



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Seção: Artigos Científicos

A legalidade administrativa e a crise do positivismo jurídico

Administrative legality and the crisis of legal positivism

Davi Chicoski

Resumo: Trata-se de trabalho que analisa o princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública, desde a concepção liberal até a crise do positivismo jurídico, bem como o desenvolvimento do pensamento pós-positivista. Aborda a questão da segurança jurídica, princípio caro aos teóricos e profissionais do direito, que influenciou consideravelmente a concepção liberal do princípio da legalidade. Apresenta as características fundamentais do pensamento juspositivista. Expõe pensamento crítico ao positivismo que se desenvolveu em seguida à derrocada do liberalismo, estabelecendo um contraponto com as características juspositivistas antes apresentadas. Discorre acerca do pensamento de juristas históricos que se debruçaram sobre o tema, em especial Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Claus-Wilhelm Canaris, J.J. Gomes Canotilho e Charles Eisenmann. Enfrenta, finalmente, o princípio da legalidade do direito administrativo contemporâneo, especialmente a problemática relacionada aos regulamentos editados pela Administração Pública.

Palavras-chave: lei; princípio da legalidade Administrativa; positivismo jurídico; crise; regulamentos.

Abstract: This paper examines the principle of legality in Public Administration from the liberal conception to the crisis of legal positivism and the development of post-positivist thought. It addresses the issue of legal certainty, expensive principle to theoretical and legal professionals, which greatly influenced the liberal conception of the principle of legality. It presents the fundamental characteristics of juspositivist thought. Exposes critical thinking to positivism that developed following the collapse of liberalism, setting a counterpoint to the juspositivists features previously presented. It talks about the thought of historical jurists who have studied the subject, especially Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Claus-Wilhelm Canaris, JJ Gomes Canotilho and Charles Eisenmann. It faces, finally, the principle of legality of contemporary administrative law, especially problems related to regulations issued by the Public Administration.

Keywords: Law; principle of administrative legality; legal positivism; crisis; regulations.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3n1p254-283>

Artigo submetido em: maio de 2015

Aprovado em: setembro de 2015

A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

Davi CHICOSKI*

Sumário: 1. Introdução; 2. Legalidade administrativa e Estado de Direito; 2.1. A concepção de legalidade na formação do Estado de Direito; 2.2. A preocupação com a segurança jurídica; 3. A formalização do direito e a crise do positivismo jurídico; 3.1. Características do positivismo jurídico; 3.2. Crítica ao positivismo jurídico; 4. O princípio da legalidade administrativa no direito contemporâneo; 4.1. Da legalidade à juridicidade; 4.2. Os regulamentos; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A noção de legalidade administrativa, surgida com as revoluções burguesas que deram início ao Estado de direito, sofreu alterações no decorrer dos séculos XIX e XX. Quando concebida pelos teóricos do Iluminismo, significava a tentativa de controlar a Administração então marcada pela presença do monarca absolutista. A classe burguesa, em ascensão e lutando por maior poder político, ansiava pela limitação do poder exercido pela monarquia e via na consagração do Parlamento – como órgão responsável pela edição das leis – a oportunidade para exercer maior poder político. Os anseios da burguesia efetivamente se concretizaram, de modo a permitir o desenvolvimento capitalista nos séculos seguintes. Naquela época, o princípio da legalidade tinha como escopo primordial gerar segurança jurídica; o Estado, sob a ideologia do liberalismo, era encarado como algo distinto e apartado da sociedade civil e, portanto, um ente do qual esta devia se proteger, resguardando sua liberdade e propriedade.

Em tal contexto histórico, começou a desenvolver-se mais plenamente o positivismo jurídico, notadamente após a consolidação da classe burguesa no poder. Dentre as características do juspositivismo, são marcantes, relativamente à noção de legalidade administrativa, as seguintes: (i) a forma como se procedeu a uma radical distinção entre juízos de fato e juízos de valor, contemplando-se a formalização do direito; (ii) a elevação da lei como única fonte qualificadora do ordenamento jurídico; (iii) a prevalência de um sistema jurídico fechado; (iv) uma noção mecanicista de interpretação.

Além da perspectiva do direito natural, tais características do positivismo jurídico foram questionadas principalmente após a Segunda Grande Guerra, quando se ampliaram as teorizações acerca do Estado constitucional. Adquiriu sentido a expressão “pós-positivismo” para indicar um pensamento jurídico que não compartilha das premissas teóricas e metodológicas juspositivistas. Nessa nova linha de abordagem, optou-se por: (i) revalorizar o aspecto material do direito, sem, contudo, defender uma fundamentação jusnaturalista; (ii) afirmar a normatividade dos princípios de direito; (iii) conceber o direito como um sistema aberto; (iv) definir a norma jurídica como produto da interpretação.

Como não poderia deixar de ser, as transformações expostas acima, reveladoras da crise do positivismo jurídico, importam também a necessidade de revisão da noção de legalidade administrativa, que ressalta, sobretudo, quando se estabelece o declínio da lei formal em prol da *juridicidade* e à medida que os regulamentos expedidos pela Administração se tornam uma prática corrente.

*Bacharel em Direito pela UFPR. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Procurador da Fazenda Nacional em São Paulo.

2. Legalidade administrativa e Estado de Direito

A palavra lei é antiga e implica os mais diversos significados. Sua utilização não está de forma alguma adstrita ao conceito de lei – e de legalidade – que se formou na modernidade, mais especificamente após as revoluções burguesas do final do século XVIII.¹ Porém, optou-se aqui por fazer um recorte histórico e tomar a noção de lei e de legalidade já a partir do chamado Estado de Direito.

2.1. A concepção de legalidade na formação do Estado de Direito

A legalidade é um marco jurídico fundador da administração pública no Estado de direito, haja vista que a legitimidade da atuação administrativa deixa de ser consequência da tradição que elevava o soberano ao *status* de “senhor absoluto”, passando a se relacionar com a lei racionalmente elaborada. Conforme clássica distinção entre os tipos de dominação proposta por Max Weber, o Estado moderno é aquele cuja dominação é exercida por leis impessoais elaboradas em virtude de uma racionalidade formal. “Obedece-se à *ordem impessoal*, objetiva e legalmente estatuída e aos *superiores* por ela determinados, em virtude da legalidade formal de suas disposições e dentro do âmbito de vigência destas” (WEBER, 1994, p. 141). Conquanto já se considerasse a importância do respeito à lei desde a Antiguidade, como se extrai do pensamento de Platão e Aristóteles, é incontestável que a legalidade administrativa somente passou a coibir mais eficazmente os desmandos praticados pelos detentores do poder quando inserida na “base ideológica jurídica e na lógica política dos primeiros esboços do Estado de Direito”; o princípio da legalidade foi o primeiro a ser positivado pelo constitucionalismo do Estado de direito (ROCHA, 1994, p. 76-77).

A alteração paradigmática do Estado absoluto para o Estado de direito ocorreu em meio a uma série de turbulências históricas, as quais são usualmente identificadas e resumidas pela menção a um evento específico: a Revolução Francesa. Naquele momento, buscava-se delimitar o poder de certo modo incontrolável do soberano absolutista por meios racionais que o impedissem de alterar sua vontade bruscamente, pois tal tipo de conduta vinha em detrimento do desenvolvimento burguês, isto é, contrapunha-se aos interesses da classe econômica (porém não política) dominante, a qual clamava por segurança jurídica. No âmbito do direito, essas transformações propiciaram o surgimento da moderna “teoria das fontes”. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Foi justamente quando, no continente europeu, o desenvolvimento do capitalismo, o aparecimento do Estado burocrático e a exigência de promulgação da maior parte das normas costumeiras impuseram-se, é que assistimos ao aparecimento da moderna teoria das fontes. Ela é, ao mesmo tempo, uma racionalização do fenômeno jurídico e uma justificação de uma conjuntura histórica, cujo expoente ideológico máximo é o liberalismo (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 226).

No plano teórico-político, os ideais burgueses eram afirmados pelo pensamento iluminista, que trouxe propostas inovadoras na organização do poder estatal, notadamente com a célebre teoria da separação dos poderes, difundida na formulação de Montesquieu. Essa teoria:

Significava, em síntese, a elaboração de leis gerais e impessoais por um parlamento representativo do povo, a execução das mesmas por um executivo responsável perante

¹ “Muito embora o princípio da Legalidade seja considerado como um dos pilares do moderno Estado constitucional, o chamado Estado de direito, trata-se de algo antigo tanto quanto a especulação sobre os princípios da política e sobre as diferentes formas de Governo. Liga-se ao ideal grego da isonomia, isto é, da igualdade de todos perante as leis, considerada como a essência do bom governo”. (BOBBIO, 1995a, p. 674-675).

aquele (mediante atividade administrativa imparcial e neutra) e o controle da observância dos direitos dos indivíduos por magistratura independente (MEDAUAR, 2003, p. 120).

Contrariamente ao que ocorre nos dias de hoje, o Legislativo era visto como um poder supremo, pois era teoricamente considerado o legítimo representante da “vontade popular”; às suas leis o Executivo devia se subordinar (MEDAUAR, 2004, p. 30). Não se cogitava, portanto, de uma paridade entre ambas as funções; a ideia era a de que à Administração cabia apenas cumprir as normas elaboradas pelo Parlamento. “El principio de legalidad traducía en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara representativa, y el retroceso del ejecutivo y de los jueces, que de ser poderes autónomos pasaban a estar subordinados a la ley” (ZAGREBELSKY, 1999, p. 30).²

Além disso, e o que aqui é importante frisar, logo após a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não havia a distinção entre lei em sentido formal e lei em sentido material, uma vez que a crença na legitimidade da norma genérica expedida pelos “representantes do povo” era tão acentuada a ponto de não se cogitar de uma possível norma legislativa formalmente válida, porém substancialmente ilegítima.³

Com a formação de uma administração pública que se sujeita à lei, o poder se torna algo objetivo, já que obedecer à autoridade constituída deixa de significar submissão à vontade instável do soberano, mas obediência a comandos impessoais elaborados racionalmente pelo Parlamento. “Daí um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder contido nessa concepção do princípio da legalidade” (MEDAUAR, 2003, p. 133). A criação de leis estáveis por um “poder” distinto daquele encarregado da administração, e que passassem a vincular as atividades administrativas, foi o modo pelo qual a burguesia garantiu sua segurança jurídica e passou a exercer um expressivo poder político, antes concentrado nas mãos do monarca absolutista. Ao mesmo tempo, significou um avanço inegável no que concerne ao controle administrativo: o administrador só poderia atuar de acordo com a lei.

Tais transformações históricas dão início ao Estado liberal clássico, em que aos particulares tudo é permitido desde que a lei não os proíba, ao passo que o Estado-administrador, contrariamente, só age segundo leis formalmente estabelecidas. O princípio da legalidade, em relação ao endereçado privado dos atos soberanos, “significa que só o que a lei obriga ou proíbe deve ser cumprido: o restante lhe é permitido”. Já “para o emissor de atos soberanos, significa que não só deve fazer ou deixar de fazer apenas o que a lei obriga, mas também que só pode fazer o que a lei permite. É a estrita legalidade” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 139).

Charles Eisenmann adverte que a noção de legalidade aplicada à Administração Pública não está imune a contradições. Segundo posicionamento defendido pelo autor, o princípio da legalidade pode designar ao menos dois significados sensivelmente distintos.⁴ O primeiro deles equivaleria a um princípio de não-contrariedade. Assim, em não havendo norma legislativa disposta sobre determinada matéria, a Administração Pública poderia atuar nesse espaço de “não legalidade”. Outro significado possível, de maior limitação da atividade administrativa, equivale ao princípio de conformidade, segundo o qual a Adminis-

² “O princípio da legalidade traduzia em termos constitucionais a hegemonia da burguesia, que se expressava na Câmara Representativa, e o retrocesso do executivo e dos juizes, que de poderes autónomos passavam a estar subordinados à lei” (trad. livre).

³ Cf. ROCHA, 1994, p. 78. Para uma distinção entre lei em sentido orgânico-formal e lei em sentido jurídico-material (ou pelo seu conteúdo formal) ver: MELLO, 1979, p. 238-240.

⁴ Charles Eisenmann se aprofunda mais no tema das possíveis concepções do princípio da legalidade em seu *Cours de Droit Administratif*, em que ele afirma a possibilidade de três noções distintas do princípio da legalidade no direito administrativo positivo, além de uma quarta, teoricamente possível, mas inexistente na prática (EISENMANN, 1982, p. 462-468). Ver infra: ponto 3.1.

tração só atuaria legalmente quando expressamente autorizada por norma elaborada pelo Parlamento. No silêncio deste, seria ilícita a conduta administrativa, ante a inexistência de um parâmetro legal que a conformasse (EISENMANN, 1959). Dito isso, cabe lembrar, ainda na linha de Eisenmann, que os precursores do Estado de Direito, ao limitar a Administração aos comandos legais, tinham em mente uma concepção mais restritiva do princípio da legalidade, pois eles

(...) não poderiam, é evidente, imaginar o futuro desenvolvimento de um tão importante direito jurisprudencial; para eles, o direito era o direito escrito, e, fundamentalmente, a lei, esta norma estabelecida *a priori* como tal, para reger o futuro, traçando, portanto, por antecipação, para seus súditos, a sua conduta (Ibid., p. 51).⁵

Pode-se notar, portanto, que o princípio da legalidade estrita assume a função de protagonista num sistema jurídico em que tende a prevalecer uma racionalidade formal, diametralmente oposta aos valores calcados na tradição, em virtude dos quais o soberano antes se mantinha no poder. Além disso, a primeira concepção de legalidade surgida após as revoluções burguesas era, em regra, mais rígida que a que se percebe atualmente, haja vista acreditar-se que o Parlamento, visto como legítimo representante da vontade do povo, era superior aos demais órgãos da estrutura estatal, e que, portanto, somente a ele caberia expedir normas gerais que controlassem o Poder Executivo e impedissem os abusos antes cometidos. Ainda não havia se desenvolvido uma teorização sobre a discricionariedade administrativa e tampouco se cogitava de uma necessidade tão intensa de regulamentos (gerais e abstratos) editados pela Administração. Por outro lado, é importante salientar que essa primeira concepção do princípio da legalidade surgida ainda no século XVIII é formal, mas não necessariamente formalista, até mesmo porque o racionalismo jurídico então presente na época tinha como parâmetro a “razão natural” e, logo, diferenciava-se do direito de cunho positivista que se desenvolveu ao longo do século XIX.

2.2. A preocupação com a segurança jurídica

Como se observou, a inserção do princípio da legalidade no ordenamento jurídico do Estado de direito se deu em razão de uma sensível preocupação da burguesia em garantir segurança em suas relações jurídicas. Até então, sob o império de uma dominação de tipo tradicional marcada pela figura do monarca absolutista, era impossível o desenvolvimento do capitalismo. Porém, o conceito de segurança jurídica está longe de receber um tratamento pacífico por parte dos estudiosos. É difícil saber até que ponto o respeito à lei formalmente estabelecida garante segurança jurídica e até que ponto é um mito a que se apegam os juristas, notadamente os que adotam uma postura positivista. Em razão disso, antes de adentrar o tema da formalização do direito e da crise do positivismo jurídico, cabem algumas considerações acerca da segurança jurídica como escopo do princípio da legalidade.

Objeto de preocupação em diversas áreas, o conceito de segurança jurídica desperta grande atenção dos pesquisadores, tanto no campo teórico-crítico quanto no campo dogmático. Numa perspectiva sociológica, a questão mais recentemente se coloca a partir do questionamento de como garantir as expectativas sociais numa sociedade marcada pela contingência. “A sociedade é um sistema de interações sempre ameaçado pela contingência (...). Aí aparece o direito como uma das estruturas sociais que garantem as expectativas sociais contra a contingência a que estão sujeitas” (FERRAZ JUNIOR, 1980, p. 3). De acordo com Ângela Cássia Costaldello, “‘segurança jurídica’, no mais das vezes, traduz o sentimento de justiça

⁵ Advirta-se, porém, que a concepção restritiva do princípio da legalidade se refere mais propriamente ao momento histórico pós-revolucionário francês. Em outros ordenamentos, como o encontrado na Alemanha da época, os limites impostos pela lei eram menos intensos. Segundo Gustavo Zagrebelsky, no contexto alemão, a ausência de leis, em linha de princípio, possibilitava que a administração perseguisse livremente seus fins (ZAGREBELSKY, 1999, p. 27).

que deve ser preservado através da manutenção de circunstâncias consolidadas, quer tenham atingido a esfera individual ou se relacionem a interesses da sociedade” (COSTALDELLO, 1998, p. 33).

A valorização da segurança jurídica serviu de argumento para que a burguesia demarcasse sua esfera de direitos durante o século XIX. Interessante observar que tal noção surge no discurso revolucionário do século XVIII como um direito natural – era o meio por excelência de se fazer respeitar a propriedade privada –, mas, uma vez consagrada nos textos legais, passa a encontrar seu fundamento no próprio direito positivo. Disso decorre a vinculação entre segurança jurídica e respeito à lei formal.

A formação e a transformação da ideia de segurança jurídica têm, no Estado Liberal, o seu marco. Surgida após a Revolução Francesa, tomou contornos de positividade das concepções filosóficas da burguesia. Naquele período, a segurança jurídica consistia na relação lógica entre a lei e a garantia da propriedade privada. A lei e a liberdade moviam-se na esfera da propriedade, tida como direito sacro e inviolável.

A conotação assumida pela segurança jurídica como produto da ideologia revolucionária e fundada no Direito Natural – racionalista e individualista – perde importância na proporção direta da estabilização do liberalismo e do bem-estar que a burguesia passa a gozar, com a já assentada garantia da propriedade privada. Ou seja, há uma substituição de valores devido à não-exigência de reivindicações, pois bastava à burguesia a manutenção do status adquirido. (COSTALDELLO, 1998, p. 33)

A noção de segurança jurídica como consequência das leis formalmente estabelecidas pelo Parlamento, um dos principais argumentos das correntes juspositivistas, não tarda em sofrer críticas. Um fator decisivo que leva à descrença na lei formal como garantia de segurança jurídica é a crescente complexidade das sociedades no decorrer do século XX, na medida em que não mais se verifica a tendência de permanência de normas legislativas e administrativas. Desse modo, o grande fundamento que impulsionou a formação do Estado de direito, isto é, o de que o indivíduo somente seria afetado em sua esfera de direitos quando uma lei geral e abstrata o obrigasse, perde muito de sua importância, pois as regras, mesmo as impostas por lei formal, estão sempre sujeitas a mudanças. Com efeito, ao contrário do que se constatava no início do século XIX, as leis são inúmeras e parecem conflitantes, pois não resultam mais de uma sociedade “monoclasse”, como era a que se impunha no século XIX. Gustavo Zagrebelsky explica a sociedade liberal nos seguintes termos:

Juridicamente la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era éste el caso. Una sociedad política ‘monista’ o ‘monoclasse’, como era la sociedad liberal del siglo pasado, incorporaba en sí las reglas de su propio orden. (ZAGREBELSKY, 1999, p. 31)

Nesse cenário da atual “sociedade de risco”, conforme salienta J. J. Gomes Canotilho:

crece a necessidade de *actos provisórios* e de *actos precários* a fim de a administração poder reagir à alteração das situações fáticas e reorientar a prossecução do interesse público segundo os novos conhecimentos técnicos e científicos. (CANOTILHO, 2003, 266)

Nessa perspectiva, é interessante lembrar que foi a própria positividade do direito que abriu margem à contínua adaptação das normas jurídicas às transformações sociais. Sem a necessidade de recorrer-se a um parâmetro fixo identificado na ideia de Deus ou de razão natural, tornou-se possível uma constante

adaptação substancial do direito, desde que respeitados certos limites formais. Estudando as abordagens clássicas à sociologia do direito, Niklas Luhmann lembra que a *positivação* é o fenômeno que marca, mais que qualquer outro, o direito da sociedade industrial moderna.

Pela primeira vez na história mundial a modificação do direito, pela legislação desde o século XIX, torna-se parte integrante imanente do próprio direito, e é tratada como questão de rotina corrente: o direito passa a ser visto como em princípio modificável. (LUHMANN, 1983, p. 34)

Um outro problema concernente à busca de segurança jurídica pela lei formal é justamente o que se coloca a partir da perspectiva da teoria concreta da norma, quando se defende a possibilidade de que uma mesma norma legislativa (hipótese normativa) adquira diferentes significados de acordo com os casos concretos que regule. A norma aplicada a cada um desses casos não seria apenas a reprodução, a declaração, da norma legislativa, mas uma outra norma (norma de decisão), influenciada por condições histórico-sociais do momento da aplicação e, por isso, não decorrentes de um simples raciocínio silogístico (ver infra item 2.2.4.).

Essa tendência bem demonstra a dificuldade em transpor-se o conceito de segurança jurídica liberal, embasado na lei formal, para o momento histórico contemporâneo. Porém, isso não pode e não deve significar que se possa prescindir da ideia de segurança jurídica. Ela continua atual, mas dentro de uma nova sistemática do direito, que não mais se atém ao rigor da lei em sentido estrito, mas que leva em conta o conjunto do ordenamento jurídico.

3. A formalização do direito e a crise do positivismo jurídico

Ao longo do século XIX surgem concepções do direito como um sistema fechado, que deve se manter distante de influências políticas, sociológicas ou econômicas, o que inevitavelmente se espraia para o direito administrativo – ainda uma ciência em formação que busca sua independência frente ao direito civil, ao direito comum. Inobstante essa racionalidade formal, ainda persistiam concepções que defendiam o caráter jurídico de valores não consagrados pelo direito positivo, ou seja, valores que não haviam sido captados pelas formas jurídico-legais do Estado.

Mas, em todo o caso, foram as correntes formalistas, aquelas informadas pela ideologia do positivismo jurídico, que marcaram a “ciência jurídica” ao longo do século XIX e da primeira metade do século XX. Assim, embora se reconheça toda uma produção teórica distinta do positivismo, ou mesmo que o nega veementemente, tais como as de índole jusnaturalista, far-se-á tão-somente uma abordagem do positivismo jurídico. Sem analisar todos os seus aspectos e tampouco enfocando cada uma das correntes que o defendeu ou o refutou, é de grande valia reconhecer os principais pontos do positivismo jurídico, o que visa a facilitar sua subsequente crítica, bem como a melhor compreensão da vertente pós-positivista.

3.1. Características do positivismo jurídico

A concepção positivista na ciência moderna – o positivismo filosófico – não equivale necessariamente ao positivismo jurídico, embora haja diversas características em comum. A expressão “‘positivismo jurídico’ deriva da locução ‘direito positivo’ contraposta àquela de ‘direito natural’ (BOBBIO, 1995b, p. 15).⁶ Nada obstante, no que tange ao método positivista, há traços convergentes. O positivismo, seja ele jurídico ou não, procura formar o conhecimento científico tomando como fundamento a realidade, utilizando-se,

⁶ Para um aprofundamento, é indispensável tomar em conta o pensamento de Norberto Bobbio, na obra *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito* (BOBBIO, 1995b).

para isso, de uma linguagem que almeja descrever os fenômenos com base exclusivamente em juízos de fato, e não em juízos de valor. A diferença consiste em que as ciências “naturais” analisam a realidade empiricamente verificável, enquanto o direito se volta às normas postas. Essa abordagem cientificista, inicialmente adstrita aos modelos físico-matemáticos, foi recepcionada pelas ciências sociais no século XIX e pelo positivismo jurídico, que também pretendiam produzir conhecimento “científico” a partir do princípio da neutralidade axiológica.

Inês Lacerda Araújo explica que o positivismo vê na “subjetividade um empecilho à objetividade que deve haver em qualquer proposição com pretensão científica”, que considera mais seguro para a ciência adotar o modelo da física e da química (ARAÚJO, 1998, p. 175). Entretanto, nos dias de hoje, mesmo as ciências físico-matemáticas sofreram um processo de mutação paradigmática em que o método positivista foi desvalorizado, marcado pela ruptura com o modelo científico preconizado por Newton. “É no interior da própria física (...) que se inicia a ruptura com o dogmatismo e a certeza da ciência” (KÖCHE, 2001, p. 58).⁷ Na ciência jurídica, a crise metodológica ganha contornos ainda mais complexos, na medida em que ela não se propõe indutivista, como o fazem as ciências “exatas”, mas parte das leis postas, formando um raciocínio lógico-dedutivo.

Sem persistir na questão metodológica da ciência moderna em geral e buscando focar especificamente o direito, interessa analisar algumas das características mais marcantes do movimento juspositivista. Não serão trazidos todos os pontos definidores dessa concepção do direito, mas apenas levantados aqueles que mais se relacionam à subsequente crítica formulada pela teoria concreta da norma e que, além disso, dizem mais de perto com o problema de conceituar-se a legalidade administrativa.

Valendo-se livremente dos sete pontos fundamentais da doutrina juspositivista elencados por Norberto Bobbio, serão enfocados quatro deles, quais sejam: 1) a abordagem e a formalização do direito; 2) a teoria das fontes do direito, mais restritamente no aspecto da lei como fonte qualificadora do ordenamento jurídico e do desinteresse pelos princípios; 3) a concepção do direito como um sistema fechado, em que se teoriza sobre sua unidade, coerência e completude; 4) a teoria da interpretação mecanicista (BOBBIO, 1995b, p. 131-238).

3.1.1. O modo de abordar o direito: sua formalização

Esse primeiro ponto remete à questão de método, referida acima, segundo a qual se distinguem juízos de fato e juízos de valor. No século XIX, assim como ocorreu com as demais “ciências humanas”, os juristas procuraram identificar sua ciência amparados pelo princípio da neutralidade axiológica. Segundo Bobbio:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência* que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua *avaloratividade*, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. (BOBBIO, 1995b, p. 135)

Essa metodologia propicia um processo de formalização do direito, pois o “cientista”, ao ater-se às normas já postas no ordenamento, notadamente mediante leis, e, principalmente, ao considerá-las como objetos a serem aplicados friamente aos casos concretos, passa a desconsiderar (ou desconhecer) o aspecto valorativo (o conteúdo, a substância) dessas mesmas normas legislativas. Define-se o direito

⁷ Ver também, p. 58-67.

“exclusivamente em função de sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo”; considera-se “somente *como* o direito se produz e não *o que* ele estabelece” (BOBBIO, 1995b, p. 145). Para Hans Kelsen, expoente do positivismo:

A validade de uma norma jurídica não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso. (KELSEN, 1992, p. 118)

3.1.2. A lei como única fonte qualificadora e o desinteresse pelos princípios

Essa característica tem como pano de fundo uma questão mais ampla que é a preocupação em se identificar quais são as fontes do direito, ou seja, quais são aqueles fatos ou atos competentes a produzir normas jurídicas.

Dentre as diversas fontes possíveis – costume, decisões jurisprudenciais, princípios, etc. –, o positivismo estabelece uma fonte prevalente sobre as demais, capaz de hierarquizar o ordenamento jurídico e única capaz de inová-lo: a lei formalmente posta pelo legislador. A doutrina positivista, é necessário frisar, não se limita apenas a incluir a lei como mais uma fonte do direito; muito mais do que isso, o positivismo concebe a lei como a fonte por excelência, aquela que inova, que qualifica o sistema. A lei é a única fonte qualificadora do sistema jurídico. As demais fontes – as decisões dos tribunais, o costume e, o que aqui nos interessa, os atos administrativos – não passam de fontes subordinadas, fontes de conhecimento jurídico desprovidas de qualquer poder criador no ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995b, p. 162-163 e 166).

Nessa perspectiva, não há qualquer preocupação em dar caráter normativo aos princípios jurídicos, na medida em que estes não são lei, não são comandos impostos coercitivamente pelo legislador. Kelsen admite apenas um princípio, o da coisa julgada, o qual, todavia, é um princípio apenas formal, já que não se refere a um valor moral ou político, mas apenas assegura o funcionamento do sistema. Referindo-se às decisões judiciais sobre casos concretos, ele faz a seguinte consideração:

A norma individual que representa uma semelhante decisão judicial pode entrar em vigor em virtude do princípio jurídico-positivo-formal da coisa julgada. Esta força legal jurídico-positiva, a coisa julgada relativa à norma jurídica, não o princípio que é a proposição fundamental da Moral, Política ou Costume, o qual influencia a decisão judicial, é o fundamento de validade desta decisão. (KELSEN, 1986, p. 146)

Poder-se-ia alegar que o pensamento juspositivista admite outro princípio, que seria justamente o princípio da legalidade. Essa hipótese é correta se se considera o positivismo como teoria – uma teoria que tem como fundamento o axioma de que o direito é o direito posto por normas legais. Entretanto, do ponto de vista do ordenamento jurídico, o princípio da legalidade não tem valor como uma “fonte qualificadora do direito”; ele vale indiretamente, na medida em que o sistema jurídico informado pela teoria juspositivista considera válidas e capazes de inovar o ordenamento as normas legais, provenientes de um único órgão competente.

Dessa forma, a abordagem juspositivista – ao contrário do que se percebe no cenário jurídico atual, do chamado Estado constitucional – não admite que princípios gerais tenham valor de normas jurídicas. Apenas as regras – isto é, apenas aqueles preceitos que veiculem um comando, dotados de poder de coação – são consideradas normas jurídicas. Para o positivismo, os princípios do direito se referem apenas a âmbitos extrajurídicos – à moral, à sociologia, à política – e interessariam apenas a disciplinas

como a sociologia ou a filosofia do direito, na medida em que influenciam a produção de normas jurídicas. Os princípios não são considerados normas jurídicas e, por extensão, não são considerados como elementos integrantes do direito. Segundo afirma Kelsen:

Como princípios do “Direito” podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciem a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política ou Costume, e precisam ser claramente distinguidos das *normas* jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios de “Direito”, não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm o caráter jurídico. O fato de que eles influenciem a produção de normas jurídicas não significa (...) que eles estejam “positivados”, i. e., sejam partes integrantes do Direito positivo. “Positivado”, quer dizer, Direito positivo são, pois, somente certas normas que ordenam específicos atos de coação, e essas são criadas de uma forma determinada mesmo pelo Direito. (KELSEN, 1986, p. 148)

Assim, segundo essa orientação, uma norma geral (uma lei ou um regulamento) ou uma norma particular (uma sentença ou um ato administrativo) são válidas porque sua forma está de acordo com determinadas condições impostas pelo ordenamento e, por isso, são direito. Na perspectiva do positivismo não se pode dizer, por exemplo, que o ato administrativo “x” é válido, porque se fundamenta no princípio da eficiência ou da moralidade – tais princípios não são fundamentos jurídicos, não são fontes qualificadoras do sistema jurídico. Afirma-se que o ato “x” é válido porque emanou de agente competente, porque tem a forma e os requisitos exigidos por lei. Se esta é aceitável do ponto de vista moral ou pragmático, se reflete uma preocupação com a moralidade ou com a eficiência, não cabe ao administrador dizer.

3.1.3. Sistema fechado: unidade, coerência e completitude do ordenamento

O pensamento juspositivista se preocupa em garantir o sistema jurídico-normativo contra interferências externas, isto é, contra eventuais conteúdos que não tenham sido introduzidos no sistema por meio de critérios formais prévios, identificados, no mais das vezes, com o processo legislativo – já que, como se viu, são as normas legais as únicas que gozam da prerrogativa de inovar o sistema (normas qualificadoras).

Trata-se, então, da teoria do ordenamento jurídico, em que se busca a unidade, a coerência e a completitude do sistema de normas. Enquanto a unidade fica a cargo do que Hans Kelsen denominou de norma hipotética fundamental (*Grundnorm*),⁸ a coerência e a completitude dependem ou de critérios que impeçam que duas normas entrem em conflito (coerência) ou de que se assegure a existência de norma hábil a regular determinado caso (completitude). Coerência e completitude são qualidades encaradas do ponto de vista lógico. Sempre haverá uma única norma geral que embasará uma norma singular capaz de adequar-se ao determinado fato concreto que requer disciplina jurídica. Se houver conflito, há que se utilizar critérios tais como o de que a regra especial derroga a geral ou de que a lei posterior derroga a anterior (BOBBIO, 1995b, p. 198-210).

A existência de um sistema fechado visa a impedir que fatores externos, tais como o móvel pessoal do administrador ou a interferência de suas convicções ideológicas, interfiram no processo de aplicação do direito. O administrador não pode escolher, dentre as leis, aquela que ele prefere aplicar ao caso

⁸ De acordo com Kelsen, “a norma fundamental de uma ordem jurídica é a regra postulada como definitiva, de acordo com a qual as normas dessa ordem são estabelecidas e anuladas, de acordo com a qual elas recebem e perdem sua validade” (KELSEN, 1992, p. 118).

concreto, bem como, na ausência aparente de lei que se aplique ao caso, ele não pode criar uma norma que inove o ordenamento. Essa questão, entretanto, não é assim tão simples, como o próprio Hans Kelsen esclarece ao tratar da interpretação, ponto que será analisado adiante (ver infra, pontos 2.1.4 e 2.2.4.).

3.1.4. Teoria da interpretação mecanicista

Talvez a característica mais importante ao se procurar problematizar o princípio da legalidade administrativa de matiz positivista frente à teoria concreta da norma jurídica esteja na noção de interpretação. Com efeito, o princípio da legalidade foi originalmente concebido como um freio imposto pelo Parlamento aos agentes da esfera administrativa do Estado, uma vez que estes só agiriam nos limites legais. Todavia, a questão fundamental está em saber se a lei, caracterizada pelas notas da generalidade e da abstração, admite mais de uma interpretação válida. Em outros termos, o problema reside em saber se, na interpretação de uma determinada norma legislativa, abre-se margem a uma atitude intelectual que finde por criar ou produzir uma nova norma, que resulte, por assim dizer, em um novo direito, ou, ao contrário, se a interpretação consiste apenas em declarar passivamente, em um dado caso que requeira decisão, a mesma norma jurídica abstrata e genericamente posta pelo legislador.

Quando se concebeu o Estado de direito, ainda no século XVIII, evidentemente se considerava a interpretação como mera declaração do que já havia sido estabelecido pelo parlamento. O juiz, na célebre afirmação de Montesquieu, tinha de ser apenas “a boca da lei” (cf. GRAU, 2003, p. 235). Esse posicionamento, impulsionado pela preocupação em se garantir segurança nas relações jurídicas, foi adotado e teorizado pelo positivismo jurídico ao longo dos séculos XIX e XX. Nas palavras de Norberto Bobbio, “o positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicar com meios puramente lógico-rationais o conteúdo de normas jurídicas já dadas” (BOBBIO, 1995b, p. 212).

Apesar de mencionar-se mais comumente a natureza reprodutiva (e não produtiva) da jurisprudência, cumpre lembrar que o positivismo, quiçá com maior rigor, também considera como apenas reprodutiva, ou declaratória, a atividade jurídica desenvolvida pela Administração Pública, os atos administrativos (*lato sensu*). Neste caso, porém, a questão interpretativa adquire complexidade quando se admite que o agente pode atuar discricionariamente. A noção de discricionariedade, inserida na ideologia liberal, serviu de válvula de escape para que a Administração, então a serviço da burguesia, não tivesse sua atuação engessada pela concepção rígida de legalidade. Para Eros Roberto Grau, “a doutrina do direito administrativo liberal constrói uma *falsa legalidade*, na medida em que a fragiliza mediante a introdução, nela, deste autêntico cavalo de Tróia, a *discricionariedade*” (GRAU, 2003, p. 195).

A noção de interpretação positivista, por ser baseada numa racionalidade lógico-formal, demonstra com maior nitidez o aspecto formalista que o direito adquire, eis que se dá absoluta prevalência às formas, em detrimento da “realidade social que se encontra por trás de tais formas, dos conflitos de interesse que o direito regula, e que deveriam (segundo os adversários do positivismo jurídico) guiar o jurista na sua atividade interpretativa” (BOBBIO, 1995b, p. 221).

3.2. Crítica ao positivismo jurídico

Uma vez expostos os principais pontos referentes ao positivismo jurídico, cabe agora efetuar uma análise crítica de cada um deles, com o intuito de desvendar suas inconsistências e demonstrar, assim, a necessidade de revisão da noção de legalidade administrativa. As considerações que seguem partem mais propriamente das contribuições que a mais recente teoria constitucional vem trazendo para o âmbito do direito público, principalmente através da teoria concreta da norma jurídica. Isso não impede,

todavia, que autores não enquadráveis nessa corrente – como é o caso do próprio Kelsen – tenham suas obras revisitadas.

3.2.1. *Direito Formal e Direito Material: a necessidade de conciliação*

Conforme visto no ponto 2.1.1, o positivismo jurídico, metodologicamente, caracteriza-se por sua tentativa de “purificar” o direito, ao estabelecer uma radical distinção entre juízos de fato e juízos de valor, excluindo estes do campo de abordagem jurídica, tudo segundo o princípio da neutralidade axiológica. Norberto Bobbio, em sua crítica dirigida ao positivismo jurídico, defende a manutenção desse método, por entender que, sem ele, não haveria como diferenciar o conhecimento jurídico-científico do senso comum e, por outro lado, da filosofia; o direito se esvaziaria em opiniões valorativas sobre o justo e o injusto. Para Bobbio, “como a ciência consiste na descrição avaliatória da realidade, o método positivista é pura e simplesmente o método científico e, portanto, é necessário adotá-lo se se quer fazer ciência jurídica ou teoria do direito” (BOBBIO, 1995b, p. 221).

Com efeito, não há como se negar que o positivismo significa, nessa linha de análise, um crédito para com a razão e a modernidade. Caso não se aceitasse a proposição de que a “ciência do direito” nada mais faz que estudar objetivamente as normas postas, tentando resolver os problemas que a realidade lhe impõe, correr-se-ia o risco de admitir que o “cientista” usa o discurso jurídico de acordo com suas convicções pessoais. Além disso, ao defender as normas postas como objeto de pesquisa da ciência jurídica, o cientista está preocupado com a questão da “decidibilidade dos conflitos”, isto é, com a solução dos conflitos sociais, que não podem se procrastinar eternamente, levados por discussões filosóficas acerca do justo e do injusto. Em outras palavras, o método proposto pelo positivismo consagra a dogmática, consagra o “princípio da inegabilidade dos pontos de partida” (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 48). Com isso, ao se defender o respeito ao princípio da legalidade administrativa, o que se estabelece é um ponto a partir do qual a dogmática do direito administrativo começa estabelecer seus fundamentos e resolver, num espaço de tempo hábil, os problemas que a atividade administrativa do Estado lhe impõe. Se o direito administrativo é uma disciplina dogmática, é imprescindível que ele parta de um princípio “irrefutável”: o princípio da legalidade administrativa. Conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Uma disciplina pode ser definida como dogmática à medida que considera certas premissas, em si e por si arbitrárias (isto é, resultantes de uma decisão), como vinculantes para o estudo, renunciando-se, assim, ao postulado da pesquisa independente (...). Um exemplo de premissa desse gênero, no direito contemporâneo, é o princípio da legalidade, inscrito na Constituição, e que obriga o jurista a pensar os problemas comportamentais com base na lei, conforme a lei, para além da lei, mas nunca *contra* a lei. (Ibid.)

Nessa senda, vale ponderar que o jurista pode até pensar “contra” a lei estrita, desde que tomando como referencial o ordenamento jurídico para, a partir daí, numa interpretação sistemática, negá-la. Mas em hipótese alguma o jurista poderia pensar independentemente da lei e do direito, isto é, pensar “ajuridicamente”, partindo de premissas que não fossem as premissas dogmáticas do direito administrativo (ver *infra*, item 3.1.).

Assim, a inegabilidade dos pontos de partida é a parcela formal do direito administrativo, é o campo em que incide a legalidade estrita e é, por assim dizer, uma característica juspositivista que ainda se mantém.

Essa parcela formal do direito, contudo, mostrou-se insuficiente na resolução dos conflitos. Mesmo concebendo-se o direito como uma ciência dogmática, ele não poderia se reduzir ao dogmatismo, separado de toda e qualquer consideração do contexto histórico-social em que se insere. Segundo Azevedo, é inaceitável uma visão cientificista do direito, vez que ela se fecha num sistema alheio aos

problemas sociais reais e se torna, assim, justamente o contrário do que propõe: um discurso flagrantemente ideológico – porque não discute a perversidade social que suas premissas, imersas num raciocínio lógico-formal, podem causar (AZEVEDO, 1989, p. 21).

O direito (enquanto sistema científico) não é uma ciência apenas formal, não funciona em termos exclusivamente lógico-dedutivos. Por vezes, situações concretas exigem do jurista a ponderação de valores, a consideração de elementos que não se extraem totalmente de uma norma abstrata, mas que dependem da avaliação dos interesses em jogo. Zagrebelsky considera que as ideias provenientes de uma concepção lógico-formal parecem carentes de sentido quando se compreende que o direito não é um dado, mas um incessante “fazer-se”, “para o qual confluem múltiplas exigências apresentadas por numerosos e às vezes contraditórios princípios que pretendem vir realizados no contato com a realidade viva das experiências sociais” (ZAGREBELSKY, 1999, p. 123, trad. livre).

Há uma contraposição entre “ciência” (*ratio speculativa*) e “jurisprudência” (*ratio practica*), aquela reforçando o caráter formal do direito e esta sua parcela substancial, seu conteúdo. Uma não pode excluir a outra. O conteúdo das decisões jurídicas deve ser amplamente debatido, a fim de que o amor à forma não sacrifique direitos; mas, de outro lado, limites formais não devem ser quebrados, para que o direito não se converta em mera retórica.

3.2.2. A normatividade dos princípios

De acordo com a teoria positivista, os princípios jurídicos não gozam de normatividade. Conforme salientado no ponto 2.1.2, a fonte jurídica por excelência são as leis postas segundo um procedimento formalmente estabelecido e não há espaço para que princípios adquiram força normativa. Na linha de abordagem de Kelsen, somente certas normas que ordenam específicos atos de coação são direito positivo (ver supra, item 2.1.2.).

Quando Kelsen caracteriza o direito positivo como formado apenas por normas que ordenam específicos atos de coação, ele aponta para uma outra característica juspositivista, não incluída neste estudo, que é coercitibilidade como característica distintiva do direito (BOBBIO, 1995b, 147-159). Sua análise parte da constatação de que os princípios não gozam de normatividade, porque não se vislumbra neles a nota da coerção, ou seja, do poder de impor-se contra condutas que os confrontem. Hoje, porém, como já se tornou corrente afirmar na doutrina do direito constitucional, norma é gênero cujas espécies são as regras e os princípios. Além disso, violar a norma-princípio é considerado mais grave que violar a norma-regra, porque são as normas-princípio que fundamentam todo o sistema jurídico. Deve-se ter claro, então, que, quando se confere caráter normativo aos princípios, não se retira do direito sua característica de coerção – o direito continua a ser concebido, ao contrário da moral, como um conjunto de comandos impostos a todos. O que se nega é uma concepção que não qualifique os princípios como dotados de poder de coação, ou, dito de outro modo, que os qualifique apenas como diretrizes morais que devem pautar a conduta do intérprete do direito.

Obviamente, os princípios se mostram mais genéricos e abstratos que as regras, o que não implica, contudo, a conclusão de que eles não são normas dotadas de poder de coação. De acordo com Schier, o que há são peculiaridades atinentes aos princípios, que vão desde a “abstratidade, indeterminação, vaguidade e baixa densidade normativa, até a funcionalidade diversa (mormente otimização do sistema e funções hermenêuticas)” (SCHIER, 1999, p. 89).

É necessário pontuar que a crítica de Kelsen ao caráter “positivo” dos princípios não se dirigia aos princípios constitucionais tratados frequentemente pela teoria constitucional contemporânea. Na crítica diri-

gida a Esser, Kelsen refuta a ideia de que certos valores válidos numa ordem jurídica natural possam adquirir “positividade” jurídica, de modo a atuar como um parâmetro de justiça ao direito posto pelo Estado. É nessa medida uma crítica ao direito natural e não aos princípios constitucionais atuais, os quais estão “positivados” (explícita ou implicitamente nas Constituições).

Nesse passo, valendo-se do pensamento de Grau, importa distinguir os “princípios gerais *do* direito” – cujo significado mais se aproximaria de uma ordem natural universal e necessária, que, desde um ponto de vista jurídico, não goza de “positividade”, como defende Kelsen – dos “princípios *de* direito” – que se subdividem em princípios explícitos, implícitos e princípios gerais de direito. Os princípios explícitos são aqueles expressamente constantes no texto constitucional (como é o caso do princípio da legalidade administrativa); implícitos são os resultantes da conjugação de um ou mais preceitos legais ou constitucionais (como, p. ex., o princípio da motivação do ato administrativo); por fim, princípios gerais de direito, “também implícitos, coletados no direito pressuposto, qual o da *vedação do enriquecimento sem causa*”. Para Eros Grau, de fato, como quer Kelsen, esses princípios implícitos não são positivados pelo intérprete autêntico, mas simplesmente porque já se encontram integrados no sistema jurídico (já estavam “positivados”); são apenas “descobertos”, declarados, não são criados pelo intérprete (GRAU, 2002).

3.2.3. O direito como sistema aberto

Conforme visto, o juspositivismo concebe o direito como um sistema lógico e fechado, cujas características são a unidade, a coerência e a completitude (ou completude). Essa noção, entretanto, não prevalece na ciência jurídica contemporânea, que, como ocorre com a teoria concreta, opta por um sistema aberto, em que seja possível uma constante adaptação do direito (seja enquanto sistema científico ou objetivo) à realidade. Há, porém, correntes do pensamento jurídico que negam o próprio caráter sistemático do direito, vendo nele uma deformação da *Jurisprudência*, que antes se caracterizaria como um saber tópico, que fornece respostas a partir de uma técnica, ou de uma arte, cujo ponto de partida está no problema concreto que requer solução, e não em construções teórico-sistemáticas.⁹

A teoria concreta, por seu turno, não nega totalmente a sistematicidade no domínio jurídico, preferindo apenas rechaçar a concepção positivista – lógico-formal e fechada – de sistema.

Deve-se, então, precisar quais os elementos básicos do conceito de sistema para, a partir daí, defender um sistema jurídico aberto. Claus-Wilhelm Canaris realizou um aprofundado estudo sobre o pensamento sistemático no direito, no qual afirmou serem a unidade e a ordenação os elementos recorrentes nas diversas definições de sistema, sejam elas jurídicas ou filosóficas. Segundo ele:

Há duas características que emergiram em todas as definições: a *ordenação* e a *unidade*; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais. (CANARIS, 1989, p. 12-13)

⁹ Trata-se do modelo tópico-problemático, que tem suas raízes na tópica aristotélica e seu expoente em Theodor Viehweg. Cf. CANARIS, 1989, p. 14-23.

Para Canaris, unidade e ordenação são emanações da ideia de direito capazes de lhe conferir a nota da sistematicidade. A importância de conceber o direito como sistema reside, dentre outras razões, na necessidade de garantir-se segurança jurídica, senão vejamos:

Acontece ainda que outro valor supremo, a *segurança jurídica*, aponta na mesma direção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações – seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito – para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. (CANARIS, 1989, p. 22)

Mas, por outro lado, a noção de sistema jurídico não pode assumir uma conotação baseada em puros conceitos fundamentais – como, p. ex., a norma hipotética fundamental kelseniana –, haja vista que sua unidade é de “tipo material e está sempre historicamente determinada” (CANARIS, 1989, p. 27). Além disso, “a unidade interna de sentido do Direito, que opera para o erguer em sistema, não corresponde a uma derivação da ideia de justiça de tipo lógico, mas antes de tipo valorativo ou axiológico” (p. 30). Finalmente, a ausência de contradições (coerência) e a plenitude (completude) são exigências de um sistema axiomático-dedutivo que não se realizam na prática (p. 38-45). E não se realizam em grande parte porque o direito está permeado por princípios, que carecem, para adquirir significado, de ponderação diante de um caso concreto.

Assim, há que se ultrapassar o conceito positivista de sistema, em busca de uma concepção que permita sua abertura frente aos problemas que a realidade impõe. É importante, nesse passo, que o interprete/aplicador assuma o sistema jurídico como “potencialmente contraditório” para, a partir daí, encontrar meios de responder às demandas sociais amparado pelos princípios que regem esse sistema. Essa formulação encara o direito como um sistema axiológico ou teleológico, em que imperam as ideias de adequação valorativa e unidade, e no qual os princípios somente adquirem sentido quando submetidos a uma “combinação complementar ou restrição recíproca” (FREITAS, 1995, p. 39).¹⁰ De acordo com Freitas, essa noção teleológica – e não lógico-formal – de sistema possui as seguintes vantagens:

- (a) salienta, no trato de temas como antinomias, a função do sistema como sendo a de traduzir coerência valorativa, impedindo uma abordagem meramente formal;
- (b) evita a crença exacerbada na completude fechada e auto-suficiente do sistema, permitindo pensar a completude e a coerência como processos abertos;
- (c) resguarda o papel da interpretação sistemática, pois tal abertura não contradita (antes pelo contrário) a exigência de ordem e de unidade interna;
- (d) realça o papel decisivo da interpretação bem ponderada, em virtude do manejo concertado de princípios no bojo do sistema jurídico, tomado e concebido em sua dinamicidade. (FREITAS, 1995, p. 39-40)

Diante disso, é possível admitir uma postura pós-positivista que, embora não optando por uma concepção de direito exclusivamente tópica e problemática – fundamentando-se, ao contrário, nas ideias de

¹⁰ A abertura do sistema permite “vislumbrar o Direito como um sistema dinâmico, em constante evolução e construção, em constante diálogo com as realidades social, econômica e jurídica, capacitando a sua atualização mediante certa aprendizagem dos dados jurídicos com os históricos (e vice-versa)” (SCHIER, 1999, p. 90).

ordenação e de unidade próprias da noção de sistema –, também não aceita, por outro lado, o direito como um sistema pronto e acabado de normas, cuja principal fonte seria simplesmente a lei posta pelo legislador. Ganham destaque, nessa leitura pós-positivista do direito, os princípios jurídicos, notadamente os de índole constitucional, que devem ser ponderados diante de um caso concreto, a fim de que se obtenha a norma de decisão. Trata-se da interpretação do direito, analisada a seguir.

3.2.4. *Interpretação e concretização*

As correntes juspositivistas, como oportunamente visto no ponto 2.1.4, tendem a considerar a atividade interpretativa como declaratória, ou seja, como uma atividade intelectual que consiste simplesmente num raciocínio lógico-dedutivo, em que uma única conclusão é possível. Porém, é fundamental frisar que nem todo autor rotulado de positivista comunga desse método de interpretação. Ela é mais especificamente defendida por Escolas do século XIX – como a Escola da Exegese francesa –, inseridas no ideário do liberalismo e intimamente preocupadas com a questão da segurança jurídica.

Com essa ressalva, evidencia-se que aquilo que se denomina positivismo jurídico está longe de ser uma concepção uniforme do direito, mas, antes, um movimento que adquiriu variadas nuances ao longo do tempo. Sendo assim, cumpre enfatizar que Hans Kelsen, talvez o defensor mais célebre do positivismo no século XX, expressou um posicionamento acerca da interpretação extremamente valioso e que até hoje desafia os juristas.¹¹ Cuida-se de sua distinção entre interpretação autêntica e interpretação não-autêntica.

Kelsen repele o que denomina de “teoria usual da interpretação”, segundo a qual, em todas as hipóteses, apenas uma solução correta haveria nos casos de aplicação da lei aos casos concretos.¹² O ato de interpretar e aplicar o direito, ao contrário, admite, de acordo ele, mais de um sentido possível, de modo que o direito a aplicar é melhor definido como uma moldura, dentro da qual o órgão jurídico competente (*v. g.*, o juiz ou o administrador público) exerce uma função voluntária – realiza um ato de vontade – e não meramente uma atitude cognoscitiva. Essa interpretação do direito pelo órgão competente é a interpretação autêntica, que cria uma norma, individual ou geral, a partir da moldura de uma norma que a antecede – *p. ex.*, uma norma constitucional ou legal. Kelsen cogita a possibilidade de que normas individuais criem direito e, inclusive, que o intérprete autêntico o faça completamente fora da moldura da norma que a antecede. Ele ilustra sua afirmação com o seguinte exemplo:

Através de uma interpretação autêntica deste tipo [do tipo que ultrapassa a “moldura”] pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, *desde que o acto deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado* (Ibid., p. 471, g.n.)

¹¹ Ao debruçar-se sobre o tema, Tércio Sampaio Ferraz Junior considera a posição de Kelsen um desafio: o “desafio kelseniano”. Cf. FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 261-263.

¹² Para Kelsen, “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correcta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”. KELSEN, 1979, p. 472-473.

Ainda segundo o jurista, afora a interpretação autêntica, as demais interpretações dadas pelos indivíduos em geral e mesmo a fornecida pela ciência jurídica, não têm o condão de criar direito positivo, na medida em que elas não são vinculantes para o órgão autêntico que aplica o direito (Ibid., p. 463-473).¹³

Na lição de Paulo Bonavides, “esse traço de originalidade flui incontestavelmente da posição de Kelsen, quando ele entende que a interpretação é em essência um ato de decisão (um ato volitivo, um *Sinngebung*), e não um ato de cognição (um ato intelectual, um *Sinnverstaendnis*)”, de forma que o intérprete “guia-se mais pela vontade do que pela inteligência” (Ibid, p. 366).

A postura adotada por KELSEN frente à interpretação suscita questionamentos, eis que ela evidencia o caráter político de criação do direito, notadamente no campo das normas gerais, mas também em certas normas individuais, como as editadas pela Administração Pública. Tal postura leva Tércio Sampaio Ferraz Junior a falar em “desafio kelseniano”, isto é, no desafio em encontrar-se uma solução para a impossibilidade de fundar-se uma dogmática da interpretação:

Essa coerência de Kelsen com seus princípios metódicos, porém, deixa-nos sem armas. Sua renúncia pode ter um sentido heroico, de fidelidade à ciência, mas deixa sem fundamento a maior parte das atividades dogmáticas, às quais dizem respeito à hermenêutica. E ademais não explica a diferença entre a mera opinião, não técnica, sobre o conteúdo de uma lei, exarada por alguém que sequer tenha estudado Direito e a opinião do doutrinador, que busca, com os meios da razão jurídica, o sentido da norma. A diferença, em termos de aceitação, resta meramente política. Ou seja, para Kelsen, é possível denunciar, de um ângulo filosófico (zetético), os limites da hermenêutica, mas não é possível fundar uma teoria dogmática da interpretação (Ferraz Junior, 2003, p. 263).

Toda essa polêmica em relação à interpretação adquiriu ainda maior relevo à medida que se desenvolveram as variadas teorias e métodos de interpretação constitucional. Com a crise do positivismo e do formalismo jurídico, bem como com a ascensão do constitucionalismo como ramo distinto do direito privado – e que com este diverge quanto aos métodos de interpretação –, renasce o interesse pela tópica, ou seja, pelo método que parte dos problemas concretos a serem resolvidos e que diminui, ou mesmo exclui, a importância do conceito de sistema jurídico. Para Paulo Bonavides, o que o pensamento tópico mais precisamente não admite é o sistema fechado, lógico-dedutivo, mas que, de fato, “com a tópica, a norma e o sistema perdem o primado. Tornam-se meros pontos de vista ou simples *topoi*, cedendo lugar à hegemonia do problema, eixo fundamental da operação interpretativa” (BONAVIDES, 2003, p. 410).¹⁴

A polarização entre a vertente tópica, num extremo, e os métodos de interpretação clássicos – sistemáticos e lógico-dedutivos –, noutro, ensejou a proliferação de vários métodos interpretativos, tais como o hermenêutico-concretizador, o científico-espiritual e o da comparação constitucional.¹⁵ Esses métodos da nova hermenêutica constitucional partem, por um lado, das contribuições da tópica e da constatação da crise dos modelos formais-positivistas, mas, por outro lado, ainda encontram dificuldades em firmar-se como critérios seguros de interpretação do direito.¹⁶ Além disso, os operadores do direito, contempora-

¹³ Quanto ao que Kelsen denomina interpretação autêntica, note-se que se trata de um conceito mais amplo que aquele para o qual interpretação autêntica é apenas aquela realizada pelo legislador, que editou a norma interpretada. Uma descrição desta última noção de interpretação autêntica pode ser encontrada em: BONAVIDES, 2003, p. 357-358.

¹⁴ Cf. Ibid., p. 404-412.

¹⁵ Nesse sentido, cf. COELHO, 2002, p. 165-176; BONAVIDES, 2003, p. 404-438; CANOTILHO, 2003, p. 1210-1214.

¹⁶ “É claro que os modernos métodos interpretativos floresceram por obra do anacronismo da hermenêutica formalista, impotente desde a Constituição de Weimar em acompanhar e explicar a transformação por que passaram as Constituições no século XX. Já não era possível prestar contas de variações emergenciais de sentido, cada vez mais freqüentes, valendo-se apenas dos recursos lógicos ministrados pela interpretação formal, que naturalmente obrigavam

neamente, defrontam-se com essa variedade, ou até mesmo desordem, dos métodos hermenêuticos e acabam por escolher aleatoriamente, senão arbitrariamente, um para cada tipo de situação (COELHO, 2002, p. 163-165). Os pesquisadores, portanto, vêem-se atualmente num ambiente de profunda discussão acerca dos rumos da interpretação após o colapso do positivismo jurídico, em que não há, por enquanto, respostas pacíficas.

Nada obstante, entre os pontos pacíficos, já se admite com tranquilidade que não há norma sem interpretação. Tanto Kelsen, como vimos acima, como constitucionalistas da atualidade, como Gomes Canotilho, sustentam, embora sob o influxo de concepções sensivelmente distintas, que, à medida que se concretiza a norma (ou melhor, o texto normativo), obtém-se uma nova norma, um novo direito. Na terminologia de Canotilho, concretização e interpretação andam juntas, mas não são sinônimos: “a concretização (...) não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a *construção de uma norma jurídica*” (CANOTILHO, 2003, p. 1201).

É importante “evitar quer as sobrevivências do positivismo quer as encapuçadas desvalorizações da norma (sociológicas, ideológicas, metodológicas)”. Para o consagrado autor português, deve-se ter em mente que, no início do trabalho de concretização constitucional, ainda não se tem a decisão do problema no *texto* ou na *letra* da lei constitucional. Há que se averiguar o conteúdo semântico do direito, saber que a norma não se identifica com o texto e delimitar o âmbito normativo de acordo com o problema que carece de decisão (Ibid., p. 1216).

Primeiramente, Canotilho esclarece que o texto normativo deve ser interpretado para que a partir dele se obtenha um dos componentes fundamentais da norma: o programa normativo. Este ainda não é o resultado final do processo de concretização, mas um referente importante na construção da norma de decisão. O programa normativo impede que a decisão extrapole limites mínimos de segurança jurídica, sobretudo quando se leva em conta que o programa normativo não se compõe apenas de dados linguísticos, mas também da sistemática do texto normativo, da genética do texto, da sua história, da sua teleologia, bem como, enfim, de uma função pragmática – uma dimensão comunicativa (Ibid., p. 1218-1219). Nesse aspecto, privilegia-se o caráter sistemático do direito com o intuito de impedir que o aplicador goze de liberdade total de atuação, em detrimento da principiologia e dos valores consagrados pelo sistema jurídico.

Concomitantemente ao programa normativo, avalia-se o setor ou âmbito normativo, que corresponde ao segundo processo parcial de concretização, responsável pela captura dos elementos empíricos (os dados da realidade recortados pela norma), imprescindíveis à formação de uma norma de decisão que não seja mero reflexo de um sistema fechado e formal, alheio à realidade que o cerca, tal como ocorre com o positivismo jurídico.¹⁷

Partindo desses dois componentes (programa normativo e âmbito/setor normativo), Canotilho esclarece que a normatividade “não é uma ‘qualidade’ estática do texto da norma ou das normas mas o efeito global

o intérprete a ignorar o conteúdo da norma, a distanciar-se com segurança do lado material do problema, a situar-se enfim regaladamente à margem do respectivo mérito (...). Acontece porém que a moderna metodologia de interpretação da Constituição ampliou demasiadamente a importância do fator político ao ocupar-se da matéria social, empobrecendo assim a consistência jurídica da Constituição normativa ou conduzindo-a a um estado de crise e carência que se avizinha da desintegração”. BONAVIDES, 2003, p. 399-400.

¹⁷ “Relevante para o processo concretizador não é apenas a delimitação do âmbito normativo a partir do texto de norma. O significado do texto aponta para um *referente*, para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira não apenas a uma racionalidade formal (como o positivismo), mas também a uma *racionalidade material*” (Ibid., p. 1219).

da norma num processo estrutural e dinâmico entre o programa normativo e o sector normativo (...). É o efeito global da norma (...) num determinado *processo de concretização*" (Ibid., p. 1219-1217).

Porém, com a obtenção desses dois componentes fundamentais, a norma jurídica ainda é uma regra geral e abstrata. Para passar a gozar de normatividade concreta é que entra em cena a norma de decisão:

Uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a 'medida de ordenação' nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso jurídico a decidir mediante: (1) a criação de uma disciplina *regulamentadora* (concretização legislativa, *regulamentar*); (2) através de uma sentença ou decisão judicial (concretização judicial); (3) *através da prática de actos individuais pelas autoridades (concretização administrativa)* [g.n.]. Em qualquer dos casos, uma norma jurídica que era potencialmente normativa ganha uma *normatividade actual e imediata* através da sua 'passagem' a norma de decisão que regula concreta e vinculativamente o caso carecido de solução normativa. (Ibid., 1221)

Com os imprescindíveis ensinamentos de Canotilho, conclui-se que a atividade interpretativo-concretizadora não mais se aproxima daquela orientação seguida nos primórdios da formação do Estado de direito, na qual se acreditava que os textos legais, por si só, diriam com segurança como o magistrado e o administrador deveriam atuar. Na linha de abordagem da teoria concreta da norma jurídica, o agente administrativo não se enquadra no rótulo de "mero executor da lei". Sua função, enquanto agente concretizador da norma, enquanto responsável pela obtenção da *norma de decisão* (seja esta um ato administrativo individual ou regulamentar), demonstra que ele sempre exercerá, de alguma forma, um poder de criação do direito. O que resta importante, então, não é continuar atrelado à crença de que o administrador público apenas declara, como que de modo neutro, aquilo que os textos legais lhe indicam e que, dessa forma, uma vez rompido o papel de mero executor, cair-se-ia fatalmente numa conduta ilegal. A Administração Pública, notadamente no mundo complexo da atualidade, está continuamente criando normas, criando direito, e o fundamental não é impedir que ela o faça, mas obrigá-la a fazê-lo de acordo com os valores e princípios do sistema jurídico-constitucional, e não de modo livre e arbitrário.

4. O princípio da legalidade administrativa no direito contemporâneo

Nos dois primeiros itens, foram esboçados os principais acontecimentos jurídicos que influenciaram na noção que ora se tem de legalidade administrativa. Primeiramente, observou-se como a legalidade administrativa surgiu como um marco imprescindível na formação do Estado de direito e, num segundo momento, como ela se reduziu, com a hegemonia do positivismo jurídico, numa concepção formalista. Ao final do segundo item, deu-se início a uma problematização do que tradicionalmente se compreende por "princípio da legalidade administrativa". Essa tarefa continua no presente item, o qual se delimita em duas propostas: (i) demonstrar como o princípio da legalidade administrativa hoje é mais facilmente admitido como *princípio da juridicidade*; (ii) relatar as recentes preocupações em torno dos regulamentos editados pela Administração Pública, o que inclui a discussão acerca da possibilidade ou não de admitirem-se regulamentos autônomos no ordenamento jurídico brasileiro.

4.1. Da legalidade à juridicidade

Aspecto controvertido da legalidade administrativa diz respeito à chamada relação de legalidade, isto é, à intensidade em que a atuação administrativa se vê limitada pela lei. Já se sabe que a relação de máxima intensidade entre lei e ato administrativo, correspondente a uma Administração simplesmente "executora da lei" não se sustenta. Porém, num outro extremo, há o risco de que a administração, "interpretando" leis, ultrapasse os limites do razoável, rompendo com a relação de legalidade. A esse

respeito, importa retomar mais a fundo o pensamento de Charles Eisenmann, mencionado no primeiro item, trazendo à consideração três fórmulas, marcadamente distintas entre si, que o princípio da legalidade pode assumir. Essas fórmulas são as seguintes:

1) *Princípio da não-contradição*. A primeira fórmula aproxima a Administração da posição ocupada pelo particular frente ao princípio da legalidade. Nessa concepção, basta que os atos administrativos não contrariem normas legais. A Administração somente não poderia agir quando explícita ou implicitamente impedida por força de uma norma legislativa. Diante de tal hipótese, não há (nem mesmo) que se falar em respeito a um “quadro legal” (a uma “moldura”), haja vista que as barreiras impostas pelas regras legislativas “não constituem um sistema contínuo”.¹⁸

2) *Princípio da habilitação legal*. A Administração somente pode praticar atos quando haja uma habilitação legal, isto é, quando uma norma legal a autorize. Esta acepção da legalidade privilegia “a existência de habilitação formal para o exercício de competência para a realização de determinados fins” (ARAGÃO, 2004, p. 52).

3) *“Princípio da relação de conteúdo”*.¹⁹ Somente são regulares e válidos os atos da administração que realizem concretamente uma norma legal. Eisenmann assevera que se trata da fórmula mais complexa e a exemplifica lançando mão de um exemplo de direito tributário: o ato administrativo apenas pode impor a alguém a obrigação de pagar um imposto quando preenchidos os critérios legais, o que implica inclusive no atendimento a regras legais pertinentes ao modo de calcular-se esse imposto.

Charles Eisenmann ainda menciona uma quarta concepção, teoricamente possível, mais de configuração difícil na prática, de acordo com a qual apenas seriam regulares e válidos os atos expressamente prescritos à administração.²⁰ Para Alexandre Santos de Aragão, “por esta visão, todas as competências da Administração Pública só poderiam ser vinculadas” (ARAGÃO, 2004, p. 52).

Amparada nas possíveis concepções do princípio da legalidade de Eisenmann, Odete Medauar se posiciona no sentido de que a terceira fórmula, a qual exige que o conteúdo do ato administrativo esteja previamente fixado no esquema abstrato legal, “traduz uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei”, encargo ao qual a Administração Pública contemporânea não pode se reduzir. A autora defende a segunda fórmula do princípio da legalidade – qual seja, a da habilitação legal – como a “mais consentânea à maior parte das atividades da Administração brasileira, prevalecendo de modo geral”, advertindo, todavia, que a relação de legalidade está sempre sujeita a gradações e que, em regra, “nas medidas de repercussão mais forte nos direitos dos cidadãos, há vinculação mais estrita da medida administrativa ao conteúdo da norma” (MEDAUAR, 2004, p. 145-146).

¹⁸ “On peut dire que, dans cette *première conception* du principe de légalité, très limitative, l’ensemble de règles législatives apparaît en somme comme un système de barrières que l’Administration ne peut pas prétendre franchir ni renverser. Mais dès le moment où elle ne s’y heurte pas, et ces barrières ne constituent pas un système continu, l’Administration reste entièrement libre de son action, sans qu’il soit nécessaire que celle-ci rentre dans les prévisions de dispositions législatives, se rattachent à un cadre légal, prédéterminé” (EISENMANN, 1982, p. 464).

¹⁹ Eisenmann não atribui nome a esta possível concepção do princípio da legalidade. Preferiu-se identificá-la como “princípio da relação de conteúdo” para facilitar a compreensão do tema e levando em conta o modo pelo qual o autor procura defini-la.

²⁰ Para uma análise mais detida das concepções possíveis do princípio da legalidade, Cf. EISENMANN, 1982, p. 462-468.

Se realmente o ordenamento jurídico brasileiro está propenso, de modo geral, para a concepção de legalidade enquanto princípio da habilitação legal, não se deve, com isso, retroceder, ainda que por outro raciocínio, a uma visão formalista do direito administrativo. Ou seja, a simples ideia de habilitação legal prescinde da concordância material entre o ato administrativo e a norma legal, de tal sorte que, caso essa norma legal apresente-se demasiado genérica, a habilitação legal se transforma na autorização para que o administrador aja arbitrariamente. Dessa maneira, é preferível manter bem assentadas as críticas anteriormente feitas ao positivismo jurídico e passar a conceber a legalidade administrativa desde uma outra perspectiva: a perspectiva da juridicidade.

No item anterior, observou-se que a noção meramente formal de legalidade não condiz com uma concepção pós-positivista do direito administrativo. Conforme visto, as bases teóricas e metodológicas em que se assentava o positivismo jurídico sofreram um processo de crise, cujas principais decorrências são: (i) a revalorização do aspecto material, substancial, do direito e a recusa do método lógico-dedutivo; (ii) a inclusão dos princípios como normas jurídicas responsáveis pela fundamentação do sistema; (iii) a preferência por uma concepção aberta de sistema jurídico, que permita a influência de dados da realidade; (iv) e, finalmente, a aceitação de que não existe norma sem interpretação ou, em outras palavras, que o intérprete não se restringe a declarar uma fictícia normatividade ínsita ao texto normativo.

Daí que a legalidade administrativa adquire um sentido amplo, passando a significar não mais a atuação da Administração Pública segundo o que manda a *letra* ou o *texto* da lei formal, independentemente da avaliação do seu conteúdo, mas a atuação condizente com aquilo que o sistema jurídico, aberto à realidade, lhe impõe. Nessa linha, Cármen Lúcia Antunes Rocha prefere denominar o princípio da legalidade de princípio da juridicidade, levando em consideração, assim, os elementos materiais que inexoravelmente participam da concretização da norma jurídica.

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”. (ROCHA, 1994, p. 79)

Essa revalorização do aspecto material na conduta da Administração Pública não significa, porém, que sua parcela formal tenha perdido importância ou, então, que seja menos relevante na obtenção da norma de decisão. Conforme salientado, se por um lado a teoria concreta da norma abre espaço para os elementos fáticos, empíricos, que formam a norma jurídica (âmbito ou setor normativo), por outro, não prescinde dos limites que a interpretação do enunciado normativo estabelece – ou seja, os limites do programa normativo. É precisamente esse limite que diferencia uma decisão pautada por um sistema normativo, ainda que aberto, de uma decisão fundada no método tópico-problemático.

Na senda da dualidade formal-material da norma de decisão e, por consequência, das decisões administrativas, Romeu Felipe Bacellar Filho prefere não identificar o princípio da legalidade insculpido no artigo 37 da Constituição com o princípio da juridicidade. O primeiro equivale à legalidade em sentido estrito, o segundo, à legalidade em sentido amplo, isto é, à concordância com a globalidade do sistema jurídico-administrativo, incluídos todos os seus princípios (implícitos ou explícitos) (BACELLAR FILHO, 1998, p. 160). Caso contrário – não fosse a legalidade do artigo 37 da Constituição a legalidade em sentido estrito – os demais princípios desse artigo, bem como os princípios implícitos do direito administra-

tivo, perderiam sua juridicidade, ou seja, não consubstanciaríamos princípios jurídicos, mas princípios morais, econômicos etc., o que é inadmissível desde uma perspectiva pós-positivista.

A nova leitura conferida ao princípio da legalidade administrativa, qual seja, a de juridicidade, confere à atividade exercida pela Administração Pública um *status* que supera em muito a de “mera executora da lei”, consagrada nos primórdios do Estado de direito. Apaga-se o estigma de que a Administração representaria tão-somente um poder a ser controlado e, notadamente no cenário atual, em que lhe compete a função de prover as necessidades dos cidadãos, ressalta-se o seu papel ativo na consecução dos objetivos do Estado social e democrático de direito. Eros Grau atenta para essa face muitas vezes esquecida da Administração Pública, ao averbar que o Estado de hoje não reflete mais a ideologia liberal do Estado do século XIX e que mesmo a teoria da separação dos poderes merece uma análise distinta da que lhe conferiam os ideólogos do liberalismo econômico.²¹ Conforme chega a registrar o autor, decorre dessa ideologia inclusive a afirmação de que ao Poder Executivo é defeso, por ato seu, restringir a liberdade e a propriedade dos indivíduos:

Desnuda-se, destarte, o sentido eminentemente liberal do princípio, até nossos dias preservado, na medida em que a doutrina reitera ser ele dotado do sentido de *impedir que o Executivo possa estabelecer, por ato seu, restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos e que a razão mesma do Estado de Direito é a defesa do indivíduo contra o Poder Público*; e que a fórmula, por excelência, asseguradora desse desiderato descansa na tripartição do exercício do poder. Ignora-se inteiramente que o Estado moderno não é apenas titular de *jus imperii*, mas também agente do fornecimento de prestações aos particulares. (GRAU, 2003, p. 173)²²

Eros Grau entende insuficiente a concepção liberal de legalidade para garantia das liberdades públicas, na medida em que ela parte da cisão entre Estado e sociedade civil, bem como escamoteia a “evidência de que as liberdades modernas são *liberdades jurídicas*, ou seja, definidas pelo direito, laicizadas” (Ibid.).

Paralelamente à questão ideológica aventada por Eros Grau, é pertinente reforçar que a Administração não se *submete* ao direito, mas que ela *é* o direito em uma de suas manifestações. Obviamente não se procura com isso retornar ao estágio em que o soberano se encontrava *acima* do direito, porém, ao invés disso, apontar para a inconsistência de uma concepção de legalidade administrativa que não retrata a realidade do Estado, sobretudo neste começo de século XXI. É fundamental, nessa linha, distinguir Administração Pública de administrador público. Este se submete à juridicidade, e, enquanto não a transgride, corrobora para que o direito se realize na esfera administrativa.²³ Todavia, uma vez divergente a conduta do agente com o sistema jurídico, fere-se o princípio da juridicidade; a conduta infringente é estranha ao direito e deve ser reprimida.

²¹ Eros Grau põe à crítica a teoria da separação dos poderes, asseverando que ela não implica a ausência de função normativa à Administração, ao Poder Executivo. Cf. GRAU, 2003, p. 225-255.

²² Entretanto, para Cármen Lúcia Antunes Rocha: “Quanto à juridicidade administrativa, há que se observar que ela se cumpre em grande parte, no sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, pela “legalidade específica”, pois a atuação da Administração Pública restringe, muito frequentemente, a *liberdade e a propriedade do indivíduo* para o resguardo da liberdade de todos e da propriedade-função social”. ROCHA, op. cit., p. 86.

²³ “O princípio da juridicidade administrativa significa, portanto, que a Administração Pública é o Direito em um de seus momentos: o de sua dinâmica. Nem é, pois, que ela se *submete* ao Direito, mas tão-somente que ela *é o próprio Direito tornado movimento realizador de seus efeitos para intervir e modificar a realidade social sobre a qual incide*. Em verdade, quem se *submete* ao Direito é o administrador público, porque a sua conduta, nesta condição, distingue-se do seu comportamento como indivíduo que se submete à lei em outras condições, segundo o exercício da sua liberdade assegurado pelo sistema jurídico” (ROCHA, 1994, p. 82).

Cármen Lúcia Antunes Rocha sustenta que é preciso manter uma relação harmônica entre legislação e administração, a fim de que se confira “unidade à ação estatal”. Na análise da autora, legislar e administrar expressam, respectivamente, o direito em sua estática e em sua dinâmica:

A relação de juridicidade administrativa implica, pois, em que o Direito tem que ser o mesmo, seja no momento em que se põe pela norma, quando ele se positiva pelo Estado, seja quando ele é concretizado em seu conteúdo, transformando-se em ação de Direito (Administração), o que inicialmente é uma formulação de Direito (Legislação).

Esta relação que identifica o Direito em sua estática (legislação) e em sua dinâmica (administração) é que confere unidade e harmonia ao comportamento do Estado. (ROCHA, 1994, p. 83)

Note-se, entretanto, que a terminologia utilizada pela autora diverge um pouco daquela empregada quando se considerou a concretização da norma jurídica. Com efeito, o direito estabelecido geral e abstratamente pelo legislador, numa determinada época e contexto, não é necessariamente o mesmo interpretado, concretizado e aplicado, em outro momento, pelo administrador (cf. supra: item 2.2.4.).

Com essas considerações, explicita-se enfim que, ao contrário do que se cogitava quando da formação do Estado de direito, não há hierarquia entre o Poder Legislativo e o Executivo e, do ponto de vista funcional, entre função legislativa e administrativa. “Ambas são fenômenos do mesmo fazer do Estado: o fazer o Direito para a concretização da ideologia jurídica acreditada pela sociedade política estatal” (ROCHA, 1994, p. 84).

4.2. *Os regulamentos*

A Administração Pública contemporânea está constantemente editando regulamentos a fim de atender às demandas da sociedade complexa e “pluriclasse”. Dificilmente se verifica algum domínio em que tais normas não exerçam papel relevante. Saúde, educação, transporte, meio ambiente e, como não poderia deixar de ser, a economia são exemplos de atividades que se sujeitam aos regulamentos da Administração – os quais, por sua vez, sofrem frequentes alterações. A larga utilização dos regulamentos decorre da acentuada atividade do Estado na formação e na condução das políticas públicas, e refletem uma necessidade de decisões rápidas, hoje dificilmente tomadas pelo Poder Legislativo. Cuidando do princípio da separação dos poderes, Alexandre Santos de Aragão explica que, sobretudo após a 2ª Guerra Mundial, “quando as atividades estatais adquiriram, frente a uma realidade tecnicizada e cambiante, inédita complexidade, a normatização social passou a ser crescentemente exercida por órgãos não integrantes do Poder Legislativo”, principalmente por órgãos e entidades da Administração Pública, como as recentes agências reguladoras (ARAGÃO, 2001, p. 110).

No plano da realidade, tais regulamentos se mostram como normas que certamente inovam o sistema jurídico. Porém, no plano teórico, a confirmação de que os regulamentos são tão importantes quanto as leis formais é ainda controvertida, pois, aqui, surgem questões delicadas como a separação dos poderes, a carência de legitimidade democrática e a repartição de competências fixadas nas Constituições. Como fundamentar que estes atos administrativos gerais e abstratos que são os regulamentos criam direito? Esta não seria uma função reservada ao Poder Legislativo? Trata-se certamente de um problema jurídico de grandes proporções, cujas propostas de solução devem obrigatoriamente considerar as noções de norma, de lei e de regulamento.

Primeiramente, surge a questão atinente ao critério que distingue atos administrativos de leis. Quanto a isso, excluindo-se o critério orgânico-formal, há duas características a se analisar: a generalidade e a

inovação. A generalidade é desde logo descartada como critério válido quando se leva em conta que os regulamentos administrativos são justamente atos administrativos gerais e abstratos. Dessa forma, resta analisar a inovação como critério que distingue normas legais de normas regulamentares.

Se é verdade que as leis são as responsáveis, abaixo da Constituição, pela estrutura do sistema normativo, impondo-se sobre a conduta administrativa, tal não significa, contudo, que normas infra-legais não inovem o ordenamento jurídico. Elas podem inová-lo, desde que respeitada a juridicidade. Considerando a característica da inovação, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assevera o seguinte:

Ainda essa característica não basta para distinguir a lei do regulamento, pois este também pode inovar na ordem jurídica. Ocorre, entretanto, uma diferença: a inovação deste sempre cumpre ser nos termos da lei. Consequentemente, a inovação legal, ao contrário da regulamentar, é original, primária, absoluta. Destarte, pode-se concluir que para o direito a lei é a regra coercitiva, geral, abstrata e impessoal, que inova, originariamente, na ordem jurídica. (MELLO, 1979, p. 249)

Em posicionamento diverso, Eros Grau ressalta a distinção entre função legislativa e função normativa ao explicar que esta é exercida por todos os Poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário –, ao passo que a competência legislativa, esta sim, é exercida apenas pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, norma jurídica significa o “preceito abstrato, genérico e inovador (...) que se integra no ordenamento jurídico” (GRAU, 2003, p. 239),²⁴ enquanto a função legislativa é “aquela de emanar *estatuições primárias*, geralmente – mas não necessariamente – com conteúdo normativo, sob a forma de lei”. Ou seja, a lei se configura como uma das espécies de norma, e desde que preencha os requisitos da abstração, generalidade e inovação. Com isso, Eros Grau evidencia que a função legislativa só se torna equacionável a partir de um critério formal e aponta para a importância da Constituição como referencial para delimitar os contornos da lei. Nas palavras do autor:

Cumpramos recorrer ao direito positivo, para, no texto constitucional, identificarmos parâmetros que iluminem a definição dos contornos desse objeto, a lei.

É necessário apontar (...) que a distinção entre função normativa e função legislativa impõe-nos a manipulação de critérios distintos: a noção de *função normativa* pode ser alinhada desde a consideração de critério material; a de *função legislativa* apenas se torna equacionável na consideração de critério *formal*. Isso, porém, é consequência de (...) a *legislativa* alinhar-se como um dos tipos de função estatal identificada em classificação que decorre da adoção de um *sistema organizacional*, construído sobre a técnica da “separação” dos poderes. (Ibid., p. 242)

A doutrina tradicionalmente menciona três espécies de regulamento, ou seja, três formas pelas quais a função normativa da Administração Pública se expressa, quais sejam: os regulamentos “de execução”, os regulamentos autorizados (ou “delegados”) e os regulamentos autônomos.²⁵ Sem qualquer objetivo de esgotar o tema, serão a seguir trazidas à colação algumas considerações acerca dessas espécies de regulamento, apenas com o intuito de problematizá-las no atual cenário pós-positivista.

a) *Regulamentos autônomos*. Também denominados regulamentos independentes, são normas emanadas pelo Poder Executivo que se apresentam como “verdadeiras leis”, na medida em que não são infralegais, mas correspondem a prerrogativa constante na Constituição. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, o

²⁴ Observe-se que essa definição de norma jurídica é mais restritiva que a abordada no item 2.2.4, relativo à interpretação/concretização, pois não inclui os atos concretos e individuais emanados pelos “intérpretes autênticos”.

²⁵ Ademais, costuma-se especificar os regulamentos de urgência. Cf. GRAU, 2003, p. 244-245.

regulamento autônomo se aproxima da antiga atribuição legislativa dos monarcas. Dividem-se, na perspectiva tradicional, em três espécies: (i) orgânicos – destinados à organização da Administração Pública; (ii) regimentais – “regulam as condições internas de execução dos serviços públicos e a maneira de sua utilização por terceiros interessados”; (iii) policiais – “enfeixam regras jurídicas para manter a ordem do Estado-sociedade”. Os regulamentos autônomos são muito difundidos na Europa, sobretudo na França (MELLO, 1979, p. 345-346).

No Brasil, contudo, a doutrina discute quanto a sua configuração no ordenamento jurídico. A Constituição de 1988, em sua redação original, sugere que inexistem regulamentos autônomos no Brasil, pois a eles não se refere *explicitamente*. A resposta todavia se inverte caso se aceite que eles decorrem de atribuição de função normativa *implícita*.²⁶

Reitere-se que os regulamentos autônomos apenas se distinguem da norma legislativa (lei em sentido estrito) de um ponto de vista orgânico-formal, isto é, da perspectiva do órgão encarregado de editar tal norma geral, abstrata e inovadora do ordenamento. Numa interpretação literal, a Constituição exige, em seu artigo 84, IV, que os regulamentos se atenham a “executar” a lei e, em não se aceitando a tese de que os regulamentos autônomos decorrem de uma competência implícita, a conclusão se orienta para a inexistência desses regulamentos. E, é bom destacar, ainda que o enunciado normativo constante no artigo 84, IV, literalmente permitisse que normas legislativas de baixa densidade normativa fossem preenchidas por regulamentos, não haveria propriamente regulamentos autônomos, pois estes, como se disse, decorrem diretamente de atribuição constitucional para determinadas matérias, e não de interpretação-concretização de normas legais. Nessa hipótese, os regulamentos também se ateriam à legalidade, embora, no caso, à legalidade ampla (juridicidade) – seriam *secundum legem* e não *preter legem*. Desse ponto de vista, mais tradicional, não há como se sustentar a presença de regulamentos autônomos no Brasil, haja vista a Constituição de 1988 não atribuir, direta e explicitamente, competência para que o Poder Executivo regulamente determinadas matérias tal como se legislando estivesse.

Ainda seguindo esse raciocínio, uma possível exceção ao impedimento de que o Executivo edite regulamentos autônomos encontraria amparo, no artigo 84, VI, da Constituição – conforme redação dada pela Emenda Constitucional 32/2001 – em que se confere competência ao Presidente da República para dispor sobre (a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, bem como para dispor sobre (b) a extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos. Celso Antonio Bandeira de Mello rejeita o entendimento de que o disposto no inciso IV do artigo 84 configure atribuição de competência para a criação de regulamentos autônomos. Segundo o jurista:

O que o art. 84, VI, faculta é que o Executivo proceda, no *interior dos esquemas já legalmente traçados de maneira genérica*, quer no que atina a *competências*, quer no que atina à *organização básica* na lei formulada, a *ulteriores subdivisões*, isto é, partições *na intimidade dos mesmos órgãos*, de tal sorte que as atribuições, já estatuídas em lei para aquele órgão, sejam internamente distribuídas, pois não pode criar órgãos novos nem extinguir os preexistentes. Competências outras não podem ser instituídas *ex novo*, pois, se o fossem, os poderes nelas previstos, quando exercidos, gerariam para os assujeitados obrigações de fazer ou deixar de fazer em virtude de regulamento e não de lei. Quanto às disposições sobre o funcionamento da Administração Federal, não passam de simples

²⁶ Nesse sentido: Grau, para quem regulamentos autônomos são os que decorrem “de atribuição do exercício de função normativa *implícita* no texto constitucional” (GRAU, 2003, p. 253).

manifestação de poder hierárquico, o qual, é bem de ver, só pode ser exercido em consonância com a legalidade (MELLO, 2004, p. 94-95).

Observe-se que para Celso Antonio Bandeira de Mello o artigo 5.º expressa reserva de lei em sentido absoluto, isto é, refere-se à lei em sentido estrito, de tal forma que apenas normas legislativas podem estabelecer “obrigação de fazer ou de não fazer”.

Divergindo dessa posição, Eros Grau sustenta que o art. 5.º, II, do texto constitucional,

*expressa reserva da lei em termos relativos (=reserva da norma), razão pela qual não impede a atribuição, explícita ou implícita, ao Executivo para, no exercício da função normativa, definir obrigação de fazer e não fazer que se imponha aos particulares – e os vincule. (GRAU, 2003, p. 246-247)*²⁷

Interessante notar que o autor fala em atribuição explícita e implícita, sendo que é desta última que decorrem os regulamentos autônomos, enquanto a primeira (decorrente de habilitação legal) abre margem à edição de regulamentos autorizados (Ibid., 251-253). Essa orientação diverge radicalmente da postura tradicional em se negar os regulamentos autônomos a partir dos enunciados do art. 5.º, II, e 84, IV – que evidenciariam disposição constitucional no sentido de que apenas regulamentos “executivos” seriam aceitos pelo ordenamento. De acordo com Grau, a emanção de regulamentos autônomos, decorrentes de atribuição implícita, “é indispensável à efetiva atuação do Executivo em relação a determinadas matérias, definidas como de sua competência” (Ibid., p. 253).²⁸

A polêmica não encontra solução fácil, mas, de qualquer modo, os regulamentos autônomos continuam a manter, em sua definição, a característica de que decorrem diretamente da Constituição e que, portanto, não concretizam normas legislativas, mas, ao contrário, comportam-se tal como se estas fossem. Assim, em última análise, o que os diferencia dos demais regulamentos é o fato de não estarem limitados por um programa normativo legal, mas diretamente pelo programa normativo da Constituição. Considerando essa distinção, nem todos os regulamentos, ainda que criem direitos ou obrigações, são autônomos ou independentes, tendo em vista que podem criá-los a partir da concretização de um molde legal (de normas legislativas) e não de competência fixada diretamente pelo sistema constitucional.

b) *Regulamentos autorizados (ou “delegados”)*. Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, os regulamentos autorizados são emanados pelo Executivo, em razão de habilitação legislativa, “para desenvolver os preceitos constantes da lei de habilitação, que delimita o seu âmbito a respeito” (MELLO, 1979, p. 346). Conforme se mencionou acima, Eros Roberto Grau os define como decorrentes da atribuição do “exercício de função normativa *explícita* em ato legislativo”, acarretando “o exercício pleno daquela função – nos limites da atribuição – pelo Executivo, inclusive com a criação de obrigação de fazer ou deixar de fazer”. Eros Grau se recusa a denominá-los de regulamentos “delegados”, tendo em vista que, segundo ele, o que se atribui ao Executivo é o exercício da função normativa, e não de função legislativa (GRAU, 2003, p. 251-253).

²⁷ Para Eros Grau, verifica-se que no artigo 5.º, II, “o princípio da legalidade é tomado em *termos relativos*, o que induz à conclusão de que o devido acatamento lhe estará sendo conferido quando – manifesta, explícita ou implicitamente, atribuição para tanto – ato normativo não legislativo, porém regulamentar (ou regimental), definir obrigação de fazer ou não fazer alguma coisa imposta a seus destinatários”. (Ibidem, p. 247).

²⁸ O autor lança o seguinte exemplo: “O exercício da função administrativa impõe, em certos casos, o exercício ancilar de função normativa. Exemplifico com o art. 21, XII, da Constituição de 1988, que assinala a competência da União – Executivo – para explorar determinados serviços públicos. Quando essa exploração se dá mediante autorização, permissão ou concessão, se impõe a emanção de *regulamento autônomo* para regulamentar a exploração dos serviços”. (Ibid).

Quanto aos regulamentos autorizados, assim como ocorre com os autônomos, também não se discute quanto à força para alterar, ou inovar, a ordem jurídica. Sua distinção frente aos regulamentos autônomos se encontra justamente na necessidade de dita autorização legal explícita; eles não decorrem diretamente da Constituição.

c) *Regulamentos “executivos”*. Finalmente, os regulamentos “de execução” são tradicionalmente considerados os mais comuns (senão os únicos) na ordem jurídico-administrativa brasileira. Sobretudo para quem nega a existência de regulamentos autônomos e autorizados, a Administração Pública brasileira, quando editando normas gerais e abstratas, o faz por meio dessa espécie regulamentar. Nessa linha, são concebidos como responsáveis pelo desenvolvimento dos textos legais “para efeito tão-somente de sua aplicação, atendendo às peculiaridades locais ou de tempo, às possibilidades de sua execução, e às circunstâncias de sua atuação” (MELLO, 1978, p. 352). Eros Grau, que diverge quanto ao tratamento doutrinário dado aos regulamentos autônomos e autorizados (como vimos acima), não critica a doutrina no que esta diz sobre os regulamentos executivos (GRAU, 2003, p. 251).

Porém, é justamente neste ponto que cabem questionamentos acerca da interpretação, concretização e aplicação do direito. Ora, se ao interpretar-se o programa normativo (aqui entendidas as normas legais) o intérprete acaba por necessariamente considerar a situação temporal e espacialmente definida, e se essa consideração interfere no processo de surgimento da norma de decisão (aqui considerado o regulamento), então não se deve falar simplesmente em “execução” do direito, pois o trabalho do intérprete autêntico sempre implica algum grau de inovação do ordenamento jurídico.

Nessa medida, os regulamentos de “execução” são regulamentos que também inovam a ordem jurídica, também criam direito, até porque, se não o inovassem de algum modo, seriam inúteis. O que os caracteriza, assim, é antes uma maior predefinição do conteúdo – já contida na norma legal – que reduz o espaço de atuação do intérprete-aplicador. Diante disso, é esclarecedora a postura tomada por Alexandre Santos de Aragão, ao afirmar que todo regulamento é, “simultaneamente, em maior ou menor grau, executivo e criativo”. Para o autor:

A grande questão da matéria do poder regulamentar da Administração Pública não é propriamente a de determinar a sua extensão (...), mas sim definir qual é a densidade normativa mínima que a sua base legal deve ter para que seja consentânea com o Estado Democrático de Direito e com a natureza subordinada do poder regulamentar. (ARAGÃO, 2004, p. 56-57)²⁹

Com efeito, é difícil separar normas que supostamente não inovam o ordenamento jurídico, normas que o inovam e normas que, além de inová-lo, fazem-no originariamente. Cada norma possui uma específica densidade normativa e recebe, quando concretizada, seja por outra norma geral seja por uma norma individual, determinada interpretação que de algum modo a modifica. Essa modificação seguramente é inovadora – nela estão os elementos do âmbito normativo que também fazem parte do processo de criação do direito. Ainda que aos regulamentos “executivos” não seja permitido criar obrigações de fazer e não fazer, quando eles detalham as normas criadoras dessas obrigações, “há criação, mesmo que moderada – não mera execução – de alguns aspectos dos elementos da prestação” (ARAGÃO, 2001, p. 123). Ou seja, em última análise, ainda que de modo reflexo e pouco aparente, os regulamentos executivos afetam direitos e obrigações.

²⁹ Em outro artigo, o autor aduz o seguinte: “Se a lei, por si própria, já estabelece a obrigação, o que deveria significar a pré-determinação dos seus sujeitos e objeto – de todos os elementos da prestação devida –, não haveria espaço para regulamento algum – que não consistisse na mera repetição da lei. Os (...) “regulamentos de execução” seriam, destarte, necessariamente inócuos”. (ARAGÃO, 2001, p. 122). Cf. *Ibid.*, p. 119-125.

Com isso, tomadas as três espécies de regulamento – autônomos, autorizados e “executivos” –, mais uma vez fica clara a importância de controlar a juridicidade na conduta da Administração Pública, para que ela, mesmo criando direitos e obrigações, aja de acordo com os valores e princípios consagrados pelo sistema jurídico e não segundo os interesses pessoais dos que ocupam seus cargos e funções.

5. Conclusão

1. A concepção de lei e de legalidade, apesar de suas origens remotas, adquiriu importância na formação do Estado de direito, pois representava a segurança de que as liberdades e direitos adquiridos pela burguesia não poderiam ser livremente alterados ou suprimidos. Sob uma conjuntura histórica informada pelo Iluminismo e pelo liberalismo, o princípio da legalidade significava a superioridade do Parlamento frente aos demais Poderes do Estado. Nos primeiros momentos do Estado de direito, legalidade era a legalidade estrita, ou seja, a possibilidade de atuação administrativa quando houvesse conformação com alguma lei formal – norma estabelecida pelo Parlamento. Mais do que isso, sequer se cogitava de leis formais materialmente injustas, pois o Legislativo expressava a “vontade do povo”. Essa concepção, porém, logo sofreu alterações – quando se percebeu a necessidade de que a Administração se tornasse mais ágil –, de modo que surgiram teorizações tais como as referentes à discricionariedade administrativa.

2. No Estado liberal, a preocupação quanto à legalidade reflete notadamente a preocupação da burguesia em garantir segurança jurídica. Sem segurança jurídica, o capitalismo não encontrava condições de estabelecer-se. Entretanto, dificilmente se define com clareza a ideia de segurança jurídica, bem como o direito jamais a garante de modo pleno. Sempre há algum risco de desapontamento, que, no cenário de Estado de direito liberal, se buscou suprimir com a imposição de que o Estado – principalmente a administração e a magistratura – se submetesse a leis formais expedidas pelo Parlamento. Essa tentativa, contudo, não surtiu o efeito desejado, na medida em que a própria positivação ensejou uma mais fácil alteração do direito (que se modifica, independentemente do conteúdo, segundo critérios formais), que se tornou mais acentuada à medida que o Estado adquiriu complexidade, por não mais expressar uma sociedade “monoclasse”, bem como para poder atender a demandas em constante mutação. Somada a isso, a própria impossibilidade de interpretação neutra – que apenas declarasse a decisão abstratamente contida na lei – corroborou para a necessidade de revisão da noção de segurança jurídica.

3. No século XIX e na primeira metade do século XX, as correntes positivistas foram as que mais ganharam espaço no pensamento e na prática jurídica. Conquanto retrate uma concepção de direito que ganha contornos sensivelmente distintos, conforme a época em que se apresenta e o jurista que a considere, o positivismo jurídico apresenta alguns traços recorrentes, quais sejam: (i) no plano metodológico, a radical distinção entre juízos de fato e juízos de valor, com a exclusão destes do campo jurídico, bem como uma tendência à formalização do direito; (ii) a elevação da lei formal como principal “fonte” do direito – fonte qualificadora –, responsável pela inovação do sistema jurídico, e o desinteresse pelos princípios; (iii) a busca por um sistema jurídico fechado, em que inexistam contradições ou incompletudes, tudo segundo um ponto de vista lógico; (iv) uma teoria da interpretação mecanicista, em que o Judiciário e a Administração são encarados como meros reprodutores do conteúdo já previamente definido nas normas legais.

4. De uma postura crítica frente ao pensamento juspositivista, destaca-se a necessidade de conciliação entre o aspecto formal e o aspecto material do direito, a fim de garantir-se, ao mesmo tempo, certa margem de segurança e o controle de decisões potencialmente injustas. Nesse cenário, imperam os princípios como normas jurídicas dotadas de poder de coação, que propiciam a unidade ao sistema jurídico. Este, por sua vez, torna-se aberto – sujeito a interferências da realidade – e de tipo valorativo ou

axiológico. A interpretação, enfim, passa a significar a própria produção da norma jurídica (norma de decisão), de tal sorte que se evidencia a relevância do papel exercido por juízes e administradores; estes últimos não são mais encarados como meros “executores” do direito.

5. No Direito contemporâneo, a legalidade administrativa é mais propriamente vista como juridicidade, na medida em que a relação entre lei e atividade administrativa é informada por toda a principiologia e valores consagrados pelo sistema jurídico aberto, e não apenas pela letra ou pelo texto da lei formal. Mas, de outro lado, a legalidade estrita continua exercendo uma função importante na formação da decisão administrativa; a diferença consiste em que ela não é mais a única fonte qualificadora, porém mais um dos princípios a ser ponderado no caso concreto. A Administração, nesse contexto, passa a retratar o direito em sua dinâmica.

6. Os regulamentos editados pela Administração se apresentam como uma espécie normativa muito frequente no direito contemporâneo. São os meios encontrados para fazer frentes às demandas da sociedade complexa e plural. Além disso, no cenário pós-positivista, torna-se mais difícil distinguir entre regulamentos que inovam o sistema e regulamentos de “mera execução” – todos importam, em maior ou menor grau, certa inovação trazida pela norma de decisão.

6. Referências bibliográficas

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da Legalidade e Poder Regulamentar no Estado Contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 109-129, v. 225, jul./set. 2001.
- _____. A Concepção Pós-positivista do Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 51-64, v. 236, abr./jun. 2004.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. *Introdução à Filosofia da Ciência*. 2ª ed. Curitiba: Editora da UFPR, 1998.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BOBBIO, Norberto. Legalidade. In: BOBBIO, Norberto [et al.]. *Dicionário de Política*. 8 ed. Tradução de Carmen C. Varriale [et al.]. Brasília: UnB, 1995.
- _____. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Marcos Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COSTALDELLO, Ângela Cássia. *A Invalidade dos Atos Administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. 1988. 160 p. Tese (Doutorado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. 1998.
- EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, abr./jun. 1959.
- _____. *Cours de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 1982, v. 1.

- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Apresentação. In: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Unb, 1980.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 235.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- _____. *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- KÖCHE, José Carlos. Ciência e Método: uma visão histórica. In: *Fundamentos de Metodologia Científica: teoria da ciência e prática da pesquisa*. 19ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. v. 1.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3ª ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1994 v. 1.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 3ª ed. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 1999.