

Odete Medauar

O direito
administrativo
em evolução

3ª edição



3.15 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade traduz a conotação administrativa do Estado de Direito. Na mesma linha, Pierre Delvolvé³⁰⁹ observa: “O princípio da legalidade é a expressão do Estado de direito na ordem administrativa”. Para Luís Roberto Barroso, “o Estado de Direito, desde suas origens históricas, evolui associado ao princípio da legalidade”.³¹⁰

Na sua concepção originária vincula-se à separação de poderes e a todo o conjunto de ideias que historicamente significaram oposição às práticas do período absolutista. Contra o arbítrio da vontade pessoal do monarca, impunha-se a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei. Na afirmação de Luisa Torchia³¹¹ “o princípio da legalidade emergiu originariamente como instrumento de limitação da soberania. O poder soberano não pode considerar-se livre da lei”.

Para a Administração, o princípio da legalidade traduzia-se em submissão à lei. No conjunto dos poderes do Estado expressava a relação entre poder legislativo e poder executivo, com a supremacia do primeiro. No âmbito das atuações exprimia a relação entre lei e ato administrativo, com a supremacia da primeira.³¹² Mediante a submissão da Administração à lei, o poder tornava-se objetivado; obedecer à Administração era obedecer à lei,³¹³ não à vontade instável da autoridade. Daí o sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido na concepção primeira do princípio da legalidade administrativa. Bernardo Sordi³¹⁴ indica tal aspecto, ao dizer que

309 *Le droit administratif*. 6ª ed. Paris: Dalloz, 2014.

310 Apontamentos sobre o princípio da legalidade, in *Temas de Direito Constitucional*. tomo I, 2ª ed., Renovar, 2006, p. 166.

311 Legalità e tipicità nel diritto amministrativo. Introdução ao capítulo 1, Amministrazione, principio di legalità e regole di diritto, no livro coletivo, Torchia, Luiza (org). *Lezioni di Diritto Amministrativo progređito*. Bolonha: Il Mulino, 2010, p. 15.

312 Eisenmann. *Cours de droit administrative*. vol. I. Paris: 1982, p. 549 (essa obra, em dois volumes, reúne o conteúdo de cursos de doutorado ministrados por Eisenmann entre 1948 e 1970, em Paris).

313 Loschak, Le principe de legalité – Mythes et mystifications, in *L'actualité juridique – droit administratif*, 20 set. 1981, p. 388.

314 Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia: la prospettiva storica, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione). Milão: Giuffrè, 2008, p. 41 e 42.

a “legalidade se tornou a principal garantia dos direitos no século XIX” e é este século que fez da legalidade administrativa uma questão de garantia”. Nesta concepção a lei e, portanto, o princípio da legalidade colocaram-se em função de ideais de justiça, como bem notam Ferreira Filho³¹⁵ e Umberto Allegretti,³¹⁶ para o publicista italiano, no Estado do século XIX o princípio da legalidade concebia-se em função da tutela das liberdades do indivíduo; a seu ver, reduzi-lo a mera relação de hierarquia entre lei e ato administrativo, suscetível de acolher qualquer conteúdo, como se tentou teórica e praticamente, é desconhecer o significado de toda a história da Europa moderna.³¹⁷

Dois aspectos da chamada *visão clássica* do princípio da legalidade podem ser indicados.

a) Nessa visão, a observância do princípio da legalidade se apresentava no sentido de uma subsunção, ou seja, havia a hipótese de fato e a consequência jurídica, fixadas na lei, de tal modo que os fatos, na atuação administrativa, deveriam ser enquadrados no referido molde; a Administração seria *mera executora da lei*, neste parâmetro; registra-se aí uma *concepção mecanicista da Administração*, como aponta Luisa Torchia.³¹⁸

Essa ideia originária do princípio da legalidade administrativa sofreu alterações, por várias razões.

Na realidade, sabe-se que a submissão total da Administração à lei, como subsunção, é irrealizável e provavelmente nunca se realizou; o publicista alemão Schmidt-Assmann³¹⁹ assim observa, a respeito: “esse

315 O princípio da legalidade, in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, jun. 1977, p. 13.

316 *L'imparzialità amministrativa*. Pádua: 1965, p. 149. Se hoje, século XXI, o respeito à legalidade, pelas autoridades públicas, soa banal, nos primórdios do século XIX representou importantíssima conquista, por contrapor-se a períodos históricos de livre exercício do poder público, sem limites e sem garantias a direitos dos cidadãos.

317 *L'imparzialità amministrativa*. 1965, p. 150.

318 Legalità e tipicità nel diritto amministrativo. Introdução ao capítulo 1, Amministrazione, principio di legalità e regole di diritto, no livro coletivo, Torchia, Luiza (org). *Lezioni di Diritto Amministrativo progređito*. Bolonha: Il Mulino, 2010, p. 16.

319 Questiones fundamentales sobre la reforma de la teoria general del Derecho Administrativo: necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos, in Barnes, Javier. *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla: Global Law Press - Editorial Global Law, 2006, p. 89-90.

modelo explicativo sobre a execução da lei nunca abrigou a realidade da sua aplicação;... o modelo tradicional é insuficiente para explicar e apreender muitas outras hipóteses que não se encaixam neste esquema”; de modo semelhante Luisa Torchia³²⁰ diz o seguinte: “A redução da administração à execução comportava, de um lado, dar à lei um encargo impossível: prever e disciplinar tudo o que a Administração poderia e deveria fazer; por outro lado, seria necessário ignorar a realidade do ordenamento vivo, no qual o fenômeno administrativo sempre foi bem mais rico e complexo...” De seu lado, Carlos Ari Sundfeld³²¹ “afasta-se da visão de que os administradores teriam de ser braços mecânicos e vê como natural a outorga, a eles, de competências para criar a partir das leis – isto é, que as leis abram espaço jurídico para os administradores instituírem e conceberem soluções, políticas e programas”. Com efeito, a concepção da legalidade como subsunção engessa a Administração Pública, impedindo-a de encontrar novas soluções ante aceleradas mudanças na sociedade; daí tornar-se relevante conferir outra fisionomia ao princípio da legalidade, sem abandoná-lo.

Por outro lado, muitas vezes o vínculo de legalidade significa só atribuição de competência,³²² como atribuição de poder, sem indicar o modo de exercício e as finalidades a realizar, a lei deixa de nortear minuciosamente a Administração, não a vincula a orientação alguma, o que pode trazer alguma dificuldade ao exercício de controles, por falta de parâmetros de avaliação precisos.³²³ Em várias situações, o vínculo de legalidade se efetua mediante recomendações, diretrizes ou objetivos contidos no texto, aparecendo, com frequência, termos vagos; daí o uso, na doutrina contemporânea, das expressões *soft law*, *droit flou* (direito fluido), *droit doux* (direito suave), para designar tal espécie.³²⁴ Pergunta-se: como oferecer garantia aos cidadãos e

320 Obra citada por último, p. 16.

321 Direito administrativo para céticos. 2ª ed. Malheiros, 2014, p. 254, tecendo forte e pertinente crítica à insistência, por alguns, na tradicional visão do princípio da legalidade.

322 Filippo Satta. *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*. Pádua: 1969, p. 9-10.

323 Carlassarre. *Amministrazione e potere politico*. 1974, p. 133.

324 Mencionam o vínculo de legalidade por *soft law*, p.ex: Marco Macchia, op. cit., p. 37; Gaudemet, Cinquanti anni di diritto amministrativo francese, in Marco D'Alberti (org). *Le nuove mete del diritto amministrativo*, cit., p. 135; Paulo Otero. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra:

limites à Administração ante a fluidez de muitos dispositivos? Luisa Torchia³²⁵ menciona outros mecanismos, p. ex.: garantias no processo administrativo, expressas nos direitos de participação, direito de acesso a documentos, direito ao contraditório, configurando elementos imprescindíveis da legalidade da ação e da decisão administrativa. De seu lado, Parejo Alfonso³²⁶ igualmente se refere à maior importância dos direitos de caráter processual (decorrentes da processualização administrativa) e da participação cidadã nos processos decisórios).

Além do mais, com o tempo, ocorreu o empenho da Administração na obtenção de poderes livres, o que gerou *os contrapesos*³²⁷ ao princípio da legalidade ou zonas de liberdade, refletidas na discricionariedade e nos atos de governo, muitas vezes fundamentadas no chamado *poder de supremacia especial*, concepção cara à doutrina publicista alemã, originada no período absolutista, hoje obviamente ultrapassada. E ainda: a redução do princípio da legalidade à relação lei-ato administrativo acarretou o cuidado somente com o aspecto defensivo, com a tutelabilidade do ato administrativo, expressa na exclusiva atenção ao tema do controle jurisdicional, em detrimento da atenção aos aspectos decisórios; a preocupação com a justiça administrativa *a posteriori* retrata-se muito bem na doutrina francesa e italiana. E justamente no controle jurisdicional transpareciam as zonas livres, incontroláveis nessa concepção; a Administração dotou-se de poderes insuscetíveis de controle, embora regida pelo princípio de legalidade. Por outro lado, a concepção positivista e a própria sacralização da legalidade levaram ao legalismo, ao formalismo excessivo dos decretos, circulares e portarias, com a predominância da letra dos textos sobre seu espírito ou sobre a realidade dinâmica da vida.

b) O segundo aspecto da visão clássica se refere ao princípio da legalidade no sentido da observância da lei votada pelo Parlamento, entendida na acepção de lei ordinária (denominação atual).

Alguns fatores mudaram esta visão. Com as transformações do Estado, deslocou-se a primazia do Legislativo para o Executivo, afetando

Almedina, 2003, p. 172 e 177. Jacques Chevallier se refere a *soft law*, a *droit flou*, a *droit mou*, na obra *L'Etat post-moderne*, cit., p. 122.

325 Op. ult. cit., p. 18.

326 *Crisis y renovación en el derecho público*. Buenos Aires-Madri: 2003, p. 96.

327 Expressão empregada por Eisenmann. *Cours de droit administratif*, vol. I, p. 462.

a relação entre os dois poderes, nos termos da concepção clássica da legalidade administrativa; atenuou-se a contraposição entre os dois poderes, reconhecendo-se a existência de função de orientação política na cúpula do executivo;³²⁸ a lei votada pelo legislativo deixou de expressar a vontade geral, para ser vontade de maiorias parlamentares³²⁹ controladas pelo executivo. Acrescente-se a ampla função normativa desempenhada pelo executivo: como autor de projetos, como legislador delegado, como legislador direto (em decretos-lei, medidas provisórias, e similares), como emissor de decretos, portarias, circulares, que por vezes afetam direitos (embora a visão tradicional rejeite tal situação, negando a realidade).

Outro fator relaciona-se à chamada *multiplicidade das fontes normativas*, cada vez mais acentuada, não se restringindo, o princípio da legalidade, à exclusiva observância da lei ordinária votada pelo Parlamento. Para Luís Roberto Barroso³³⁰ “supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador, na leitura convencional do princípio da legalidade”...Mencionam a pluralidade de fontes, por exemplo: Carlos Ari Sundfeld³³¹ (“alargamento das fontes”); D’Alberti³³² (“conjunto de elementos do direito”); Paulo Otero³³³ (cita o *bloco de legalidade*, expressão atribuída a Maurice Hauriou); o argentino Juan Carlos Cassagne³³⁴ (também cita o *bloco de legalidade*); Marco Macchia³³⁵ (“multiplicidade de fontes na legalidade”). As inúmeras fontes normativas e a ideia de um princípio de legalidade diferente do clássico convidam muitos autores a mudar o seu nome para *princípio da juridicidade* (por exemplo, sem indicar as obras já citadas: Luís Roberto Barroso, Pierre Delvolvé, Marco Macchia).

328 Franco Levi, Leggitimità (diritto amministrativo), *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 1974, p. 129.

329 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, O princípio da legalidade, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 10, 1977, p. 16.

330 *Curso de direito constitucional contemporâneo...* op. cit., p. 375.

331 *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed, op. cit., p. 242.

332 Diritto amministrativo e principi generali, in Marco D’Alberti (org). *Le nuove mete del diritto amministrativo*. Bolonha: Il Mulino, 2010, p. 80.

333 *Legalidade e Administração Pública*. op. cit., p. 16.

334 *El principio de legalidade y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires – Madri: Marcial Pons: 2009, p. 118.

335 Amministrazione pubblica, principio di legalità e regole di diritto, in Luiza Torchia (org), *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, op. cit., p. 28.

Ante as mudanças apontadas, como entender hoje o princípio da legalidade? Sem dúvida, o princípio da legalidade mantém sua função de garantia de direitos e de obstáculo à total anarquia da Administração;³³⁶ mas se alterou a sua concepção girando só em torno da lei votada pelo Parlamento, na formulação originária. Daí o italiano Fábio Merusi³³⁷ se referir à distinção entre “a legalidade dos antigos e a legalidade dos modernos” (contemporâneos), “pois muitas são as manifestações da legalidade”. Em novas bases deve assentar a legalidade que norteia a Administração.

A contemporânea percepção do princípio da legalidade há de levar em conta os pontos de mudança supracitados, mencionados novamente a seguir, em outras palavras, e demais itens de transformação, que se apontam de forma não exaustiva.

Quanto à *elaboração de normas pelo Executivo*, há o exemplo da Constituição francesa de 1958, que prevê campos reservados à lei (art. 34), sendo os demais atribuídos ao regulamento autônomo (art. 37), sendo estes, portanto, campos de normação elaborada pelo governo. A atribuição de matérias exclusivas ao regulamento autônomo ensejou na França a questão do poder normativo ilimitado nessas matérias, pois o governo estaria desvinculado da observância da lei e dos princípios gerais do direito administrativo; antes de 1958 o Conselho de Estado francês decidira que tais princípios tinham força de lei em relação aos atos administrativos gerais e especiais, anulando todas as decisões que os infringissem. Com a nova realidade, o Conselho de Estado passou a conferir aos princípios gerais valor constitucional, com base no preâmbulo da Constituição de 1958, o qual, por sua vez, reafirma os preceitos da Declaração de 1789 e do preâmbulo da Constituição de 1946.³³⁸

336 Demichel. *Le droit administrative*. 1978, p. 92-93.

337 Conclusioni, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia* (obra coletiva), Milão: Giuffrè, 2008, p. 479.

338 O tema relativo ao valor constitucional dos princípios gerais de direito administrativo, no direito francês, foi tratado em meu trabalho *Da retroatividade do ato administrativo*, 1986, p. 42-44, no qual se esclarece que o entendimento do Conselho de Estado francês sobre a autoridade constitucional dos princípios foi fixado na decisão do caso *Syndicat general des ingenieurs conseil*, que pode ser consultado na *Revue du Droit public*, set./out. 1959, p. 1004-1007. A matéria na França foi adquirindo novos contornos em virtude da atuação do Conselho Constitucional. Hoje convivem, no ordenamento francês, os princípios gerais de direito, extraídos e consagrados pelo Conselho de Estado, os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República (ex: liberdade de associação, liberdade de consciência e liberdade de ensino) e os princípios de valor

Com esse novo entendimento, o Conselho de Estado subordinou a atuação normativa do Executivo aos sumos preceitos axiológicos que norteiam a vida institucional francesa, tal como deflui do contido nos preâmbulos citados.

O princípio da legalidade também em outros ordenamentos passou a assentar em bases valorativas, “amarrando” a Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que informam todo o ordenamento. Assim, por este aspecto, o princípio da legalidade significa não mais a relação lei – ato administrativo, mas a dimensão larga, ordenamento – Administração. A respeito, Chevallier nota que a crise do princípio da legalidade foi contida pelo recurso a uma concepção ampliada da legalidade e, ainda, pelo aprofundamento do controle jurisdicional da Administração, pela maior amplitude das garantias dos administrados, pela consolidação dos direitos fundamentais.³³⁹

A extensão da legalidade, mediante a vinculação da atividade administrativa a valores consagrados constitucionalmente e inerentes ao modelo de Estado aí previsto, transparece em algumas constituições menos antigas. Assim, a Constituição de Portugal, no art. 266, item 2, dispõe o seguinte: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem atuar com respeito aos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça e da imparcialidade no exercício das suas funções”. A Constituição espanhola de 1978, no art. 103, item 1, determina a sujeição plena da Administração à lei e ao direito. A doutrina publicista espanhola e os pronunciamentos de altos tribunais, inclusive o constitucional, após a promulgação da Constituição de 1978, manifestam-se no sentido da vinculação da atividade administrativa e de todo o ordenamento aos princípios constitucionais e às decorrências do próprio modelo de Estado social e democrático de direito.³⁴⁰

constitucional, extraídos pelo Conselho Constitucional (ex: as múltiplas facetas do princípio da igualdade, a continuidade dos serviços públicos) (cf. Morand-Deville, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 13^a ed. Paris: 2013, p. 238-241 e 267-270).

339 Vers un droit post-moderne? Les transformations de la regulation juridique, in *Revue du droit public*, 1998, 3, p. 683.

340 V. por ex. Bassols Coma, Los principios del Estado de derecho y su aplicación a la Administración en la constitución, in *Revista de Administración Pública*, 1978, vol. 3, p. 155; Parejo Alfonso, *Estado social y Administración pública*. 1983, p. 65-66; Subirats, *Notas acerca del Estado, la Administración y las políticas públicas*, op. cit., p. 179-180; José Luís Serrano, Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica, in *Revista de estudios políticos*, n. 56, abr./jun. 1987, p. 103-112, que transcreve a seguinte sentença de 2.2.1980, do Tribunal Constitucional espanhol: “entendemos

Orientação semelhante vigora no ordenamento alemão, sobretudo em virtude da jurisprudência, que extraiu da Constituição muitos princípios que informam a atividade administrativa. Assim, por exemplo, da própria lógica da noção do Estado de Direito, afirmada pela Constituição, a Corte constitucional alemã fez surgir os princípios de segurança jurídica e de proporcionalidade, correspondentes à ideia de que o indivíduo é uma pessoa e não deve ser tratado como simples objeto, o que leva à necessidade de garantir segurança jurídica e a impor ao Estado exercício moderado do seu poder; o princípio da segurança jurídica, às vezes sob o nome de previsibilidade, decompõe-se em vários outros como, publicidade dos atos do Estado, precisão e clareza das normas de direito; o princípio da proporcionalidade impõe ao Estado moderação e proíbe atentado excessivo aos direitos do indivíduo.³⁴¹

Além da ampliação das fontes existentes no ordenamento nacional, aí incluída a Constituição do país, advieram, de modo crescente, *as normas originadas no âmbito comunitário e internacional/global*, a serem cumpridas na esfera interna dos Estados (por vezes de forma direta, sem a intermediação do Poder Legislativo). A título exemplificativo, citem-se: os preceitos emitidos pela União Europeia, de cumprimento obrigatório pelos países que a integram; os preceitos decorrentes de tratados e convenções internacionais, como os textos relativos à proteção do meio ambiente; os preceitos oriundos de organismos globais, por exemplo, Organização Mundial do Comércio, Organização Internacional do Trabalho. A fonte normativa abrange também o nível externo aos Estados, não se podendo mais afirmar que a legalidade

que os princípios gerais do direito, incluídos na Constituição, têm caráter informador de todo o ordenamento jurídico, que deve, assim, ser interpretado de acordo com os mesmos; onde a oposição entre as leis anteriores e os princípios gerais da Constituição seja irredutível, os princípios participam da força derogatória das mesmas”.

341 Fromont, L'État de droit, in *Revue du droit public*, 1984, p.1.213. Os estudos sobre o princípio da legalidade prosseguiram e reacenderam ante matérias que emergiram ao longo da década de 90 do séc. XX, como p.ex. o poder normativo das agências reguladoras, a deslegalização, a ampliação das fontes, estas duas últimas com mais força nos países integrantes da União Europeia. Dentre os trabalhos menos antigos v.: Rescigno, U., Sul principio di legalità, in *Diritto Pubblico*, 1995, p. 247-310; Salaverria, Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa, in *Revista española de derecho administrativo*, out./dez. 1996, p. 535-554; Pinelli, C. Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale, in *Diritto Pubblico*, 2001, 1, p. 83-111; Bassi, Nicola, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*. Milão: Giuffrè, 2001.

significa apenas observância da lei votada pelo Parlamento do país. E tais normas externas revestem-se, muitas vezes, da conotação de *soft law*, apresentando diretrizes, recomendações, objetivos, o que foge à concepção da legalidade no sentido de subsunção ou mera execução da lei.

A multiplicidade de fontes dificulta apreender, na era contemporânea, um modelo piramidal ou totalmente hierárquico da legalidade, daí a referência a um *modelo em rede*.³⁴²

Outro ponto de mudança da clássica ideia do princípio da legalidade situa-se na *consensualidade*, que se propaga na atuação administrativa; aí se incluem os acordos, os chamados “protocolos”, várias recomendações, acordos substitutivos de sanções, etc. Tais mecanismos levam a cogitar de flexibilidade, doses de escolha, menos coação, subsunção inviável, panorama este diverso da legalidade originária.³⁴³

A ampliação das fontes normativas internas e externas gera a chamada *inflação de normas* ou *inflação legislativa*, gerando incerteza e insegurança jurídica, tal como se discorreu no estudo sobre Estado de Direito, repercutindo, então, na tradicional visão do princípio da legalidade; a contínua substituição de uma norma por outra e a sobreposição de textos, no âmbito interno, também se insere nesta rubrica.³⁴⁴

No tocante ao ordenamento brasileiro a Constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao *princípio da legalidade* (art. 37, *caput*); a compreensão do princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1.º *caput* da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional. Desse modo vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, na esteira da contemporânea percepção do princípio da legalidade, associando-se, de modo próximo, o direito administrativo às disposições constitucionais.

342 P. ex: Jacques Chevallier, op. cit., p. 93.

343 Enunciam a *consensualidade* como fator de mudança do princípio da legalidade, p. ex: Gaudemet, op. cit., p. 135, e Macchia, op. cit., p. 34.

344 A *inflação legislativa* é citada, dentre outros, por: Chevallier, op. cit., p. 95; Gaudemet, op. cit., p. 133; Macchia, op. cit., p. 37.

Autores e ideias

- *1 *Deregulation* ou *desregulação* - O tema surgiu nos Estados Unidos em meados da década de 70 do séc. XX, para designar medidas com o objetivo de: aliviar o peso das normas editadas pelas agências e comissões; devolver aos agentes econômicos maior esfera de liberdade. O movimento se expandiu em virtude de vários fatores, p. ex: abertura de fronteiras e interpenetração de economias; mudanças tecnológicas; aspirações sociais de redução de pressões administrativas; reação à proliferação de regulamentos. Adquiriu vários sentidos: simplificação, redução de regulamentos, abertura de setores monopolizados pelo Estado à concorrência, privatização de organismos públicos. Não significa fim de toda regulamentação estatal; pode ser compensada (em geral é) por novas fontes de regulação ou por regulação efetuada em novos moldes.
- *2 *Plano Beveridge* - Sir William Beveridge, eleito deputado liberal, foi encarregado, em 1941, de elaborar relatório sobre a organização de um sistema inglês de seguridade social. O relatório - *Insurance and allied services* - publicado em 1942, serviu de base para o sistema inglês e inspirou todas as reformas realizadas em vários países europeus após a 2ª Guerra. A expressão *seguridade social* foi empregada pela 1ª vez nos Estados Unidos, com o *Social Security Act*, executado por Roosevelt em 1935. Mas só com *Plano Beveridge* adquiriu o sentido atual. O regime preconizado por Beveridge rompeu com concepção restritiva das *assurances sociales*; no regime proposto, a seguridade social tem por fim liberar o indivíduo da necessidade, garantindo segurança do rendimento ante os riscos que ameaçam a remuneração, tais como doença, velhice, maternidade, desemprego. Para Beveridge essa política de seguridade social só tem sentido se ligada à política de pleno emprego.
- *3 *Kelsen* nasceu em Praga em 1881. Foi professor de direito público da Universidade de Viena. Entre 1911 e 1914 se reúne em torno de Kelsen um grupo de jovens estudiosos, formando a *Escola de Viena*, dentre os quais Adolfo Merkl. A primeira edição da sua famosa obra, *Teoria Pura do Direito*, veio à luz em 1934, e a 2ª edição em 1960. Em 1945 publicou a *Teoria do Direito e do Estado*, em Harvard, onde ficou dois anos, não se exaurindo nestas obras sua produção. Kelsen continuou a trajetória do juspositivismo dogmático e estatal; sua obra é fase fundamental na história da Teoria do Direito. Embora a *Teoria Pura* seja denunciada como sede de todos os erros do século XX, nunca deixou de ser objeto de estudos e de novas reflexões. Para Bobbio, um mérito em Kelsen está na análise estrutural do ordenamento jurídico. Pontos fundamentais no pensamento de Kelsen: a) separar da pesquisa científica os elementos políticos; impedir que juízos de valor invadam a pureza da pesquisa; a justiça é ideal irracional, não podendo a ciência ocupar-se deste problema; é contra o direito natural; b) as leis são válidas independentemente de serem justas ou injustas; c) distinção entre a esfera o *ser (sein)* e

do *dever ser (sollen)*; esfera do ser - fenômenos naturais e sociais, onde há relação de causalidade; a esfera do dever ser é a do direito, como estrutura qualificadora da realidade social, havendo relação de imputação; d) o ordenamento se apresenta como um sistema que tem certa estrutura e que é caracterizado por ela; é um sistema dinâmico porque as normas são conexas pelo modo como são produzidas; há uma gradação hierárquica das normas, representada por uma *pirâmide*; de início há uma norma fundamental, que não é norma positiva posta, mas suposta, que permite considerar como sistema a multiplicidade de normas de qualquer ordenamento jurídico estatal; depois vem a 1ª constituição; a constituição é um conjunto de normas em que se preveem quais órgãos são autorizados a ditar normas jurídicas gerais, o respectivo procedimento e também o conteúdo; e) o direito é técnica de organização social, meramente instrumental; é um meio; sua especificidade: uso de meios coercitivos; na 2ª edição da *Teoria Pura do Direito* menciona, no entanto, que o Direito tem como finalidade a paz social, corrigindo, depois, para segurança coletiva; f) o Estado é o Direito; nem todo ordenamento jurídico é Estado, mas todo Estado é um ordenamento jurídico; o Direito é identificado com o ordenamento normativo estatal; Estado e Direito são ordens coativas da conduta humana; g) todo Estado é Estado de Direito só pelo fato de ser um ordenamento coativo; h) a *Teoria Pura* elimina o dualismo entre Direito e justiça, entre direito subjetivo e direito objetivo, entre Direito e Estado.

- *4 *Inflação jurídica ou inflação legislativa* - é fenômeno existente em vários ordenamentos, caracterizado pelo aumento da produção normativa, desproporcional aos meios para assegurar efetividade, gerando descrença no Direito, insegurança jurídica, dificuldade de conhecimento e assimilação, déficit de execução.
- *5 *Herman Heller* - Nasceu em Berlim em 1891 e faleceu em 1933. Foi professor em Berlim. Teceu ásperas críticas ao formalismo de Kelsen. Foi obrigado a sair da Alemanha, sendo-lhe aberta em Madri a cátedra de Ciência Política na Universidade de Madri, mas faleceu pouco tempo depois. Deixou a obra incompleta *Staatslehre*, depois publicada em 1934, onde afirma que Estado, Direito e sociedade são fenômenos culturais em relações inseparáveis.
- *6 *Personalidade jurídica do Estado* - Na origem, a noção de personalidade jurídica opera no plano da concepção do Estado; é o problema de construir noção jurídica e científica do Estado como titular exclusivo da soberania, entendida como o direito de dominar, vontade que une em si todo o povo; com isso se excluiria a noção de soberania popular, pois se concebe o povo como todo orgânico que se torna pessoa no Estado. Vários autores clássicos teceram críticas à concepção de personalidade jurídica do Estado, como por ex.: a) *Otto Mayer* - o Estado é muito poderoso para que se possa fazê-lo entrar na noção civilista de personalidade jurídica;

b) *Duguit* – contesta a teoria de Michoud de que a personalidade jurídica seja necessária para determinar os efeitos de todo ato jurídico; para Duguit esses efeitos são determinados vinculando-se ao fim pretendido por este autor (*Traité de droit constitutionnel*, 3ª ed., 1927, t. I). Para muitos autores a passagem do poder soberano à instituição abstrata da pessoa jurídica leva à construção de nova teoria política e a sentido garantista nas relações entre Estado e cidadão. Menciona-se uma crise da noção de personalidade jurídica a partir das novas realidades político-constitucionais: o pluralismo e o pluricentrismo; o Estado competindo com outros poderes; a negociação com outros poderes; as funções prestacionais; a atuação de conciliação de interesses de vários grupos.

- *7 *Separação de poderes – Precursores remotos*: a) *Platão – Leis*, 1ª parte, elogia o governo moderado baseado em sistema de contrapesos; b) *Aristóteles* – cap. XI, 14, da *Política*: são três os elementos de todas as constituições as quais o sábio legislador deve estudar: um é o que delibera sobre assuntos públicos, o segundo concerne às magistraturas, o terceiro, o corpo judiciário; c) *Políbio* – livro VI das *Histórias*, prega a melhor forma de governo, o governo misto, em que há mecanismo de controle recíproco dos poderes ou o princípio do equilíbrio; no fim do livro VI afirma: desse modo cada órgão pode impedir os outros ou colaborar com eles.

Precursores menos remotos: a) *Cromwell*, depois da 1ª revolução inglesa de 1640, no *Instrument of Government*, de 1643, especificou a distinção entre poder legislativo e poder executivo, atribuindo a suprema autoridade legislativa ao Parlamento; b) *Locke*, no 2º dos *Dois Tratados do Governo Civil*, publicados em Londres em 1690: há quatro poderes: legislativo, que fixa regras gerais e estáveis, que separam o meu do seu; executivo – zelar pela execução das leis; federativo – manter relações internacionais; prerrogativa régia – conjunto dos poderes do monarca remanescentes das limitações oriundas do Parlamento; c) *Bolingbroke* – publicista inglês e tenaz divulgador da doutrina separatista; alguns o consideram o verdadeiro criador do equilíbrio dos poderes; publicou uma série de artigos em semanário, entre 1733 e 1738; defendeu a ideia de controle recíproco entre os órgãos supremos do Estado a garantir-se com adequado sistema de contrapesos, e isso para haver equilíbrio entre rei e parlamento, legislativo e executivo, prerrogativa régia e liberdade do povo.

Montesquieu – criador do princípio político-institucional da separação de poderes. Charles de Secondat, Barão de Montesquieu e de la Brède, nasceu em 1689 e morreu em 1755. Por 20 anos escreveu sua obra mais conhecida, *L'Esprit des Lois*, em 30 volumes, publicados em 1748. Não usou a expressão separação de poderes. Objetivo de Montesquieu: enfraquecer o poder da monarquia absoluta para salvaguardar a liberdade dos cidadãos. Trechos mais difundidos: "Liberdade política é esta tranquilidade espiritual que provém da opinião que cada um tem da sua

segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. A liberdade política só se encontra nos governos moderados, mas ela não está sempre nos Estados moderados; ela está aí só quando não se abusa do poder; mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites; para que não se possa abusar do poder é necessário que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder". "Há em cada Estado três tipos de poder: legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes e executivo das coisas que dependem do direito civil. Como num Estado livre todo homem que se pensa ter alma livre deve ser governado por si próprio, seria necessário que o próprio povo tivesse o poder legislativo. Como isso é impossível nos grandes Estados e inconveniente nos pequenos, é necessário que o povo faça por seus representantes tudo o que não pode fazer por si". "O poder executivo deve estar nas mãos de um monarca, porque esta parte do governo, que tem necessidade de ação momentânea, é melhor administrada por um do que por muitos".

A doutrina de Montesquieu entrou na prática constitucional francesa após receber enxerto da doutrina da *soberania popular* de Rousseau, o qual em síntese, expressa o seguinte, no *Contrato Social* (1762): "Problema é de estabelecer governo sem sacrificar a liberdade de todos e de cada um; melhor é a sujeição de todos a todos, pela sujeição de todos à vontade geral. O verdadeiro soberano é a vontade geral; esta, no fundo, é a razão, a voz da razão que os homens ouvem sobre o interesse geral quando se despem do interesse privado e não estão sob influência de associações particulares. Lei é a decisão da vontade geral sobre matéria geral; lei tem de ser impessoal, geral; o príncipe não está acima da lei, nem pode haver lei injusta (isso porque Rousseau não aceita que seja lei qualquer decisão arbitrária do soberano).

A separação de poderes também foi considerada necessária por Rousseau, mas sob fundamentos diferentes daqueles de Montesquieu; este visava a garantir a liberdade contra o absolutismo; para Rousseau a separação entre executivo e legislativo é resultado lógico da sua concepção; para ele o legislativo só pode ser exercido pelo povo e só pode ter por objeto regras gerais, cabendo ao executivo cuidar da execução; o legislativo é o único poder.

Primeiras realizações positivas da separação de poderes: Constituição de Massachussetts, de 1780; Constituição americana de 1787 (sem conter enunciação explícita); art. 16 da Declaração de Direitos de 1789 - "toda sociedade na qual a garantia de direitos não é assegurada nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição". Depois, Constituições francesas de 1791, 1793 (não foi aplicada) e 1795.

*8 Uma das concepções elaboradas para expressar a interpenetração dos poderes é a da distinção *material* e *formal* das atividades estatais, que se

desdobra na teoria da *lei material* e *lei formal*. Elaborada pela doutrina alemã na metade do século XIX, teve seu precursor em *Schmittthener*, em 1845 (citado por Jellinek) e depois encontrou seu principal defensor em *Laband*. Foi utilizada para conciliar a monarquia e a figura do monarca com os princípios de liberdade civil e política. O monarca passou a ter participação em todas as funções, embora mantidas separadas. Segundo o critério material das funções, cada complexo orgânico tem atribuída, de modo predominante e não exclusivo, uma função distinta. Esse critério foi integrado com o critério formal, ou seja, o da formalidade procedimental, para distinguir atos de natureza distinta vindos de um mesmo órgão e também atos de igual natureza intrínseca promanados de órgãos diferentes (como lei e regulamento, por exemplo).

- *9 *Emergência da noção de Administração Pública* – Segundo Jean-Louis Mestre, na Idade Média, a palavra *Administração* designava gestão de um patrimônio, exercício de uma função, a conduta de gestão de um principado. Essa diversidade persistiu por muito tempo. Mais ou menos na metade do séc. XVIII a expressão *Administração Pública* ou a palavra *Administração*, em maiúscula, passaram a ter o sentido atual, expandindo-se. A modificação de significado aparece nos documentos que emanam das Cortes e das principais autoridades, ex: o relatório de *Necker* ao Rei, em 1784. Também é encontrada em textos de pensadores políticos, ex: *De Real* – prefácio do seu *Science du Gouvernement*, 1765; *Rousseau*, no seu *De l'conomie politique*, proclama ser necessário que a Administração seja em tudo conforme à lei; no *Dictionnaire de jurisprudence*, de *Prost de Royer* (1782-1789), figuram as palavras *administração* e *administrador*, distingue duas espécies de administração, a privada e a pública; conceitua esta última: a Administração é uma procuração, uma comissão, um mandato pelo qual se é encarregado de manter os direitos, a segurança, a tranquilidade, o bem estar dos indivíduos, componentes de um grupo, uma cidade, uma província, um Estado; acrescenta que é necessário distinguir Administração do governo; desde que é evidente que a ordem e o bem estar público são objeto de uma boa Administração, as leis que a constituem ...são as mais importantes do direito público.

De início a ideia de *policia* se confundia com Administração; com a evolução do sentido de *Administração*, o conceito de policia passa a ter papel restrito (manutenção da ordem, da tranquilidade).

- *10 *Max Weber* – nasceu em 1864, morreu em 1920; estudou direito, economia, história e filosofia; foi professor de direito comercial e romano; em 1903 crise nervosa o afasta da atividade docente; depois da 1ª Guerra assume a cátedra de Sociologia na Universidade de Viena, que logo abandona; em 1919 torna-se professor de Sociologia e Ciências do Estado em Munique. *Economia e Sociedade*, sua obra mais conhecida, é póstuma e inacabada, e foi editada em 1922. Outra obra de Weber, *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, foi traduzida para o inglês por Talcott Parsons, em 1930.

Síntese das ideias fundamentais de *Economia e Sociedade*: *dominação* – probabilidade de encontrar obediência dentro de um grupo; é necessário mínimo de vontade de obedecer; *dominação* exige quadro administrativo, isto é, atividade destinada à execução de ordens; *dominação* de caráter racional – crença na legalidade das ordens estatuídas e na legalidade do direito de mando dos que exercem a autoridade; *dominação* de caráter tradicional – caráter carismático. Em geral, a forma de *dominação* legal é a estrutura de *dominação* do quadro administrativo: a burocracia. Impessoalidade formalista, sem ódio ou paixão, é uma das características da *dominação* burocrática. O ordenamento como direito garantido ocorre só onde existe a possibilidade de que a coação (jurídica) intervenha em certos casos; esse emprego da coação não é característica decisiva do direito do ponto de vista sociológico. A coação jurídica mediante o uso da força é monopólio da instituição do Estado. Estado, em sentido racional, só existe no Ocidente. Estado racional apresenta-se como grupo de poder em forma institucional, provido do monopólio da violência legítima. Estado é aquela comunidade humana que, no âmbito de determinado território, pretende para si o monopólio do uso legítimo da força física; outros grupos só usam a força nos limites admitidos pelo Estado. Todo poder se manifesta e funciona como administração e toda administração requer poder. Modo de funcionamento do poder burocrático: a) competências definidas, disciplinadas por leis e regulamentos, com estável subdivisão de atividades e realização contínua; b) hierarquia dos órgãos; c) a conduta dos órgãos se funda em documentos; d) a atividade do órgão absorve toda a capacidade de trabalho do funcionário; e) a conduta do funcionário segue normas gerais que podem ser aprendidas. O Estado burocrático é o que julga e administra segundo um direito racionalmente estatuído e regulamentos racionalmente concebidos.

- *11 *Pós-modernidade, pós-modernismo, pós-moderno* – François Lyotard, filósofo francês, publicou em 1979 o livro *A condição pós-moderna*, daí se expandindo a expressão e a noção. A *pós-modernidade* se aplicaria ao período posterior a 1950 e seria paralela à sociedade pós-industrial. A tecnologia da informação, a comunicação de massa, a midiática, a robótica, por exemplo, estão presentes na pós-modernidade. Algumas linhas da pós-modernidade podem ser indicadas: a) descrença nos valores da modernidade, sobretudo a razão e a racionalidade; b) no âmbito político, não aceitação de radicalismos, p. ex: do fascismo, do nazismo, do comunismo, do totalitarismo; c) na sociedade de risco imperam: a complexidade, a confusão, a incoerência, p. ex. Zigmunt Bauman, polonês com nacionalidade inglesa, ao invés de pós-modernidade se refere à *modernidade líquida*, surgida com a queda do muro de Berlim (1989), contraposta à *modernidade sólida*, aplicada à sociedade da Guerra Fria, à sociedade industrial. Na modernidade líquida sobressaem, p. ex: a sociedade fluida (onde as relações são fluidas e frágeis) e a primazia do consumo. Jacqueline Morand-Deville menciona a *pós-pós-modernidade*, afirmando ocorrer o envelhecimento da pós-modernidade,

aventando-se, então, um novo modo de organização social, em que o consensualismo se desabrocharia em *convivialismo*, ou seja, um novo contrato social em que a participação dos cidadãos seja mais efetiva e um novo princípio legitimaria as fontes do Direito: o da solidariedade (As mutações do direito administrativo francês, in *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 12, nº 50, out./dez 2012, p. 60, tradução de Daniel Wunder Hachem). O argentino Roberto Dromi se refere à *hipermodernidade*, que se iniciaria a partir do atentado às Torres Gêmeas (2001), sendo a quarta fase da evolução do Estado; aponta as seguintes características deste período, em síntese: "renascimento da homogeneidade; aumento da concertação e do diálogo internacional; diversidade nas alianças de países; renovação da defesa dos direitos do homem; fluidez midiática; e hiperconsumismo paralelamente à busca de solidarizar economicamente (*El Derecho Público de la hipermodernidad*. Madri-México: Hispania Libros, 2005, p. 20, 21, 22).