Bismarck. O governo pretendia naquele ano iniciar uma ampla reforma de expansão e modernização do Exército prussiano. O Parlamento, sem embargo, não consentiu com os gastos respectivos e rejeitou o projeto de lei orçamentária.

Apesar da rejeição, o governo realizou as reformas pretendidas sob o argumento de que a organização das forças armadas era uma questão de natureza administrativa e, portanto, estaria incluída na esfera do poder soberano do rei, de acordo com a fórmula do princípio monárquico.

A atitude do governo criou um problema legal. O art. 99 da Constituição prussiana¹⁸ estipulava que o orçamento do Estado seria definido anualmente por uma lei, e, por outro lado, o art. 62¹⁹ exigia a aprovação do Parlamento para a promulgação de leis. No entanto, não existia qualquer disposição normativa para o caso de que não se chegasse a produzir o acordo entre o rei e as Câmaras sobre o orçamento do Estado.

A disputa termina com a vitória do governo. Em 3 de setembro de 1866, o parlamento aprovou uma resolução de “indenidade”, com a qual valida as despesas que o governo havia feito desde 1862 sem uma lei orçamentária que as autorizasse. A prevalência do governo na solução do conflito, contudo, criou um imbróglio jurídico, uma vez que a Constituição prussiana exigia que o orçamento anual fosse estabelecido por meio de uma lei parlamentar.

Em seu trabalho “*Das Budgetrecht: Nach Den Bestimmungen Der Preussischen Verfassungs-Urkunde Unter Berücksichtigung Der Verfassung Des Norddeutschen Bundes*”, escrito em 1871, Paul Laband tenta apresentar a justificativa teórica

¹⁸ “Art. 99. As receitas e despesas devem ser fixadas anualmente com antecedência e incluídas no orçamento, que deve ser determinado por uma lei a ser votada todos os anos.”

¹⁹ “O Poder Legislativo reside no Rei com as duas Câmaras, cujo acordo é necessário para a promulgação de uma lei.”

para a prevalência do governo no conflito com o parlamento. Segundo o autor, ao determinar que o acordo do rei e das Câmaras é indispensável para toda lei, a Constituição prussiana utiliza o conceito material de lei, uma norma contendo uma regra de direito (*Rechtssatz*), ou seja, uma regulação externa da conduta alheia, uma norma para regular relações jurídicas (Laband, 1979, p. 21)²⁰. De acordo com este conceito de regra de direito, a lei orçamentária, bem como as demais normas de organização do Estado, não teriam o caráter de normas jurídicas.

O sistema político-jurídico alemão do século XIX está, portanto, estruturado sob a dicotomia Estado *versus* sociedade. O Poder Executivo do Estado é a esfera da política, o domínio soberano do rei, fora de qualquer controle jurídico, enquanto a sociedade é o domínio da liberdade (e da propriedade), esfera protegida pelo direito, onde só a lei pode intervir legitimamente²¹. Onde acaba o domínio do povo sobre a legislação, persistia, no entanto, o direito ilimitado do Poder Executivo monárquico. Somente o território conquistado pela sociedade era iluminado pelo direito; de resto, reinava o “não-direito” do absolutismo.

De acordo com essa concepção dualista, destaca Zagrebelsky (2011, p. 27), a Constituição atribuía ao Poder Executivo a titularidade originária de todos os poderes necessários à proteção dos interesses do Estado, por isso a ausência de leis implicava ampla liberdade para a Administração adotar qualquer medida para atingir seus próprios fins.

2 A TRANSFORMAÇÃO DA LEI A PARTIR DO SÉCULO XX

A natureza e a extensão da vinculação do Executivo à lei sofreram profundas mudanças na segunda metade do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, resultando na inadequação das formulações anteriores. Três fenômenos tiveram maior impacto na relação entre a lei e os atos do Executivo:

²⁰ A concepção de Laband de “regra de direito” reflete, assim, o conceito de direito de Kant (2005, p. 38) estabelecido em *A metafísica dos costumes*: “*El derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad*”. Nas palavras de Laband (1979, p. 29): “*La palabra ley es muchísimo más antigua que la forma constitucional del Estado y ha sido objeto, especialmente en Alemania, de un uso y concepción generales antes de que se pensara en una limitación del soberano por parte de una corporación parlamentaria. Por eso la ley no tenía absolutamente ninguna clase de relación con los derechos de la representación del pueblo, significando únicamente la declaración de un principio jurídico, la fijación querida y consciente de una norma. En consecuencia, no es ley toda manifestación de la voluntad estatal, sino solamente aquella cuyo contenido sea un precepto jurídico, una norma para regular o resolver relaciones jurídicas*”.

²¹ Cf. JESCH, Dietrich. Ob. cit., p. 112.

o advento das Constituições normativas, o reconhecimento constitucional do pluralismo social e, finalmente, a consagração dos direitos sociais.

2.1 A CONSTITUIÇÃO NORMATIVA

A concepção de soberania do liberalismo do século XIX não admitia que se esgotasse ou sequer diminuísse sua força jurídica com a promulgação da Constituição, senão que mantinha a mesma força no Poder Legislativo do Parlamento. Não havia supremacia hierárquica da Constituição sobre as leis.

A Constituição, por sua vez, não tinha força normativa, ou seja, não regulava diretamente as relações jurídicas. Sua função era essencialmente política, “*de articulación de los órganos superiores del Estado*” e “*organización de los modos de producción del Derecho*” (Rubio Llorente, 1983, p. 425). Quando dispunha sobre valores ou finalidades a serem alcançados, a Constituição possuía natureza programática de meras diretrizes para a atuação futura dos poderes constituídos, destituída, entretanto, de qualquer valor normativo cogente.

O caráter meramente programático (nominal) das declarações de direito dos séculos XVIII e XIX, que garantiam apenas a segurança e a igualdade formal (igualdade perante a lei), foi duramente criticado pelos movimentos sociais do final do século XIX e início do século XX. Em resposta, desde a Constituição de Weimar de 1919, foram elaboradas declarações constitucionais de direitos sociais (proteção do trabalho, previdência social, assistência à saúde etc.), reconhecidas como de aplicação direta e imediata, sem necessidade da intervenção do legislador²². As constituições dos Estados europeus e do ocidente em geral deixam de ser meramente nominais e tornam-se verdadeiras constituições normativas, de acordo com a nomenclatura criada por Karl Loewenstein (1976, p. 218).

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 dizia que “uma Sociedade em que a garantia dos Direitos não é estabelecida [...] carece de uma Constituição”, mas, paradoxalmente, os direitos reconhecidos na declaração careciam de qualquer meio de proteção, o que levava à sua ineficácia. A articulação da ordem sob a mística da soberania política juridicamente manifestada na lei fez da própria lei a garantia dos direitos, ou melhor, de todo o Direito, o que, ao fim

²² Cf. DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Grupo Planeta (GBS), 1987. p. 80.

e a cabo, resultou na negação dos direitos, que ficaram, efetivamente, à inteira disposição do Poder Legislativo, sem qualquer garantia própria²³.

No século XX, a fim de se garantir a proteção desses direitos, a Constituição receberá proteção especial do sistema jurídico, a partir do reconhecimento da supralegalidade formal da Constituição e da construção de um sistema de garantia dessa supralegalidade por meio do controle de constitucionalidade das leis idealizado por Kelsen e implementado, pela primeira vez, na Constituição alemã de Weimar de 1919 e na Constituição austríaca de 1920.

A consideração da Constituição como norma jurídica afeta o aspecto formal da lei, que é transferida para um plano hierarquicamente secundário, e também o aspecto material, ao condicionar o próprio conteúdo da lei, que deverá “*ajustarse a los fines, principios y hasta contenidos concretos establecidos por la Constitución*” (De Cabo Martín, 2000, p. 80). O legislador já não é soberano, pois submetido não só à forma, mas também ao conteúdo da Constituição, que prevê direitos imunes à intervenção democrática. Como bem observado por Balaguer Callejón (2017, p. 123):

Se produce una disociación del concepto de democracia utilizado en el primer constitucionalismo de tal modo que, por encima de la voluntad democrática ejercida dentro del marco constitucional, se sitúa la democracia constitucional, a la que el legislador, la mayoría en definitiva, debe siempre someterse.

2.2 PLURALISMO JURÍDICO

A segunda metade do século XIX e o início do século XX foram períodos marcados pela difusão de revoluções e movimentos populares que exigiam melhores condições de vida e igualdade material, e não apenas a igualdade formal (perante a lei) garantida pelo Estado liberal do século XIX. Esses movimentos levaram à formulação de um novo modelo de organização do Estado, baseado no reconhecimento da pluralidade de interesses na sociedade e na busca da satisfação das necessidades materiais dos indivíduos.

A construção dos dogmas jurídicos que sustentaram esta nova concepção de Estado, denominada Estado Social de Direito (*Sozialrechtsstaat*), deve-se em

²³ SALVADOR, Bartolomé Clavero. “Garantie des droits”: emplazamiento histórico del enunciado constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 81, p. 19, 1993.

grande parte a Herman Heller, que buscou uma solução para os problemas sociais por meio do aperfeiçoamento do Estado de Direito liberal, em oposição às soluções revolucionárias e autoritárias apresentadas pelos teóricos do socialismo e do fascismo²⁴.

Heller (1968, p. 201) censura o universalismo abstrato do Estado liberal e todas as teorias que defendem a existência de uma vontade política unitária. Sua crítica, portanto, ataca diretamente o conceito de vontade geral apresentado por Rousseau.

Reconhecendo o pluralismo social como uma realidade empírica da contemporaneidade, Heller lança assim a semente da teoria do pluralismo jurídico e da defesa da democracia parlamentar não como uma expressão de uma vontade geral inexistente, mas sim como um método adequado para tomar decisões políticas legítimas nas sociedades pluralistas²⁵. O reconhecimento do pluralismo social levará também à substituição da lei, expressão da vontade da maioria política, pela Constituição, que reflete o consenso fundamental da sociedade, como fonte suprema do sistema jurídico. O eixo fundamental do ordenamento já não está estruturado sobre a soberania da vontade do povo ou do monarca, mas sobre a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

Há, portanto, uma importante mudança epistemológica, expressa na *“quiebra de la razón configurada desde la Ilustración, de su abstracción, generalidad y objetividad y su sustitución por lo concreto, lo empírico y lo subjetivo”* (De Cabo Martín, 2000, p. 74), que, portanto, mudará o entendimento do direito, não mais considerado expressão de uma razão universal, mas compromisso possível entre a totalidade dos interesses sociais em conflito.

2.3 DIREITOS SOCIAIS

A natureza dos direitos sociais levou à alteração na forma de agir do Estado. Os direitos sociais não são, como as liberdades civis e políticas, direitos negativos de proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, mas direitos que, para sua concretização, requerem prestações positivas a cargo do Estado.

²⁴ Cf. HELLER, Herman. *Estado de derecho o dictadura*. Id., Escritos Políticos, Madrid: Alianza Universidad, 1985. p. 283 y ss.

²⁵ Cf. MARTÍN, Sebastián. Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del *“soziale Rechtsstaat”*. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933). *Res Publica – Revista de Filosofía Política*, v. 25, p. 156-157, 2011.

Como consequência, é atribuída diretamente ao Poder Executivo a obrigação de satisfazer os direitos sociais previstos na Constituição, sem a necessidade de intermediação de uma lei autorizadora.

Além disso, os direitos sociais, na medida em que visam possibilitar a igualdade concreta de sujeitos em situações desiguais, muitas vezes exigem a avaliação individualizada da medida a ser adotada pela Administração para a satisfação desses direitos, o que significa que a lei, geral e abstrata, não é suficiente para definir completamente o conteúdo da ação administrativa. Como bem destacado por Zagrebelsky (2011, p. 35):

La ley, por ello, ya no es más necesaria ni suficiente para determinar la conducta de la Administración Pública. En presencia de objetivos sustanciales de amplio alcance, indicados necesariamente mediante formulaciones genéricas y cuya realización supone una cantidad y variedad de valoraciones operativas que no pueden ser previstas, la ley se limita a identificar a la autoridad pública y a facultarla para actuar en pro de un fin de interés público. Para todo lo demás, la Administración actúa haciendo uso de una específica autonomía instrumental, cuyos límites, en relación con el respeto a las posiciones subjetivas de terceros, resultan fundamentalmente imprecisos.

Esta mudança na forma de atuar do Estado – de garantia de espaços de liberdade para uma ação positiva de satisfação de necessidades específicas – afeta, sobretudo, o âmbito da “reserva legal”. Balaguer Callejón (2017, p. 190) adverte que a criação de espaços reservados à lei “*como mero límite a los actos de intervención del Estado en la propiedad y la libertad de los ciudadanos podría dejar a la libre decisión del reglamento la mayor parte de la actividad estatal*”. Por outro lado, acrescenta o autor, “*la extensión excesiva y el entendimiento rígido en este ámbito del instituto de la reserva, podría dificultar el cumplimiento por el Estado de esa actividad prestacional, para la cual el reglamento se revela como un instrumento indispensable*”.

3 O PRINCÍPIO DE LEGALIDADE APÓS AS TRANSFORMAÇÕES OCORRIDAS NO SÉCULO XX

O sistema jurídico proposto pelo liberalismo do século XIX foi, desde a sua origem, um projeto com efeitos limitados e que, por essa razão, se sustentou com relativo sucesso durante um curto período de tempo, antes de ser implodido

pelas revoluções e movimentos sociais que estalaram a partir de meados do século XIX.

Essas transformações, isto é, o advento das Constituições normativas, o reconhecimento constitucional do pluralismo social e a consagração dos direitos sociais, fizeram a lei perder o *status* de “*norma soberana que define la posición de las normas no soberanas*” (De Otto, 1987, p. 139). A vontade da maioria já não é soberana, mas está sujeita ao pacto fundamental contido na Constituição, pacto em que estão consagrados e juridicamente garantidos direitos mínimos a todos os indivíduos, inderrogáveis pela vontade da maioria política. A própria ideia de soberania sofreu uma enorme reviravolta quando o seu esgotamento foi determinado na Constituição, ou seja, o Poder Legislativo já não é soberano, mas sim poder constituído, e, portanto, é limitado pelo pacto fundamental expresso na Constituição²⁶.

A unidade social manifestada no direito como expressão da vontade geral era imaginável na sociedade do século XIX, na qual, devido ao voto censitário, os direitos políticos de cidadania eram reconhecidos apenas a parcela muito restrita e homogênea da sociedade, qual seja, os homens da classe burguesa. Nesta época, o conflito político não era sentido na legislação, pois apenas a burguesia tinha o direito de participar da criação do direito legislativo.

No século XX, após a conquista do direito ao sufrágio universal, a elaboração das leis passou a contar com a participação ativa de todos os grupos sociais. Assim, os conflitos políticos foram transferidos para o campo jurídico, evidenciando, a partir de então, a diversidade e a complexidade da sociedade, formada por pessoas das mais diversas nuances religiosas, culturais, sociais e políticas²⁷. Com efeito, a participação de toda a sociedade no processo político tornou o conteúdo das leis muito mais fragmentado, o que levou à necessidade de utilizar outros instrumentos para garantir a racionalidade interna do sistema jurídico.

²⁶ Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*. México D.F: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014. p. 91.

²⁷ Jeremy Waldron, em sua obra *Law and disagreement* (1999, p. 1), destaca a discordância de opiniões na sociedade contemporânea: “*We disagree about what we owe each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid. Liberals disagree with conservatives; socialists disagree with market economists; the party of freedom disagrees with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for ‘family values’; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxation; and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims or order, retribution, and desert*”.

Por outro lado, dada a complexidade e velocidade de mudança das relações sociais contemporâneas, não é possível o monopólio da lei na produção do Direito (monopólio, de qualquer forma, que nunca existiu, mesmo no período das grandes codificações do século XIX). Por isso, o ressurgimento de outras fontes de regulação social, algumas até mesmo não estatais.

Como resultado de todas essas mudanças, o conceito de lei que herdamos do liberalismo novecentista não é mais adequado para “*la comprensión, la interpretación y la aplicación*” do nosso direito (Rubio Llorente, 1983, p. 417). A lei não é mais a expressão de uma vontade soberana, e por isso seu valor, posição ou força já não são mais qualidades de sua própria natureza, mas determinados pela Constituição, esta sim expressão da vontade soberana que funda o sistema jurídico-político²⁸.

O modelo dos estados alemães do século XIX, por sua vez, é um modelo que já no século XIX mostra-se anacrônico, o que se demonstra pelas diversas críticas e ondas revolucionárias que se seguiram (as revoluções de 1830 e, posteriormente, de 1848-1849). Funda-se na defesa de um poder político parcialmente imune ao controle jurídico, limitado somente em algumas matérias nas quais a constituição determina a participação do poder legislativo em sua elaboração (matérias reservadas à lei). A restauração das monarquias europeias sob o princípio monárquico nada mais foi que a última tentativa do *Ancien Régimen* de restabelecer a saúde de um corpo já moribundo. Alguns últimos suspiros de um regime que já não era mais aceitável em um mundo fundado na liberdade e igualdade natural de todos os homens e mulheres que, portanto, não reconhecia a legitimidade de nenhum poder acima da ordem jurídica e alheio ao controle da sociedade por meio do Direito.

Em realidade, seria inadequado sequer falar em legalidade administrativa nos estados da Confederação Germânica, pois o conceito equivale justamente à

²⁸ Nas palavras de Juan Francisco Sánchez Barrilao (2015, p. 54-55): “*Cabe plantear el régimen mismo de la ley como la actitud o capacidad jurídica de ésta en relación a la producción de normas y en el seno del sistema de fuentes; es decir, el conjunto de potencialidades jurídicas que la ley ostenta como fuente del Derecho respecto al entero ordenamiento y sistema jurídico, y que despliega con ocasión de las normas a través de ella producidas. Un conjunto de potencialidades que, lejos de venir ahora determinadas por la propia ley, resultan del total entramado ordinamental a tenor de sus relaciones dialécticas y preconfiguradas por la Constitución en cuanto que fuente fundante y suprema del sistema de fuentes; o lo que es igual, un potencial jurídico, el de la ley, constitucionalmente delimitado, y por tanto indisponible por ella sola*”.

submissão do poder político à lei, ou seja, à eliminação de poderes arbitrários, imunes ao controle²⁹.

Portanto, tanto o conceito de legalidade expresso pelos revolucionários franceses quanto aquele expressado em Prússia no século XIX não são passíveis de transposição aos sistemas jurídicos contemporâneos. Ainda que alguns dos conceitos que lhe eram subjacentes permaneçam presentes nos ordenamentos jurídicos contemporâneos (separação de poderes, império da lei etc.), a utilização mesma do conceito de legalidade da Declaração de Direitos de 1789 e da Constituição prussiana de 1850 é um equívoco que leva a uma inadequada compreensão da relação entre a Administração Pública e a lei parlamentar.

4 EM DEFESA DA CENTRALIDADE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS

Em decorrência do transplante inadequado de conceitos que se referem a realidades jurídicas específicas, muito distintas da realidade atual, ao final do século XX se difundiu a ideia de que o princípio de legalidade administrativa já não teria função central na estrutura jurídico-político do Estado.

Diante da inadequação dos modelos de legalidade propostos, alguns recorreram ao conceito de “princípio de juridicidade” da Administração, desenvolvido por Adolf Merkl (2004, p. 205 e ss.), que significa a adequação não necessariamente a uma lei, mas a qualquer preceito jurídico, independente da fonte de origem. Nesse sentido, a legalidade administrativa seria equivalente à eliminação de poderes arbitrários, imunes ao controle, e se confundiria com o próprio conceito de Estado de Direito.

A mera sujeição ao Direito não acrescenta nada específico ao *status* legal da Administração Pública. Todos os sujeitos de direito estão sob a autoridade da ordem jurídica. Contudo, devido a sua natureza e finalidade, o Poder Público submete-se a um regime jurídico diferenciado, cujos princípios constitutivos são diversos dos princípios que regem a ação dos particulares. Estivesse a Administração Pública sujeita à lei no mesmo grau que os particulares, não haveria a necessidade de se reconhecer a legalidade como um de seus princípios fundamentais específicos. À Administração se lhe reconhece um regime jurídico

²⁹ Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lucha contra las inmunidades del poder (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, 1983.

próprio, com prerrogativas e privilégios que lhe permitem invadir a esfera da liberdade e propriedade do indivíduo, de maneira imperativa, unilateral e autoexecutável. Em contrapeso a essas prerrogativas e privilégios, está submetida a controle mais severo, que lhe impõe limitações as quais não estão subordinados os particulares. Essas limitações dependem do arranjo institucional de cada ordenamento jurídico específico, mas, em geral, determinam que os atos da Administração sejam motivados, que somente possam ser praticados pelas autoridades cuja competência tenha sido fixada em lei, que não se desviem da finalidade de satisfação do interesse geral, entre outras limitações. Consequentemente, devemos concordar com Díez-Picazo (1988, p. 85): *“El principio constitucional de legalidad tiene que significar algo más que la prohibición del funcionamiento arbitrario de la Administración y el Poder Judicial”*.

Os maiores equívocos na crítica ao princípio da legalidade, entretanto, têm partido de uma certa concepção que reivindica maior protagonismo ao intérprete do Direito, especialmente o juiz, sob a justificativa de que a estrutura rígida e abstrata da lei seria inadequada para regular, de forma justa, as relações humanas.

Não se deve, entretanto, transferir ao Poder Judiciário a legitimidade para definir os limites dos atos administrativos, especialmente porque, conforme alerta Francisco Laporta (2007, p. 164), por meio de decisões judiciais, *“nunca podremos conjeturar por anticipado cuáles son los límites del poder o si un acto determinado del mismo los ha sobrepasado”*.

Além do mais, as decisões judiciais carecem de legitimidade democrática, pois os juízes não são representantes eleitos pelos cidadãos e o processo judicial não admite a participação da sociedade na construção da sentença.

Outras limitações podem se apontadas às decisões judiciais: não expressam um julgamento sobre toda a realidade, mas sobre os fatos apresentados no julgamento; não ditam regras gerais de conduta, mas soluções para conflitos concretos entre sujeitos delimitados – entre outras razões que desaconselham que a jurisprudência ocupe a posição central no sistema de fontes de um ordenamento jurídico.

Por fim, a tentativa de encontrar na Constituição a regulamentação de todas as matérias sem margens ou com margens cada vez mais reduzidas para o legislador é um equívoco, pois a *“Constitución es un momento del pacto social, pero*

un momento muy limitado, y el pacto social sólo puede ser una realidad actuante en la medida en que se actualiza mediante la legislación” (Hierro, 1996, p. 306).

A Constituição não deve ser a fonte na qual se busca a solução de todos os problemas jurídicos, nem tampouco deve esgotar o campo de regulação social, impedindo opções futuras para o legislador. Por definição, a constituição deve se limitar à organização do Estado e aos direitos fundamentais, deixando ao legislador ordinário o espaço necessário para que regule as relações sociais conforme as situações se apresentem e sempre em consonância com os valores e anseios de sua época. A lei é, por isso, insubstituível, seja pelo juiz, seja pela Constituição.

Em suma, concordamos com Eduardo García de Enterría (2000, p. 54) quando diz que: *“Por mucho que se resalte la crisis de la Ley en las sociedades actuales, tal crisis no alcanza en modo alguno a destronar a la Ley (en el ámbito de la Constitución, naturalmente, que no es sino la lex superior) de ese lugar central e insustituible”*.

CONCLUSÃO

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, a lei aprovada pelo Parlamento já não possui o sentido de expressão da vontade geral tal como originalmente formulado por Locke e Rousseau, assim como já não possui a supremacia de que gozava nesta época. Mas, por outro lado, exerce a função central de garantia contra a arbitrariedade estatal³⁰, além de permitir a participação das minorias no processo de produção normativa³¹.

Graças à primazia da lei sobre os atos administrativos, é garantido que a conduta da Administração Pública não seja arbitrária, uma vez que está limitada por critérios previamente estabelecidos. Graças à generalidade e abstração da lei, garante-se, por outro lado, a submissão indistinta de todos indivíduos e a aplicação a todas as situações que se subsumam ao fato descrito na norma. A lei também garante, em certa medida, o exercício da liberdade humana, ao definir previamente a conduta aprovada ou desaprovada pelo ordenamento jurídico e as respectivas consequências do seu cumprimento ou descumprimento.

O processo parlamentar, ademais, é o meio de produção do direito mais democrático, pois permite a participação de todos os cidadãos. Possibilita, o

³⁰ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Buenos Aires: Trotta, 1998. p. 870.

³¹ Cf. CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Ob. cit., 2014. p. 127.

que é mais importante, que as minorias denunciem antecipadamente qualquer abuso ou inadequação da norma em votação³².

Ainda que todos esses atributos não sejam suficientes para garantir a razoabilidade das normas legais, ao menos permitem a participação democrática na criação do direito e reduzem a possibilidade de abusos e ofensas aos direitos fundamentais, especialmente das minorias.

O princípio da legalidade representa, portanto, um dos pilares essenciais da proteção dos direitos fundamentais. Se é certo que não se pode mais admitir a formulação clássica do princípio como expressão de uma abstrata “vontade geral do povo”, não se deve, por outro lado, abdicar da função que o princípio exerce de proteção das minorias e garantia do indivíduo contra o arbítrio estatal.

REFERÊNCIAS

BARRILAO, Juan Francisco Sanchez. *De la ley al reglamento delegado: deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 2015.

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

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

_____ et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos, v. I, 2017.

CELOTTO, Alfonso; CONTE, Emanuele. La Legge: dalle origini alla crisi. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 10, n. 1, p. 125-142, 2007.

CLARK, Christopher. Germany 1815-1848: restoration or pre-march? In: BREUILLY, John (Org.). *Nineteenth- Century Germany: politics, culture and society 1780- 1918*. London: Arnold, 2001.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *El principio de legalidad como vertebrador del Estado de Derecho: su lenta y accidentada institucionalización en España*. 2010.

³² Na perfeita síntese de Gustavo Gramaxo Rozeira (2012): “Pela sua representatividade social e democrática, pela sua configuração plural e pela transparência dos seus procedimentos, o parlamento é a instituição mais marcante e central da arquitetura institucional de um Estado de Direito e Democrático. É, além do mais, a instituição de soberania mais profusamente regulada pelo direito constitucional e onde umbica toda a distribuição do poder político central do Estado e à qual, em maior ou menor grau (ou mesmo simbolicamente), respondem politicamente os demais poderes instituídos. A esta centralidade institucional do parlamento tem, pois, de corresponder uma ‘centralidade normativa’, no sentido de se continuar reconhecendo à lei parlamentar o papel de preeminência no sistema de fontes normativas”.

DE CABO MARTÍN, Carlos. *Contra el consenso: estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. México D.F.: Unam, 1997.

_____. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.

DE ENTERRÍA, Eduardo García. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos). *Revista de Administración Pública*, n. 38, p. 159-208, 1962.

_____; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *El derecho, la ley y el juez*. Dos estudios. Madrid: Civitas, 2000.

DE OTTO, Ignacio. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Grupo Planeta (GBS), 1987.

DYZENHAUS, David. Hermann Heller and the legitimacy of legality. *Oxford J. Legal Stud.*, v. 16, p. 641, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Buenos Aires: Trotta, 1998.

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

HELLER, Herman. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

_____. Estado de derecho o dictadura. *Escritos políticos*, Madrid: Alianza Universidad, 1985.

HEUN, Werner. *El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX*. Universidad de Oviedo, Editorial Fundamentos Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional, n. 2, 2000.

HIERRO, Liborio L. et al. El imperio de la ley y la crisis de la ley. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 19, 1996.

HOMEM, António Pedro Barbas. *A Lei da Liberdade: introdução histórica ao pensamento jurídico, épocas medieval e moderna*. Cascais: Principia, 2001.

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

KANT, Emmanuel. *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2005.

LABAND, Paul. *Derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979.

LANCHESTER, Fulco. *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*. Milano: Giuffrè, 2009.

LAPORTA, Francisco J. La reinención de la ley. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, n. 8, 2003.

_____. *Imperio de la ley: una visión actual*. Madrid: Trotta, 2007.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Petrópolis: Vozes, 2019.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

MARTÍN, Sebastián. Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del “soziale Rechtsstaat”. Una relectura de Hermann Heller (1891-1933). *Res Publica. Revista de Filosofía Política*, v. 25, p. 151-176, 2011.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Granada: Comares S.L., 2004.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, t. VII, 2015.

PERJU, Vlad. Constitutional transplants, borrowing, and migrations. In: *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Contrato social*. Barcelona: Austral, 2012.

ROZEIRA, Gustavo Gramaxo. *A “crise da lei” no pensamento jurídico contemporâneo*. 2012.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley. *Revista de Administración Pública*, n. 100, p. 417-432, 1983.

SALVADOR, Bartolomé Clavero. “Garantie des droits”: emplazamiento histórico del enunciado constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, n. 81, p. 7-22, 1993.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *¿Que es el Tercer Estado?* Madrid: Alianza, 2003.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Constitución: escritos de introducción histórica*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis. *El antiguo régimen y la Revolución*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

VEDEL, Georges. El problema de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo. *Revista de Ciencias Sociales*, v. III, n. 2, jun. 1959.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. OUP Oxford, 1999.

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

Submissão em: 26.11.2019

Avaliado em: 22.06.2020 (Avaliador A)

Avaliado em: 30.06.2020 (Avaliador B)

Avaliado em: 24.06.2020 (Avaliador C)

Aceito em: 13.08.2020