



O PAPEL REGULATÓRIO DA LEGISLAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

¹Sérgio Urquhart de Cademartori
²José Alberto Antunes de Miranda

RESUMO

Este artigo analisa a importância tradicionalmente atribuída ao princípio da legalidade, compreendido em sua origem, no modelo positivista, como núcleo central do Estado de Direito, e sua perda de vigor no atual contexto do Estado Constitucional. O foco será a perda de importância e de função que afetam esse princípio sob o primado de um arcabouço jurídico-político marcado pela presença de uma Constituição fortemente normativa e invasiva que implica um deslocamento da fonte privilegiada de normatividade jurídica, do legislador para o Judiciário. Verifica-se uma perda de generalidade e abstração nas leis atuais, as quais se apresentam fragmentárias e pulverizadas.

Palavras-chave: Estado, Constituição, Legislador, Judiciário

EL PAPEL REGULADOR DE LA LEY EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

RESUMEN

Este artículo analiza la importancia que tradicionalmente atribuido al principio de legalidad, entendida en su origen, el modelo positivista, como el núcleo del imperio de la ley, y su pérdida de vigor en el contexto actual del Estado Constitucional. El enfoque será la pérdida de importancia y función que afecta a este principio bajo el gobierno de un marco jurídico y político marcado por la presencia de una Constitución fuertemente normativo que implica un cambio en la fuente principal de la normatividad legal, el legislador de la judicatura. Hay una pérdida de generalidad y abstracción bajo las leyes actuales.

Palabras-claves: Estado, Constitución, Legislador, Poder judicial

¹ Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Santa Catarina (Brasil). Professor pela Centro Universitário La Salle Canoas – UNILASALLE, Rio Grande do Sul (Brasil). E-mail: scademartori@uol.com.br

² Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Rio Grande do Sul (Brasil). Professor pela Centro Universitário La Salle Canoas - UNILASALLE, Rio Grande do Sul (Brasil). E-mail: antunes@unilasalle.edu.br



INTRODUÇÃO

Este artigo analisa a importância tradicionalmente atribuída ao princípio da legalidade, compreendido em sua origem, no modelo positivista, como núcleo central do Estado de Direito, e sua perda de vigor no atual contexto do Estado Constitucional. O foco será a perda de importância e de função que afetam esse princípio sob o primado de um arcabouço jurídico-político marcado pela presença de uma Constituição fortemente normativa e invasiva que implica um deslocamento da fonte privilegiada de normatividade jurídica, do legislador para o Judiciário¹. De outra parte constata-se, no ambiente do Estado Social, a expressiva atividade normativa do Executivo, que assume as tarefas de determinar a regulação de condutas através de normas com características de generalidade, tais como aquelas emanadas de Agências Reguladoras. A par disso, verifica-se uma perda de generalidade e abstração nas leis atuais, as quais se apresentam fragmentárias e pulverizadas.

Esse quadro determina uma alteração fundamental nas relações políticas, já que conforme Gustavo Zagrebelsky, sociedades como as atuais, marcadas pela presença de uma expressiva diversidade de grupos sociais com interesses e ideologias diferentes, sem que nenhum tenha força para tornar-se dominante e com isto “estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado”, destinam à Constituição a tarefa de realizar “as condições de possibilidade” de um projeto determinado de vida em comum. (2002, p. 13)

É assim que este breve ensaio pretende investigar a progressiva debilitação de uma garantia específica, o princípio da legalidade, no contexto jurídico-político do Estado Constitucional, levando em consideração o fato de que neste Estado, caracterizado por uma constituição invasiva dos âmbitos tradicionalmente reservados à ação do legislador, a legalidade é submetida a um processo de estreitamento do seu campo de ação.

Paralelamente, vê-se fortalecer a competência normativa do Executivo, através de regras gerais editadas por órgãos tais como as já referidas Agências Reguladoras, chamadas a normatizar de forma geral as relações sociais e econômicas no seu âmbito. Assim, nos defrontamos na atualidade com a seguinte situação problemática: em face da consolidação deste modelo de Estado, e da perspectiva do novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo, bem como do progressivo reforço da atividade normativa do Executivo, o que remanesce em termos de atividade político-regulativa para os legisladores? A hipótese da que se parte é a de que, devido às características da Constituição do Estado

¹ Neste sentido ver GUASTINI, R. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Traducción de José María Lujambio. In: CARBONELL, M. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: 2003. p. 49-73



Constitucional, principalmente no que tange à possibilidade de aplicação direta de seus dispositivos, bem como a crescente normatividade de disposições administrativas com abrangência geral, o princípio da legalidade acabou por desvanecer-se quase à inutilidade.

No entanto, há que dar conta do argumento contrário, segundo o qual o princípio da legalidade permanece íntegro no marco do Estado Constitucional, dado que a Constituição apenas direciona a atividade político-parlamentar em grandes traços e a de que tal princípio vê-se fortalecido no Estado Constitucional, que consagra o mesmo como ápice dos processos legítimos de regulação de condutas.

Trata-se então de examinar se o “império da lei” no contexto do Estado Constitucional de Direito encontra-se assegurado; em definitiva, cabe perguntar-se se ainda possui sentido reivindicar o império da lei no momento atual.

Assim entendida, a referida discussão deve cotejar a opinião de autores clássicos sobre o tema com os que analisam esta nova perspectiva do princípio, com vistas a verificar a progressiva perda de importância do princípio constitucional da legalidade no contexto do Estado Constitucional.

DO ESTADO LEGAL AO ESTADO CONSTITUCIONAL

As razões atuais para o desaparecimento das características clássicas da lei devem ser buscadas nas mudanças ocorridas na própria sociedade, condicionada por uma ampla diversificação de grupos e estratos sociais que participam no “mercado das leis”.

Em consequência, a lei é hoje a manifestação e instrumento de competição e enfrentamento social, a continuação de um conflito e não o final. Ela é um ato personalizado, no sentido de que provém de grupos identificáveis de pessoas e está dirigido a outros grupos igualmente identificáveis, que persegue interesses particulares. (ZAGREBELSKY, 2002, p. 37- 38)

Para perceber esta alteração é necessário cotejá-la com o marco histórico a partir do qual este princípio se erige, o da passagem do pensamento medieval para o moderno quando se dá o abandono do princípio da autoridade e de modo geral a expansão do racionalismo e de um novo conceito de razão, podendo-se notar que ele tem importantes reflexos na maneira de compreender o direito. (BOBBIO, 1995).

Na época moderna há uma tendência a desvalorizar a dedicação predominantemente exegética ao *ius commune* em favor de uma atitude mais independente e



sistemática em relação aos textos jurídicos positivos. Esta atitude inspira-se no fenômeno da codificação. Tal mudança na ciência jurídica corresponde à evolução do próprio direito que desde o surgimento dos Estados modernos foi privilegiando cada vez mais a lei como fonte preferencial sobre o costume, a doutrina e os precedentes jurídicos, isto é, fazendo dominar a vontade do presente frente à autoridade do passado. Este processo havia sido aberto pela doutrina de Bodin, formulada em 1576, sobre o poder de legislar como primeiro, e ainda único, atributo do príncipe soberano. (RUIZ MIGUEL, 2002, p. 270)

O ENFRAQUECIMENTO DA LEI NO ESTADO LIBERAL

O mito da lei, ao pressupor um legislador onisciente e absolutamente racional, pode ser considerado como o fundamento da tese mecanicista da interpretação e aplicação do direito, assim como a ideia de que era supérfluo ou desnecessário estabelecer o valor jurídico das constituições e declarações de direitos. Por outro lado, o mito da lei ajudou a legitimar, ou, pelo menos, não obstaculizou o desenvolvimento de práticas escassamente democráticas, como o sufrágio censitário ou o reconhecimento de uma legitimidade monárquica em concorrência com a legitimidade parlamentar, como aconteceu na Alemanha no séc. XIX.

Inobstante isso, em fins do séc. XIX ocorre uma série de transformações econômicas e sociais e também certamente de mudanças culturais que contribuem para a crise do legalismo ou do culto desmedido à lei como norma perfeita e apta para resolver todo possível conflito. Particularmente, o fenômeno da industrialização e a aparição de um novo tipo de relações jurídicas trazem à cena as objeções teóricas contra o primeiro positivismo da exegese, pois era evidente o envelhecimento dos códigos e a consequente impotência das velhas respostas jurídicas aos novos conflitos. (MARCILLA CÓRDOBA, 2005, p. 155)

Os antiformalismos ressaltam a dimensão mais prática do que cognoscitiva do trabalho dos juristas, o que no fim das contas se traduziria numa “*creciente reivindicación de la figura del juez, paralela a un proceso de descrédito o decadencia de la ley*” (PRIETO SANCHÍS, 2001). Por exemplo, Oliver W. Holmes, precursor do realismo jurídico na América do Norte, concebe a lei como um mero indício para predizer o comportamento dos tribunais. (HOLMES, 1975, p. 21)

Na Europa, o sociologismo, entre cujos representantes mais conspícuos se encontra Duguit, reivindica que as normas jurídicas não nascem do Direito legislado, mas este é apenas



um dos modos em que elas se expressam. O legislador não é a fonte do Direito, embora possa influir na gestação desse sentimento de sociabilidade e justiça que caracteriza as normas sociais. Dito de outra forma, uma lei é a formulação de autoridade de uma norma jurídica já existente, pois

“la regla de derecho es siempre una regla de costumbre, que en un momento dado se transforma en regla de derecho, o como consecuencia de un sentimiento de justicia, o por la necesidad de defender las necesidades sociales” (DUGUIT, L. *El pragmatismo jurídico*, apud MARCILLA CÓRDOBA, 2005, p. 159-60)

De seu lado, o movimento do Direito livre é considerado por Kantorowicz como uma ressurreição do direito natural de forma modificada, do qual se obtém os princípios para “completar” ou se necessário “revogar” o Direito legal. O juiz, se pensar que a lei não é clara ou se de acordo com a sua refletida convicção opina que não é adequada ao caso pode e deve prescindir da lei, proferindo a sentença que segundo a sua convicção o legislador houvesse decretado se tivesse pensado no caso particular. Mas se não for capaz de chegar a essa convicção, haverá de inspirar-se no Direito livre ou inclusive resolver arbitrariamente. Em contrapartida a tal grau de arbítrio judicial, a única garantia que oferece o Direito livre é a confiança e o respeito que os juízes merecem. A imparcialidade é, para Kantorowicz, uma “qualidade judicial santa”, e graças à mesma se elimina o temor de que a convicção do julgador resulte incontrolável. (MARCILLA CÓRDOBA, 2005, p. 161).

Ampliando a análise para abranger o pano de fundo, constata-se que a crise da lei pode ser considerada fruto da própria crise política que conduziu ao fim do Estado liberal.

Se a concepção historicista e estatalista do Direito, difundida sobre tudo através da doutrina do Estado ético de Hegel permitiu no séc. XIX uma manipulação dos princípios liberais e uma certa revitalização de modelos próprios do Antigo Regime, no seguinte chegaria ao ponto de postular uma involução política com respeito ao Estado liberal, isto é, uma via regressiva que ao final levará à implantação de regimes totalitários.

Neste novo contexto, ressalte-se as reflexões de Schmitt, quem responsabiliza os partidos políticos pela degradação do Parlamento:

“...todos los asuntos públicos se han convertido en objeto de botines y compromisos entre los partidos y sus seguidores (...) [A sua situação] es hoy tan crítica porque la moderna democracia de masas ha convertido la discusión pública que argumenta en una formalidad vacía...El argumento...característico de una discusión auténtica, desaparece, y en su lugar como objetivo consciente, el cálculo de interés y las oportunidades de poder. (SCHMITT, 1990, p. 07 e 09)



Em resumo: deslegitimado o autor da lei, pouco espaço lhe poderia restar para reivindicar alguma racionalidade.

A PERDA DE VIGOR DA LEI NO ESTADO SOCIAL

O Estado social não representa uma ruptura com o Estado de Direito, mas uma segunda versão do mesmo que começa por incorporar as exigências fundamentais do modelo liberal, como a instauração de uma ordem jurídica baseada na igualdade perante a lei e na submissão dos poderes públicos ao ordenamento. A diferença reside em que oferece uma *nova visão do Estado e de suas funções*. (MARCILLA CÓRDOBA, 2005, p. 174). Nas palavras de Pérez Luño,

“sin renunciar a las garantías jurídicas del Estado de Derecho, el Estado social de Derecho ha supuesto además la garantía material de los postulados liberales y libertades formales proclamados por el Estado liberal de Derecho, lo que ha exigido profundos cambios en sus técnicas operativas...el Estado social de Derecho ha entrañado una fórmula de compromiso entre la defensa de las libertades tradicionales de signo individual y las exigencias de la justicia social.” (PÉREZ-LUÑO, 1995, p. 126)

A miséria, que tradicionalmente era considerada como um fenômeno natural da sociedade, inclusive imputável às suas próprias vítimas, e em consequência apenas merecedora da caridade privada, passa a apresentar-se como um problema social do qual é razoável encarregar ao Estado a sua solução. Nesta perspectiva, a lei não tem por que abandonar em princípio o seu lugar central, mas sim transformar a sua função, já que o desígnio do Estado social é converter em *reais* os direitos e liberdades *formais* enunciados pelo liberalismo.

Este novo tipo de Estado e de suas funções parece implicar alguns riscos importantes para a concepção tradicional da lei: a inflação legislativa e a deterioração das qualidades de durabilidade, generalidade e abstração: como adverte Carnelutti (1997), “*los inconvenientes de la inflación legislativa no son menores que los debidos a la inflación monetaria: son como todos saben los inconvenientes de la desvalorización.*”

Com efeito, a proliferação normativa propicia, em primeiro lugar, que se legisle de forma apressada e irrefletida, com os consequentes defeitos sintáticos e semânticos padecidos pelas leis (termos e expressões ambíguas ou incorretas).

Em segundo lugar, rompe o caráter sistemático do ordenamento: quanto mais matérias ou aspectos de uma matéria devem ser enfrentados pelo legislador, e quanto mais rapidamente devam ser modificados, maior será a dificuldade para atingir a coerência e unidade do direito (o que Marcilla Córdoba denomina de ativismo normativo) (MARCILLA



CÓRDOBA, 2005, p. 179)

Como se pode facilmente perceber, em determinadas ocasiões o legislador utiliza conscientemente ou de forma premeditada uma linguagem equívoca ou imprecisa, isto é, irracional do ponto de vista semântico, ou descuida da coerência com o restante do ordenamento: a necessidade de conciliar numa mesma lei interesses e valores heterogêneos ou inclusive contrastantes, ou, o que dá na mesma, obter uma lei respaldada pelos mais diversos grupos políticos e sociais, é um objetivo que às vezes somente pode ser atingido à custa de cláusulas mais ou menos retóricas em detrimento da clareza e sistematicidade. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 37)

A baixa generalidade e abstração das leis se conecta a uma função fundamental do Estado social: a utilização do Direito para mudar as estruturas socioeconômicas, eis que a generalidade é necessária nos direitos de liberdade, nos quais somente cabe a igualdade total, mas não resulta igualmente necessária (e às vezes é impossível) nos direitos prestacionais.

Contudo, pode acontecer que o déficit de generalidade e abstração não responda à realização dos postulados do Estado social, isto é, da igualdade real ou substancial, mas ao desenvolvimento de uma prática legislativa possivelmente viciada ou afastada dos cânones da deliberação racional e pública. Exemplos de falta de generalidade e abstração vinculada a um uso não ortodoxo, ou se quisermos fraudulento, dos procedimentos democráticos, manifesta-se, em primeiro lugar, em leis particulares ou que beneficiam claramente determinados indivíduos ou grupos, mas não precisamente porque tal benefício seja aceitável em razão da situação de especial desvantagem econômica, social ou cultural, mas porque o grupo em questão possui poder para pressionar pela tomada de uma decisão conveniente a seus interesses ou ideais. (MARCILLA CÓRDOBA, 2005, p.182)

Um exemplo de prática legislativa que produz normas de baixo grau de generalidade e abstração seria a legislação sem objeto definido ou homogêneo. Trata-se de leis que regulam questões muito diferentes ou desconexas e que, em consequência, não podem compartilhar um mesmo âmbito de aplicação pessoal e temporal. As leis de objeto múltiplo podem ser consequência do que pode ser chamado de barganha política: em algumas ocasiões, ante a



evidência de que seria impossível obter o consenso sobre determinada questão, opta-se por abordar várias conjuntamente, de forma que cada uma delas se converte em moeda de troca frente às outras.

As patologias do sistema se manifestam, também, nas leis que carregam o selo do conjunto de forças de plantão, de forma tal que seu destino não é perdurar indefinidamente, mas ser modificadas conforme for alterando-se a relação de forças.

No entanto, não é plausível que a negociação seja o modelo de tomada de decisões constitucionalmente estabelecido, dadas as limitações constitucionais ao conteúdo das decisões legislativas. É verdade que o pluralismo político é um dos componentes axiológicos de nossas democracias e se realiza em virtude de um modelo de legislação que permite a inserção de interesses, preferências, ideias etc. de tipos muito diferentes. Mas as constituições atuais reconhecem juntamente com o pluralismo político, direitos e princípios de justiça que nenhuma decisão política, por mais majoritária que seja, pode chegar a anular. Isto é, toda minoria tem, garantidos uma série de direitos, de tal forma que, por mais fraca que seja a sua força para influir na decisão final, nunca se verá pressionada a renunciar ou transigir sobre alguns deles para salvaguardar outros, pois não pode perdê-los em caso algum. Daí que o procedimento para defender interesses das partes não possa ser unicamente a negociação, baseada na força de cada uma das partes, mas a exposição dos argumentos ou razões que tornem plausível que a lei não atente contra os direitos princípios de justiça reconhecidos como inegociáveis. Em suma, numa democracia constitucional as leis não deveriam apresentar-se como reflexo da conjuntura de forças políticas, sociais etc. existentes em cada momento, mas baseadas nas convicções comuns dos cidadãos e na comum aceitação de valores ou prioridades. (BARCELONA, 1985, p. 49).

Em resumo, a crise da lei na atualidade é produto da tensão entre dois grupos de valores, os quais por sua vez respondem à preferência por duas distintas concepções de Direito. De um lado, a segurança jurídica, a igualdade formal e a autonomia individual como manifestação do modelo liberal; de outro, a solidariedade e igualdade substancial como manifestação do paradigma do Estado social. Para realizar os primeiros basta uma legislação escassa, perdurável, abstrata singela, sistemática etc. Mas a obtenção de fins tais como a garantia das necessidades básicas, parece estimular, mesmo que tendencialmente, o extremo oposto: uma legislação mais abundante, dado que é o instrumento das incursões do poder público numa expressiva quantidade de aspectos da vida social.



O desafio, portanto, consiste em conjugar os dois grupos de valores: oportunizando a construção do Estado social mas respeitando ao mesmo tempo as virtudes ilustradas da lei.

A inflação legislativa, a constante mutação das leis, a perda de suas qualidades estruturais de generalidade e abstração são todos eles sintomas da crise da lei que revelam sua falta de adequação para os momentos atuais. Ocorre um deslocamento de poder das instâncias legislativas para as instâncias governamentais: a lei não é um instrumento normativo que permita desempenhar satisfatoriamente as tarefas estatais, resultando menos adequada que a normatividade administrativa, dentre outras razões porque a tarefa legiferante não está pensada para regular a complexa atividade dos poderes públicos no Estado contemporâneo; a consequência é um crescente protagonismo do poder governamental na configuração do sistema e na própria elaboração da lei.

Inclusive quando o legislador abandona o seu papel tradicional e se atreve a desenvolver por si mesmo uma tarefa de engenharia social, a implementação de suas decisões exige uma infraestrutura adequada, empalmada pela Administração, pelo que no fim das contas é esta quem assume o poder decisório nas questões públicas. Este tipo de legislação, parecido ao regulamento, põe em perigo a legalidade da atuação administrativa, pois *“si se utiliza una norma com rango de ley para desarrollar medidas de administración, entonces se hurtan esas medidas al control ordinario de legalidad y se proyectan directamente sobre la Constitución todas las tareas de control de la Administración”* (LAPORTA, 1999, p. 329)

Não só: esse deslocamento de poder ressalta no fato de que os ordenamentos costumam dotar de força de lei certos tipos de normas criadas pelos governos (Medidas provisórias, p. ex.), além de o legislador poder conscientemente redigir normas com tal grau de vagueza que apenas possuam conteúdo regulativo, para que as lacunas sejam preenchidas pela Administração.

O argumento contrário indica que o fato do Poder Legislativo não monopolizar toda a função normativa estatal, não implica, todavia, em desatenção ao Estado de Direito. Este não se confunde com o Estado legal ou o Estado do Direito.

Ademais segundo esse argumento seria ingênua a posição segundo a qual o Poder Legislativo deve concentrar todo o poder normativo do Estado. O caráter lento e pouco técnico do processo legislativo inviabilizaria o desempenho das funções estatais na realidade contemporânea, cada vez mais complexa e dinâmica. Limitar as formas de atuação e



organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger os direitos dos indivíduos e da sociedade, retira-lhes a possibilidade de regulamentação e atuação efetiva dos seus interesses. É mais importante satisfazê-los do que garantir a competência deste ou daquele Órgão Estatal/Poder. (DE ARAGÃO, 2001)

Esse deslocamento de fontes costuma ser relegado a segundo plano não só argumentando-se que o governo possui legitimidade democrática, mas também legitimando a adoção de decisões públicas pela cúpula da Administração e especialistas aduzindo que os órgãos administrativos são mais capazes e eficientes do que o Legislativo. (AARNIO, 1991, p. 38). Ora, a Administração opera com procedimentos de decisão muito menos transparentes, e, por isso, se o protagonismo legislativo da cúpula da Administração e dos especialistas supera o do legislador, aumenta a probabilidade de que as políticas públicas tenham sua origem em poderes fáticos (*lobbies* do mundo empresarial nacional e transnacional).

Por isso tem razão Ferrajoli ao denunciar como uma verdadeira patologia do Estado social “*la ampliación de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo*”. (FERRAJOLI, 1999, p. 30)

Em definitiva, o enfraquecimento da lei como fonte primordial é consequência da sobrecarga de tarefas que é produzida pela mudança de uma organização jurídica liberal para outra intervencionista e prestacional. Caracteriza-se um estilo de produção do direito marcado por formas de deslegalização representadas pelo domínio governamental das fases pré e pós legislativas (AARNIO, 1991, p. 36-7), o reconhecimento de status de lei a normas promulgadas pelo Executivo, a consciente redação de leis imprecisas para permitir a discricionariedade do governo, o auge do regulamento independente inclusive além do campo da organização e funcionamento dos serviços públicos etc. Em suma, o Estado social não opera como um Estado legislativo, mas como um Estado administrativo.

A LEI NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

Isso posto, cabe a pergunta: qual o âmbito que remanesce do princípio da legalidade, em termos de atividade político-regulativa para os legisladores, concebido



originalmente com o surgimento do Estado moderno, na consolidação do atual Estado Constitucional?

O ponto de partida para compreender-se o que o princípio da legalidade expressa é a ideia da lei como um ato normativo supremo ao que, em princípio, não é possível opor nenhum direito mais forte, seja ele o poder de exceção do rei e de sua administração, baseados em uma superior “razão do Estado”, seja ele a inaplicação por parte dos juízes ou a resistência dos indivíduos, em nome de um direito mais alto (direito natural ou mesmo tradicional) ou de direitos especiais (privilégios). (ZAGREBELSKY, 2002, p. 24)

No plano da organização jurídica do Estado, o princípio da legalidade traduzia em termos constitucionais a hegemonia da burguesia, expressa na Câmara representativa, e o retrocesso do executivo e dos juízes, que de serem poderes autônomos, passavam a estar subordinados à lei. (BOBBIO, 1995).

Com base nas premissas estabelecidas por este princípio, a ciência do direito podia asseverar que as disposições legislativas concretas eram apenas partes de um “edifício jurídico coerente”, podendo o intérprete deduzir racionalmente seus princípios, ou as estruturas que o sustentavam. Trata-se do fundamento da interpretação sistemática e da analogia e dos métodos de interpretação que em presença de uma lacuna – ou falta de uma lei expressa para resolver a controvérsia – possibilitavam a individualização de uma norma precisa e coerente com o sistema. A sistematicidade era acompanhada pela plenitude do direito. (BOBBIO, 1995)

Se as leis hoje são “numerosas, cambiantes, fragmentárias, contraditórias, ocasionais”, naquele momento elas eram por excelência o Código. Ali encontravam-se exaltadas e reunidas todas as características da lei, isto é, a vontade positiva do legislador, capaz de impor-se em todo o território do Estado e endereçada a realização de um projeto jurídico baseado na razão, o caráter dedutivo das normas, a generalidade e a abstração, a sistematicidade e a completude. (ZAGREBELSKY, 2002, p. 32)

A análise da lei no cenário atual faz com que se descarte totalmente a ideia de que a mesma, assim como outras fontes, consideradas em seu conjunto, possam ser consideradas por si só, um ordenamento, como no passado. Conforme Zagrebelsky,

A crise da ideia de código é a manifestação mais clara desta mudança. Nestas condições, a exigência de uma recondução a unidade deve levar em conta a crise do princípio da legalidade, determinada pela acentuada perda de sentido, pulverização e incoerência da lei e das outras fontes de direito. (2002, p. 39)



Esta crise deve ser percebida no contexto de um “novo direito constitucional” – de acordo de Luís Roberto Barroso (2006, p. 29) – ou se quisermos, neoconstitucionalismo. Trata-se de um conjunto amplo de mudanças ocorridas no Estado e no direito constitucional, que podem ser percebidas a partir dos aspectos histórico, filosófico e teórico.²

O aspecto histórico se dá com a formação do Estado Constitucional de Direito, consolidado a partir das décadas finais do século XX, especificamente após a 2ª. Guerra Mundial³. A partir desta última,

verificou-se a necessidade de criarem catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão frente aos abusos que poderiam a ser cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc.), bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional). (CAMBI, 2007, p. 4)

Já, por aspecto filosófico, o pós-positivismo (CAMBI, 2007, p. 5-6) enuncia que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, preenchendo lacunas, e passam a ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.

Finalmente, o aspecto teórico estabelece três características, quais sejam: “reconhecimento da força normativa da Constituição”, “expansão da jurisdição constitucional” e o “desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”.⁴

Além dos citados, caberia falar-se em um quarto aspecto, que poderia denominar-se de *institucional*, ou seja, o surgimento de constituições com novas características. Estas conformariam o que se denominou de *condições de constitucionalização*, sem as quais a teoria constitucional contemporânea entende não acontecer o Estado constitucional de direito. Veja-se sucintamente, pelas mãos de Guastini (2003, p.50), quais são essas condições:

1) *existência de uma Constituição rígida*, ou seja, com modificação dificultada e contendo um núcleo imodificável (cláusulas pétreas);

2) *existência de garantia jurisdicional da Constituição*, ou seja, de controles judiciais de constitucionalidade, dos quais se conhecem os modelos americano e europeu ou kelseniano, além do modelo misto, adotado pelo Brasil;

² Cf. PRIETO SANCHÍS, In: CARBONELL, 2003. p. 123-157

³ “Com a superação dos regimes totalitários, da opressão política e da violação reiterada dos direitos fundamentais, durante o século XX, diversos países decidiram introduzir em seus textos constitucionais elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais, na esperança de que eles formassem um consenso mínimo a ser observado pelas maiorias.” (BARCELLOS, 2008)

⁴ BARROSO, 2005. Disponível em: <[http:// jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?hd=7547](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?hd=7547)>. Acesso em: 9/06/2008



3) *força vinculante da Constituição*, a qual deixa de ser mera Carta de ordenação de poder e passa a impor proibições (quanto às liberdades) e obrigações (quanto aos direitos sociais) aos poderes;

4) *a supra-interpretação da Constituição*, ou seja a sua interpretação extensiva para do seu texto extrair princípios implícitos e decorrentes do regime adotado pela mesma (tome-se como exemplo, na Constituição brasileira, a norma do art. 5º § 2º);

5) *aplicação direta das normas constitucionais*, de forma que naquilo que ela prevê em termos de garantia de direitos a interposição de tarefa legislativa torna-se redundante (na Constituição da República Federativa do Brasil, a norma do art. 5º, § 1º);

6) *interpretação conforme das leis*, por força da qual se houver uma possibilidade interpretativa que harmonize o texto legal com a Constituição, dentre outros resultados hermenêuticos, aquela deve ser adotada, com vedação destes;

7) *influência da Constituição sobre as relações políticas*, relativizando-se assim o princípio da chamada divisão ou separação de poderes, já que em sede de direitos fundamentais todos os poderes estão vinculados ao cumprimento das diretrizes constitucionais.

Afirmar que a Constituição tem força normativa é reconhecer que ela tem caráter jurídico imperativo, isto é, não representa uma mera carta de intenções políticas. O reconhecimento desta característica representa uma ruptura com o direito constitucional clássico que apresentava “normas constitucionais programáticas” enquanto proposições futuras, sem expectativas de concretização e sem eficácia vinculativa.

É assim que, gradativamente a jurisdição constitucional ampliou-se dando maior realce aos direitos fundamentais e a proteção destes passou a ser incumbência do Poder Judiciário, em detrimento do Poder Legislativo. Assim, este último perde a supremacia estabelecida por influência dos ideais de Montesquieu.⁵

É importante salientar que se deve a Montesquieu a caracterização do Judiciário como a de um poder neutro, encarregado de aplicar a letra fria da lei. No século XVIII essa assertiva revolucionária se identificava com a institucionalização de garantias para a preservação da liberdade individual contra abusos do Estado. A teoria da separação de poderes orienta-se pelo rigoroso combate ao absolutismo. A prevalência da lei é entendida

⁵ Para Montesquieu “a decisão do juiz deve ser uma reprodução fiel da lei; ao juiz não deve ser deixada qualquer liberdade de exercer sua fantasia legislativa, porque se ele pudesse modificar as leis com base em critérios equitativos ou outros, o princípio da separação dos poderes seria negado pela presença de dois legisladores; o verdadeiro próprio e o juiz que poria sub-repticiamente suas normas, tornando assim vãs as do legislador.” (BOBBIO, 1995, p. 40)



como a solução mais adequada de defesa contra o arbítrio e contra os riscos inerentes à concentração do poder. O exercício do poder segundo os ditames das leis distinguiria a república do governo despótico. (SADEK, 2013)

Ora, a combinação de uma constituição invasiva com multiplicação de direitos fundamentais ao nível constitucional acaba por provocar um progressivo deslocamento das fontes de realização do direito, que passa cada vez mais a ser concretizado por obra do judiciário. Tal circunstância permite a Zagrebelsky reivindicar para os juízes o papel de “novos senhores do direito” no lugar do legislador (cf. ZAGREBELSKY, 2002, pp. 131 ss.)

Deve-se destacar que no Brasil a utilização do judiciário para fins políticos não se restringe ao STF. Os demais Tribunais (STJ, TSE, TST, TRF, TRT e TJs) também tem sido utilizados. A crescente demanda por liminares é o melhor indicador desse tipo de estratégia. Mesmo que a concessão de uma liminar venha a ser suspensa por instancias superiores, este procedimento cumpre um papel relevante na luta político-partidária, uma vez que tem capacidade de retardar decisões e/ou de provocar constrangimentos para o executivo e para a maioria. Some-se ainda a essas faculdades o fato de concorrer para tornar mais conhecidos e marcar a posição de determinados atores na arena política.

A interferência do Judiciário tem se dado também preenchendo brechas deixadas pelo legislativo. Só no ano de 2007, por exemplo, três julgamentos do STF ocuparam-se deste tipo de questão: a definição da perda de mandato do político que trocasse de partido depois de eleito; direito de greve dos servidores públicos; se deputados poderiam acompanhar a sessão secreta do Senado que tinha por pauta apreciar o processo de cassação do mandato do à época presidente da casa, Senador Renan Calheiros.⁶ (SADEK, 2013)

O envolvimento de juízes, desembargadores e ministros no âmbito das decisões políticas, próprias da competição político-partidária, desperta reações dos mais variados atores e nas mais diversas direções. Essas respostas, tanto as favoráveis como as contrárias - inteiramente previsíveis, já que tangem interesses reiteram a consolidação de uma arena de disputas, no qual o protagonismo judicial apresenta-se como componente essencial. Na mesma medida em que se fortalece o protagonismo do judiciário, crescem e acirram as posições favoráveis e as contrárias a esse fenômeno. A valorização do ativismo judicial e do constitucionalismo tem seu contraponto na contenção, nos riscos da extrapolação de suas funções, na importância dos preceitos majoritários.

⁶ É importante lembrar que a Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, conhecida como reforma do poder judiciário, muito contribuiu para o fortalecimento desse poder, propiciando novos estímulos à presença pública da instituição e de seus integrantes.



Como se vê, é então no contexto do surgimento de um novo constitucionalismo que a crise do princípio da legalidade deve ser percebida e analisada.

Um outro fator debilitante do princípio da legalidade encontra-se na capacidade normativa abstrata do Poder Executivo, que, em sociedades complexas como as atuais, encontra seguro abrigo na constante demanda dos administrados por regulação das relações entre eles e deles com a Administração estatal. A resposta política a essas demandas configurou-se, no Brasil, pela implantação do chamado Modelo Regulatório no âmbito dos serviços públicos, o que implicou a criação de agências reguladoras com amplo poder normativo abstrato no setor por elas abrangido. Essa circunstância levou boa parte da doutrina publicística a indagar-se da inconstitucionalidade de tal espécie de delegação de poder. Com efeito, veja-se por exemplo a reflexão de Ferreira Filho:

Quanto à edição de normas independentes, *procter legem*, o óbice advém do princípio da legalidade, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei” (Constituição, art. 5º, II). Tais regras independentes importam, numa exegese rigorosa, em usurpação do poder legislativo pertencente ao Congresso Nacional. Poder indelegável, fora das hipóteses que a própria Constituição prevê (lei delegada), que não se configuram no caso (FERREIRA Fº, *in* MORAES, 2002, p. 142).

Tal poder normativo abstrato insere-se no referido deslocamento de competência legiferante operada dentro do modelo interventor adotado pelo Estado de Direito a partir da metade do século passado, sendo mantido dentro do chamado modelo regulatório na área de serviços públicos. Bem por isso afirma JUSTEN FILHO:

Disputar acerca da competência normativa abstrata das agências reguladoras equivale a discutir, quando muito, os poderes reconhecidos pela Constituição ao Poder Executivo. No Brasil, não cabe discutir a competência normativa das agências reguladoras, mas a competência normativa do Executivo (JUSTEN FILHO, 2002, p. 540).

Já os defensores dessa atribuição de competência advertem para que não se confunda regulação com regulamentação, já que, se desta se tratasse, se estaria frente à exorbitância do poder regulamentar, o que para eles não ocorre, já que não cabe confundir as categorias. Para eles, trata-se de regulação, que deve pautar-se dentro do âmbito da discricionariedade técnica, a qual deve ser atribuída ao Executivo:

O legislador não tem, necessariamente, o conhecimento técnico nem a proximidade dos fatos ao editar a normas, que por isso, deve se manter num plano de generalidade, para abrigar todas as situações; não é assim viável que adentre em detalhes; ademais, as normas sobre o funcionamento de mercados tendem a ser normas técnicas, econômicas e financeiras, que mudam com a evolução tecnológica ou comercial...(SOUTO, 2002, p. 46).



Os defensores do modelo regulatório reivindicam então, para a tecnocracia, uma competência de normatização ampla de alguns aspectos da vida cotidiana dos administrados, subtraindo-os do alcance do legislador. De qualquer sorte, está-se perante um fenômeno novo que parece vulnerar profundamente o princípio da legalidade. O Estado de Direito nasce e se desenvolve reivindicando atos legislativos como a única forma legítima de inovar no ordenamento. Em consequência, ante essa atribuição inédita de competência normativa ampla para órgãos do Executivo, cabe perguntar-se da sua possível inconstitucionalidade, o que para alguns autores é conspícua:

Na verdade, as agências reguladoras, pelas suas próprias características essenciais, e pelo verdadeiro sentido do instituto jurídico da regulação econômica, exercem ampla e profunda função normativa, inovando, significativamente, no ordenamento jurídico positivo. **Aqui reside a inconstitucionalidade estrutural das agências reguladoras perante o sistema constitucional vigente no Brasil**, que...não admite que ato administrativo venha a criar (ou a fazer desaparecer) aquilo que a lei não criou (ou fez desaparecer) (MOTTA, 2003, p.178 – grifo do autor).

Enfim, esta viragem na relação Estado-sociedade civil no campo dos serviços públicos (sob a égide do lema “mínima intervenção com máxima regulação”) deflagra a necessidade de repensar-se o papel da lei no Estado Constitucional, o que levará inelutavelmente a lançar as bases de uma nova ciência da legislação.

CONCLUSÕES

De fato, presenciamos hoje uma crise do Direito marcada por um importante deslocamento do sistema das fontes, que coloca em xeque a própria Constituição. Uma interpretação bastante difundida de tal crise é a que a coloca como resultante da complexidade da sociedade contemporânea. A multiplicidade de funções deferidas ao Estado Social - com a sua subordinação a imperativos sistêmicos de tipo econômico - gerariam uma nova normatividade abstrata de tipo técnico, a salvo da competência legislativa. Como diz Ferrajoli, esta deterioração da forma da lei, aliada a outros fatores tais como a falta de elaboração de um sistema de garantias para os direitos sociais, comparável, pela capacidade de regulação e de controle, ao sistema de garantias tradicionais voltados à propriedade e liberdade, representa um terreno fecundo para o arbítrio (FERRAJOLI, 1997, p. 90).

O fato é que nos defrontamos com uma progressiva perda de espaço de regulação legislativa. Prieto Sanchís, a esse respeito, comenta:



“En resumen, cesión de soberanía en favor...[do] mantenimiento de la permanente rivalidad del Reglamento, revitalización de las fuentes sociales, crisis de los rasgos de racionalidad propios de la fórmula codificadora y protagonismo judicial como exigencia del Estado constitucional: este es el marco en el que hoy ha de moverse la ley” (PRIETO SANCHÍS, 1998, p. 45).

Esse novo modelo institucional não está isento de riscos: com efeito, como diz Zagrebelsky, toda construção conceitual que não reconheça às razões do legislador um lugar adequado e independente, deve ser temida como um perigo para o equilíbrio constitucional, já que a legislação possui um fundamento constitucional próprio. No caso de contradição entre os direitos e a lei, segue o autor peninsular, deve a lei ceder, mas isso não autoriza de forma alguma negar à legislação o seu caráter originário e espontâneo, isto é, a “despolitizá-la”, degradando-a a mera função técnica para a atuação dos conteúdos constitucionais, por mais elevados e sedutores que eles possam ser (ZAGREBELSKY, 2002, p. 151).

Por isso mesmo é que Ferrajoli reivindica para o Estado de Direito, enquanto modelo normativo (pois normativa e não descritiva é a teoria garantista) que ele se caracterize no plano epistemológico como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo (FERRAJOLI, 1995, p. 851), o que corresponde, no direito penal ao modelo de “legalidade estrita” (id., p. 93).

Isto implica que os níveis normativos a serem aplicados pelos operadores devem, na medida do possível, explicitar ao máximo as condutas, os direitos e os deveres que eles determinam, como condição de legitimidade jurídica dos aplicadores.

Com efeito, o Estado Constitucional de Direito apresenta, como configuração mínima, a característica de ser um poder que age *per leges*, ou seja, através de normas gerais e abstratas (BOBBIO, 1989, p. 156). Esse mecanismo aponta para as exigências derivadas da igual posição de todos perante o poder político, já que os indivíduos reclamam: a) um tratamento geral e abstrato enquanto exigência de igualdade; b) a defesa perante a arbitrariedade que estaria ínsita na atuação do poder à margem do direito; e c) o incremento da segurança jurídica, dada a previsibilidade das ações do Estado (PEÑA, 1997, p. 38).

Como se vê, é intrínseca a ligação do princípio da legalidade e o republicanismo, que encontrou naquele a mais alta expressão de concretização. No entanto, pelo antes exposto, o princípio da legalidade encontra-se reduzido hoje – pela existência de uma Constituição invasiva e a atividade normativa do Executivo – relegado a funções meramente marginais. Em consequência, o que a ciência jurídica hoje reclama é uma reflexão profunda sobre esta nova posição da legalidade, para examinar em que medida pode ser resgatada a sua importância no Estado de Direito.



REFERENCIAS

AARNIO, A. **Lo racional como razonable**. Madrid: CEC, 1991.

AGUILÓ, J. **La constitución del Estado Constitucional**. Bogotá: Temis, 2004.

_____. **Teoría General de las Fuentes del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2000.

BARCELLONA, P. Legislazione e consenso sociale, *in* INGRAO, P. *Et alii*. **Il parlamento tra crisi e riforma**. Milano: Franco Angeli, 1985.

BARCELLOS, A. P. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/artigo%20controle%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas.pdf>>. Acesso em: 05/06/2008

BARROSO, L. R. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, M. L.P. **Direito constitucional brasileiro: perspectivas e controvérsias contemporâneas**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 27-65

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navegandi**, Teresina, n. 9, n. 851, nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?hd=7547>>. Acesso em: 9/06/2008

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOBBIO, N. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Mário Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995. 239p.

_____. **O Futuro da democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CADEMARTORI, S. **Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista**. Campinas: Millennium, 2007.

CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://WWW.panoptica.org>>. Acesso em:...

CARNELUTTI, F. **Cómo nace el Derecho**. Bogotá: Temis, 1997.

CLEVE, C. M. **Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1993.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 225, p. 109-130, 2001.

FERRAJOLI, L. O direito como sistema de garantias. *In* OLIVEIRA JR., J. A. (org.). **O novo em direito e política**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.



_____. **Derechos y Garantías. La ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.

GUASTINI, R. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Traducción de José María Lujambio. *In*: CARBONELL, M. (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: 2003. p. 49-73

HOLMES, O.W. **La senda del derecho.** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975

JUSTEN FILHO, M. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002.

LAPORTA, F. “Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley” *in Doxa* n° 22 (1999).

MACCORMICK, N. “Diritto, ‘Rule of Law’ e democrazia” *in* COMANDUCCI *et al* (orgs.) *Analisi e Diritto*. Torino: Giappichelli, 1994.

MARCILLA CÓRDOBA, G. **Racionalidad legislativa. Crisis de la Ley y nueva ciencia de la legislación.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2005.

MORAES, A. (org.) **Agências reguladoras.** São Paulo: Atlas, 2002.

MOTTA, P.R.F. **Agências Reguladoras.** Barueri, SP: Manole, 2003.

PASOLD, C. L. **Prática da Pesquisa Jurídica.** Idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 7. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

PEÑA FREIRE, A. **La garantía en el Estado constitucional de derecho.** Madrid: Trotta, 1997.

_____. Constitucionalismo garantista y democracia. **Crítica jurídica**, UniBrasil ET alii, Curitiba, n° 22, p. 31-66, 2003.

PEREIRA, C.F.O. (org.) **O novo direito administrativo brasileiro. O Estado, as agências e o terceiro setor.** Belo Horizonte: Fórum, 2003.

PÉREZ-LUÑO, A.E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución.** Madrid: Tecnos, 1995

PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 123-157

_____. **Ley, principios, derechos.** Madrid: Dykinson, 1998.

_____. **Del mito a la decadencia de la ley.** Madrid: Trotta, 2001.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. **Uma filosofia Del derecho em modelos históricos:** de la antigüedad a los inicios del constitucionalismo. Madrid: Trotta, 2002. 328p.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: um olhar a partir da Ciência Política. Em GRINOVER, Ada & WATANABE, K. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** Rio de Janeiro, Forense, 2013.

SCHMITT, K. *Sobre el parlamentarismo.* Madrid: Tecnos, 1990



SOUTO, Marcos Juruena V. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

VILA, M. Iglesias. El positivismo del Estado Constitucional. *In*: CARBONELL, M.; SALAZAR, P. (orgs.) **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho ductil**. Ley, derechos, justicia. Traducción M. Gascón. 4.ed. Madrid: Trotta, 2002. 173p.