
A&C

REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 11	n. 46	p. 1-230	out./dez. 2011
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
ROMEUFELIPE
BACELLAR

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região
Projeto gráfico: Luiz Alberto Pimenta
Diagramação: Deborah Alves

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral ISSN 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação – Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Ana Cláudia Finger
Daniel Wunder Hachem

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Carlos Ari Sundfeld (PUC-SP)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Eros Roberto Grau (USP)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
José Carlos Abraão (UEL)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
	Weida Zancaner (PUC-SP)
	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

O Estado moderno, a construção científica do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista

Daniel Wunder Hachem

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional da UniBrasil. Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro fundador e Coordenador Executivo (representante do Brasil) da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro do NINC (Núcleo de Investigações Constitucionais) em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Editor Acadêmico da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Vice-Presidente da Comissão Especial de Acompanhamento Legislativo da OAB/PR. Advogado em Curitiba.

Resumo: Busca-se, neste artigo, identificar as raízes do legalismo como racionalidade do Direito no Estado moderno e do primado da lei como princípio do constitucionalismo liberal oitocentista, permitindo-se com isso refletir sobre o descompasso entre a utilização, nos dias atuais, de uma categoria jurídica historicamente construída, sem o imprescindível repensar dos seus fundamentos, consequências e condicionantes.

Palavras-chave: Estado moderno. Cientificismo jurídico. Princípio da legalidade. Constitucionalismo liberal oitocentista.

Sumário: 1 Notas introdutórias – 2 O paradigma do Estado moderno e o Direito fundado em uma racionalidade científica – 3 O positivismo jurídico da Escola da Exegese e a redução do Direito à letra da lei – 4 O primado da lei como expressão do cientificismo jurídico moderno: a construção do princípio da legalidade no constitucionalismo do Estado Liberal – Referências

1 Notas introdutórias

O princípio da legalidade, tal como foi concebido no constitucionalismo oitocentista europeu, representou um dos principais alicerces do modelo liberal de Estado construído nos fins do século XVIII. Nesse influxo, Hespanha assinala a vinculação do paradigma legalista à feição liberal do Estado e das suas tarefas sociais, ao asseverar que “O Estado [em sua perspectiva liberal] é, sobretudo, o garante dos equilíbrios da ‘sociedade civil’, formalizados na intangibilidade das ‘esferas jurídicas dos particulares’ (Rechtbewahrungsstaat). A lei estabelece as regras gerais a que obedece a combinatória dos direitos subjectivos, bem como as relativas à sua constituição, transmissão e extinção. Daí que a emissão de leis só seja

necessária quando se pretenda modificar o equilíbrio estabelecido das esferas jurídicas particulares”.¹

No entanto, a utilização contemporânea desse postulado — por ignorar frequentemente as transformações históricas operadas no Estado e na sociedade, pretendendo, muitas vezes, atribuir-lhe a mesma roupagem que lhe foi conferida à época de sua construção — tem incidido naquilo que o autor denominou de “crise do legalismo”, cujos sintomas mais flagrantes seriam: “a) a generalizada desobediência à lei, por parte dos simples cidadãos; b) a não aplicação (ou a aplicação selectiva) da lei, por parte dos órgãos do poder; c) a ineficiência dos mecanismos de aplicação coercitiva da lei (‘crise da justiça’, ‘crise da ordem’)”.²

A chave para a explicação dessa crise, consoante o mencionado professor, está na análise histórica: para compreendê-la, impende realizar um exame das condicionantes históricas que renderam ensejo à ascensão do legalismo como postulado fundamental instituído no constitucionalismo liberal. Portanto, para que se possa entender a falta de correspondência entre o emprego do “primado da lei” e a situação dos Estados hodiernos é necessário lançar mão da história.

De acordo com Hespanha, a história constitui um “instrumento de crítica e heurística”.³ Neste estudo, busca-se explorá-la como um mecanismo de crítica, através do qual, segundo o citado autor, a história “revela o carácter epocalmente situado dos paradigmas políticos e jurídicos actualmente dominantes, nomeadamente, do ‘estatismo’ e do ‘legalismo’”.⁴ Pretende-se, assim, promover uma incursão histórica com o intuito de identificar as raízes do legalismo como racionalidade do Direito moderno e do primado da lei como princípio do constitucionalismo liberal, permitindo-se com isso refletir sobre o descompasso entre a utilização, nos dias atuais, de uma categoria jurídica historicamente construída, sem o imprescindível repensar dos seus fundamentos, consequências e condicionantes.

Para tanto, será necessário (i) traçar, preliminarmente, o quadro do paradigma sociocultural em que se inseriu o constitucionalismo do Estado Liberal — a modernidade — ressaltando as suas características mais

¹ HESPANHA, António Manuel. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 21.

² HESPANHA, op. cit., p. 9-10.

³ HESPANHA, *ibidem*, p. 7.

⁴ HESPANHA, *ibidem*, p. 8.

marcantes que repercutiram em uma determinada concepção de Direito; (ii) relacionar, em um segundo momento, a racionalidade jurídica dominante nesse paradigma com a corrente então hegemônica na filosofia do Direito — o positivismo jurídico — assinalando a importância do princípio da legalidade na manutenção da ideologia juspositivista e da lógica jurídica moderna; (iii) por fim, apontar as razões pelas quais o primado da lei consagrou-se como pilar fundante do constitucionalismo do Estado Liberal oitocentista, dada a indissociável vinculação entre as premissas da modernidade, os cânones do positivismo jurídico e a ideologia liberal burguesa.

2 O paradigma do Estado moderno e o Direito fundado em uma racionalidade cientificista

Pode-se dizer que o paradigma sociocultural da modernidade surgiu anteriormente à sedimentação hegemônica do capitalismo industrial nos atuais países centrais, entre o século XVI e finais do século XVIII.⁵ Entretanto, pelo fato de sua formação ter sido “difusa, lenta e complexa”,⁶ como todo processo histórico, seus embriões já começavam a se formar desde os séculos X e XI, “com o lento e irregular avanço do mercado de trocas comerciais e a aceleração de um processo que até então era muito lento”.⁷

Por consistir em um processo histórico de grande complexidade, que abarcou séculos, é difícil definir datas precisas no que tange à modernidade, principalmente em relação ao seu nascimento, mesmo porque, como ressalta Ricardo Marcelo Fonseca, “a modernidade não foi gestada num determinado lugar específico (sua maternidade não tem endereço) e não tem progenitores precisamente identificáveis”.⁸ Não obstante, as premissas basilares deste paradigma podem ser facilmente identificadas, tais como a distinção entre sujeito e objeto, a diferenciação entre natureza e sociedade (ou cultura), a redução da complexidade do mundo a postulados sujeitos a formulação matemática, bem como a separação estanque

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 49.

⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 30.

⁷ FONSECA, *ibidem*.

⁸ FONSECA, *ibidem*.

entre o saber científico (reputado como o único conhecimento válido) e outras formas de conhecimento.⁹

Como a finalidade deste estudo não reside em tratar das transformações históricas da modernidade de forma abrangente — até porque o paradigma em questão engloba uma gama incomensurável de teorias e pensadores com ideias diversas, dividindo-se em uma infinidade de subparadigmas¹⁰ — serão abordados somente os elementos que se afiguraram como determinantes para a formação de um Direito fundado em uma racionalidade científica, em que vigorava o primado da lei, e as suas consequências para o constitucionalismo do Estado Liberal.

A modernidade ocidental irrompeu como um audacioso e revolucionário paradigma sociocultural, fundado numa tensão entre a regulação e a emancipação sociais.¹¹ Em meados do século XIX, este paradigma converge definitivamente com o capitalismo, repercutindo em um processo de absorção das energias emancipatórias pelas regulatórias, engolindo-se o pilar da emancipação pelo pilar da regulação.¹² Tal absorção, que degradou a tensão dinâmica entre esses dois pilares, ensejou um obstáculo à renovação deste paradigma, suscitando a sua crise final.¹³

A superposição da regulação social sobre a emancipação social decorreu da gestão reconstrutiva dos défices e dos excessos da modernidade — promessas não cumpridas ou cumpridas de forma excessiva¹⁴ — confiada à ciência e ao Direito modernos.¹⁵ Nesse contexto, o Direito e a ciência assumiram um papel essencial na manutenção do paradigma moderno, alcançando-se a despolitização científica da vida social através da

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial: e para além de um e outro. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8., Coimbra, 16 a 18 set. 2004. p. 1-2. Texto apresentado na conferência de abertura. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2009.

¹⁰ No interior de cada paradigma, podem-se elaborar modelos de pensamento, que constituem subparadigmas. É relevante ressaltar que, embora os subparadigmas configurem recortes teóricos internos aos paradigmas, apresentando distinções, eles tomam como ponto de partida os mesmos pressupostos, que fundamentam o paradigma ao qual pertencem.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 15.

¹² SANTOS, *ibidem*.

¹³ "O facto de continuar ainda como paradigma dominante deve-se à inércia histórica" (SANTOS, *ibidem*).

¹⁴ De forma simplificada, pode-se dizer que em relação às promessas de igualdade, liberdade e paz, utopias do projeto da modernidade, nenhuma delas foi cumprida, haja vista que: (i) as disparidades entre os países centrais e periféricos são gritantes, encontrando-se estes em uma situação miserável, (ii) as violações dos direitos humanos em países que vivem em paz e democracia formais assumem proporções avassaladoras, e (iii) o número de mortos em guerras e conflitos é enorme e incomparável a qualquer situação histórica anterior. No que diz respeito à promessa da dominação da natureza, seu cumprimento realizou-se de forma excessiva e perversa, sob a forma de destruição da natureza e da crise ecológica (SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 23-24).

¹⁵ SANTOS, *ibidem*, p. 55.

despolitização jurídica do conflito e da revolta sociais.¹⁶ E por este motivo, “esta relação de cooperação e circulação de sentido entre a ciência e o direito, sob a égide da ciência, é uma das características fundamentais da modernidade”.¹⁷

Em consequência da participação protagonista da ciência no palco deste paradigma, o seu modelo de racionalidade, desenvolvido na esfera das ciências naturais, estende-se às ciências sociais emergentes do século XIX.¹⁸ E assim, observa-se uma supervalorização da epistemologia científica sobre as demais formas de conhecimento, repercutindo numa lógica de conservação da ordem, de um mundo estável, racionalista e mecanicista.¹⁹

Isso porque, no século XVIII, a consciência filosófica da ciência moderna, que se fundamentou inicialmente no racionalismo cartesiano²⁰ e no empirismo baconiano, veio a condensar-se no positivismo oitocentista, criando as condições de possibilidade para a emergência das ciências sociais no século XIX.²¹ Foi nesse contexto que se puderam observar alguns dos principais resultados da influência do paradigma da modernidade no Ocidente, quais sejam, a aspiração pela hegemonia absoluta do conhecimento científico, em detrimento das demais configurações epistemológicas existentes na sociedade, e futuramente a solidificação do positivismo jurídico, baldrame indispensável para a reprodução da então denominada ciência jurídica. O Direito moderno, a partir de então, transforma-se em um instrumento racionalizador da vida social, tornando-se ele próprio científico, por sua relação direta com a ciência moderna.

Ao lado da cientificização do Direito moderno, procedeu-se a sua estatização,²² no intuito de se assegurar a prevalência da ordem sobre o

¹⁶ SANTOS, *ibidem*, p. 52.

¹⁷ SANTOS, *ibidem*.

¹⁸ SANTOS, *ibidem*, p. 60-61.

¹⁹ “Um conhecimento baseado na formulação de leis tem como pressuposto metateórico a ideia de ordem e estabilidade do mundo, a ideia de que o passado se repete no futuro. Segundo a mecânica newtoniana, o mundo da matéria é uma máquina cujas operações se podem determinar exactamente por meio de leis físicas e matemáticas, um mundo estático e eterno a flutuar num espaço vazio, um mundo que o racionalismo cartesiano torna cognoscível por via da sua decomposição nos elementos que o constituem. Esta ideia do mundo-máquina é de tal modo poderosa que vai transformar-se na grande hipótese universal da época moderna” (SANTOS, *ibidem*, p. 64).

²⁰ “A partir da filosofia moderna, o pensar assume perspectiva antropocêntrica. Inicialmente com Descartes, a Razão pura passa a ser o fundamento de explicação e compreensão da realidade. Esta passa a ser investigada na perspectiva em que o homem figura como centro. Não se trata, porém, do homem em suas diversas dimensões constitutivas. Ao contrário, o antropocentrismo moderno inicial, funda a subjetividade caracterizada como consciência: ‘Penso, logo existo’” (LUDWIG, Celso Luiz. A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enríque Dussel. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1993. f. 6).

²¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000. p. 65.

²² “O cientificismo e o estatismo são as principais características do direito racional moderno, tal como se desenvolveu no Ocidente durante o século XIX” (SANTOS, *ibidem*, p. 141).

caos, enquanto a ciência e a tecnologia não fossem capazes de garanti-la por si mesmas.²³ O cientificismo e o estatismo amoldaram o Direito, de modo a transformá-lo em uma utopia automática de regulação social.²⁴ E esse processo de cientificização do Direito objetivou maximizar a operacionalidade do Direito enquanto instrumento de controle social.²⁵

Na Europa, a *Pandektenwissenschaft*²⁶ alemã foi responsável pela mais evidente cientificização do Direito moderno, no campo do Direito Privado, e seu exemplo mais relevante foi o caráter científico do formalismo jurídico do Código Civil alemão de 1900.²⁷ A tarefa dos Pandectistas resultou na transformação do Direito Romano em uma estrutura formal e hierarquizada de regras jurídicas, a qual seguia um sistema lógico dotado de intensa rigidez. O complexo entrelaçamento entre autoridade, racionalidade e ética, presente no Direito Romano dos Glosadores, foi modificado e reduzido a um formalismo técnico-racional, com pretensão de neutralidade no que diz respeito à ética, e preocupado tão somente com a perfeição técnica, com a coerência lógica, e com a capacidade de prever e abranger, em sua totalidade, as situações concretas possíveis.²⁸

Porém, as Pandectas consistiram somente numa expressão extrema dentro de um período muito mais amplo de cientificização do Direito moderno, propenso a converter o Direito em um artifício eficiente da engenharia social oficial.²⁹ O formalismo jurídico estendeu-se das Pandectas germânicas ao movimento codificador do século XIX, cujo principal marco foi o Código Napoleônico de 1804.³⁰ Desde então, o movimento pela codificação e o positivismo jurídico que o seguiu enveredaram para a abdicação da retórica jurídica e para a sua substituição pela ciência do Direito: a dogmática jurídica.³¹

²³ SANTOS, *ibidem*, p. 119-120.

²⁴ SANTOS, *ibidem*, p. 143.

²⁵ SANTOS, *ibidem*, p. 165.

²⁶ Referimo-nos a Direito das Pandectas para designar o direito privado comum alemão de origem romana.

²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 143.

²⁸ SANTOS, *ibidem*, p. 124.

²⁹ SANTOS, *ibidem*, p. 143.

³⁰ SANTOS, *ibidem*, p. 51-52.

³¹ SANTOS, *ibidem*, p. 97.

3 O positivismo jurídico da Escola da Exegese³² e a redução do Direito à letra da lei

O surgimento do positivismo na epistemologia científica moderna e o do positivismo jurídico no Direito (e na dogmática jurídica) significaram ideologias dedicadas a restringir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista, e a impedir que a racionalidade fosse infectada por alguma irracionalidade não capitalista — como, por exemplo, a ética ou quaisquer ideais emancipatórios.³³ Dessa forma, as irracionalidades do capitalismo poderiam conviver com a racionalidade moderna, desde que se respaldassem nas racionalidades jurídica ou científica.

O Direito moderno, dentro dessa conjuntura, elaborou um autocohecimento especializado e profissionalizado, definindo-se como científico e originando o chamado cientificismo jurídico, que, unido ao estatismo jurídico, passa a compreender a ideologia do positivismo jurídico.³⁴ Essa cientificação do Direito mostra de que forma, em uma época de hegemonia positivista, a regulação social passa a ser científica para poder otimizar o esquecimento da ética social e política, que era a responsável por ainda manter acesas as chamas das energias emancipatórias do universo jurídico. Separa-se então o Direito dos princípios éticos, tornando-se o aparato jurídico “um instrumento dócil da construção institucional e da regulação do mercado”.³⁵

De acordo com Norberto Bobbio, o positivismo jurídico surge com o escopo de tornar o estudo do Direito em uma verdadeira ciência, tal como as ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, cuja principal característica consiste na avaloratividade. Nessa linha, pretende-se distinguir os juízos de fato dos juízos de valor, excluindo estes últimos da esfera de apreciação do conhecimento científico. Enquanto os primeiros representam uma tomada de conhecimento da realidade tal como ela é, com o intuito de informar, os segundos representam uma tomada de posição perante

³² Destaque-se que neste estudo será analisado o positivismo jurídico legalista, próprio da Escola da Exegese francesa do século XIX, o qual se distingue de outros positivismos jurídicos que lhe foram posteriores, desenvolvidos no século XX, tal como o de Hans Kelsen e o de H. L. A. Hart. Sobre tais autores, ver: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 e HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 141.

³⁴ SANTOS, *ibidem*, p. 165.

³⁵ SANTOS, *ibidem*, p. 140.

a realidade, com a finalidade não apenas de informar, mas também de influir sobre o outro.³⁶

Partindo-se dessa perspectiva, pode-se inferir que a ciência elimina da sua natureza os juízos de valor, já que visa a ser um conhecimento puramente objetivo da realidade e, no entanto, esse tipo de juízo é sempre subjetivo ou pessoal, opondo-se à objetividade desejada pela ciência. Nessa conjuntura, o positivista jurídico posiciona-se cientificamente perante o Direito, estudando-o tal como ele é, e não tal como deveria ser. Esse posicionamento significa, por conseguinte, estudar o Direito enquanto fato, não enquanto valor. Ao se definir o Direito, as qualificações embasadas em um juízo valorativo, que importem distinguir o Direito em justo ou injusto, devem ser prontamente suprimidas. Nesse influxo, se a escravidão consistisse em um instituto de Direito, não se poderia questionar sua validade no plano jurídico, embora pudesse ser valorada negativamente.³⁷

Observa-se assim a evidência do formalismo científico no Direito da modernidade. Essa concepção da dogmática jurídica prefere a interpretação lógico-sistemática à teleológica, voltando-se para a operação de caráter cognitivo-instrumental, preocupada apenas com a norma, em detrimento da finalidade por ela perseguida, do conflito de interesses que se deve solucionar,³⁸ e das relações sociais como um todo, que passam a ser desconsideradas.³⁹

Toda essa construção teórica produzida no Direito moderno levou a corrente filosófica do positivismo jurídico, desenvolvida em uma perspectiva legalista pela Escola de Exegese na França do século XIX, a reduzir a atividade da jurisdição à aplicação mecânica da lei aos casos concretos, sem questioná-la ou interpretá-la. Ao definir o Direito como um sistema de regras emanadas pelo soberano, o positivismo introduz na definição de Direito o fundamento único da validade, compreendendo como normas jurídicas todas aquelas produzidas por um determinado modo, previsto pelo próprio ordenamento jurídico, não importando o fato de estas normas serem ou não efetivamente aplicadas na sociedade, ignorando-se desta sorte o requisito da eficácia.⁴⁰ Os juspositivistas estabeleceram como

³⁶ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

³⁷ BOBBIO, op. cit., 136.

³⁸ BOBBIO, *ibidem*, 146.

³⁹ "É necessário, porém, esclarecer as relações entre a concepção positivista e a concepção formalista do direito. Estas duas doutrinas não se identificam nem são estranhas uma à outra; diremos antes que são duas doutrinas diferentes que possuem, todavia, muitos pontos em comum e que se acompanham em seu desenvolvimento histórico" (BOBBIO, *ibidem*).

⁴⁰ BOBBIO, *ibidem*, 142.

critério de juridicidade a validade no lugar da justiça; vale dizer, para não enfrentarem o problema da justiça, reduziram o Direito à validade da norma.

Nesta toada, acentua Plauto Faraco de Azevedo que “Quem tiver uma concepção positivista do direito nada mais verá no direito do que a lei. Identificará mesmo direito e lei”.⁴¹ Segundo o autor, dessa maneira, as coisas se tornam singelas, pois, se a lei for injusta, serão irrelevantes os efeitos negativos da sua aplicação para a sociedade, e eles não terão qualquer relação com o raciocínio do intérprete, que se eximirá de toda responsabilidade: “aplicando a lei, julgará ter cumprido seu dever. Tal postura poderá eventualmente ser-lhe apaziguante, evitando o incômodo da dúvida. Mas os destinatários da interpretação e conseqüente aplicação ver-se-ão frustrados e suas expectativas, o que é sempre mau para a estabilidade da ordem jurídica”.⁴²

A validade de uma norma jurídica traduz-se pela característica da norma que lhe atribui existência no ordenamento jurídico. Significa que ela existe enquanto norma jurídica em determinado sistema de Direito e deve ser observada pela sociedade. Por seu turno, o valor de determinada norma consiste na qualidade segundo a qual ela corrobora ou não com a “síntese de todos os valores fundamentais nos quais o direito deve se inspirar”.⁴³

Os binômios validade/invalidade e valor/desvalor (justiça/injustiça) das normas jurídicas são pares independentes entre si. O positivismo jurídico não nega a possibilidade de se haver uma norma válida e injusta, isto é, não desconsidera a hipótese de se valorar o Direito. Não obstante, advoga que essa análise valorativa extrapola o domínio da ciência jurídica,⁴⁴ devendo esta se resignar a apenas formular um juízo de validade das normas, avalorativo, relacionado apenas à sua existência jurídica.⁴⁵

No mesmo sentido do exegetismo purista do positivismo jurídico, consagrado pela Escola da Exegese na França, influenciou o dogmatismo alemão, reproduzindo uma visão do Direito voltado para si mesmo, isto

⁴¹ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Método e hermenêutica material no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 30.

⁴² AZEVEDO, *ibidem*.

⁴³ BOBBIO, *op. cit.*, 136-137.

⁴⁴ “Na medida que a formação jurídica se dá segundo o modelo dogmático-positivista, que se limita à descrição das instituições vigentes, interessando-se sobretudo pela lógica das proposições legais e dos conceitos jurídicos, não se avança na construção de um discurso jurídico capaz de conduzir à realização da justiça social” (AZEVEDO, *op. cit.*, p. 67).

⁴⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p. 137-138.

é, um Direito excessivamente preocupado com a sua pureza e com a tecnicização do saber jurídico.⁴⁶ A cientifização do Direito, o clamor pela neutralidade, a excessiva valorização da validade formal, a fetichização do discurso jurídico⁴⁷ e a interpretação exegética dos textos legais, legados do positivismo legalista (Escola da Exegese) e do positivismo formalista científico (Escola Histórica),⁴⁸ enveredaram para a construção de um Direito cego, alienado, descompromissado com a ética e com a justiça social.

Neste particular, torna-se possível vislumbrarmos a avaloratividade do Direito, difundida pelo positivismo jurídico, como uma anomalia do paradigma da modernidade, já que, pelo fato de ignorar o valor (justiça/injustiça) da norma, ela suscita uma crise de legitimidade do ordenamento jurídico. Ou seja, se num paradigma jurídico a anomalia reside na incapacidade de o Direito positivo regular a sociedade à qual se vincula, instaurando-se uma crise de legitimidade, denota dizer que na complexa sociedade hodierna, em que as diferenças materiais entre os indivíduos e os grupos sociais clamam por tratamentos diferenciados para que exista uma igualdade efetiva, não se pode mais resolver os problemas através das premissas propostas pelo paradigma juspositivista.⁴⁹

A preocupação enfática e exclusivista com o tema da validade da norma gerou uma tecnicização do saber jurídico e de sua prática, levando a um regime de verdadeira alienação, fomentada pela crença míope de operadores do Direito na cientificidade e neutralidade das decisões e interpretações jurídicas. Como repercussão dessa crença, é notável a flagrante indiferença social, justificada pela suposta irresponsabilidade dos atores do sistema jurídico para com os segmentos sociais marginalizados.

⁴⁶ "Nesta ótica, a perspectiva dogmática abrangeria de modo exclusivo o Direito, tornando-se irrelevantes, para fins práticos, as demais perspectivas ou dimensões do Direito, notadamente aquelas referentes à Filosofia e à Sociologia do Direito. Embora não sejam estas negadas explicitamente, terminam por ser consideradas como meros ornamentos da realidade dogmática imperialisticamente concebida, logo, sem utilidade real, pois se considera que o único trabalho realizado pelo jurista é o trabalho técnico-jurídico, isto é, o trabalho de conhecimento e aplicação do Direito Positivo, independentemente da valorização de seu conteúdo e da aferição dos efeitos de sua aplicação" (BOBBIO, *ibidem*, p. 51).

⁴⁷ "... 'fetichização do discurso jurídico', é dizer, através do discurso dogmático, a lei passa a ser vista como sendo uma lei-em-si, abstraída das condições (de produção) que a engendraram, como se sua condição-de-lei fosse uma propriedade 'natural'" (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 95).

⁴⁸ LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. *Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica*. Curitiba: Juruá, 2002. p. 101.

⁴⁹ "Essa concepção de Direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do Direito, que não quer assumir responsabilidade e riscos, e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam Juizes" (HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1968, p. 634 apud AZEVEDO, *op. cit.*, p. 122).

Sob essa ótica, observa-se que, a partir do positivismo jurídico, pressupôs-se na modernidade que o Direito deveria desconhecer o conhecimento social em razão de sua irrelevância e, a partir dessa ignorância, precisava construir uma epistemologia própria (um Direito puro, autorreferencial, fundado numa subjetividade epistêmica do Direito).⁵⁰ Essa concepção tende à fetichização do discurso jurídico, vendo-se o Direito como ser em si, composto por normas e conceitos autoexplicáveis, afastados dos fatos mundanos.

E nessa perspectiva, a dogmática teria como objeto exclusivamente o Direito positivo, não possuindo a menor importância, para fins práticos, as outras dimensões do Direito, mormente no que tange à filosofia e sociologia jurídicas. Em função da pressuposição de que o único trabalho desenvolvido pelo jurista é o técnico-jurídico (conhecimento e aplicação do Direito positivo), independentemente da valoração do seu conteúdo e dos seus efeitos, as demais perspectivas do Direito são relegadas a uma posição de irrelevância, sem qualquer utilidade real.⁵¹

4 O primado da lei como expressão do cientificismo jurídico moderno: a construção do princípio da legalidade no constitucionalismo do Estado Liberal

As premissas anteriormente expostas, adotadas pela filosofia juspositivista de matriz exegética — que alcançou, como visto, ampla repercussão no paradigma da modernidade — respaldaram com marcante expressão o suporte teórico que sustentou o modelo liberal de Estado, construído na Europa dos séculos XVIII e XIX. O constitucionalismo do Estado Liberal, por sua vez, abraçou-se nessa mesma perspectiva, atribuindo extrema valorização ao “primado da lei” como postulado fundamental.

O Estado Liberal burguês — uma das primeiras feições substantivas assumidas pelo chamado Estado de Direito — apreze com relevante destaque no contexto da Revolução Francesa, com o intuito de afastar as arbitrariedades do Estado, que interferia nas esferas jurídicas privadas dos cidadãos no Absolutismo e no Ancien Régime,⁵² e de controlar o poder político da Administração, de modo a garantir a liberdade e a igualdade

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000. p. 165.

⁵¹ AZEVEDO, op. cit., p. 51.

⁵² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999. p. 24.

formal entre os cidadãos.⁵³ Constrói-se sobre os alicerces da supremacia da lei em relação à Administração e aos direitos do cidadão⁵⁴ e da existência de juízes independentes com competência exclusiva para aplicar a lei de forma gramatical.⁵⁵

Com essa roupagem, o Estado Liberal de Direito volta-se à proteção individual dos direitos do cidadão frente à arbitrariedade da Administração, condicionando a autoridade estatal à liberdade individual mediante a proteção da lei,⁵⁶ já que “o princípio do primado da lei contraria frontalmente a constituição do direito de Antigo Regime, fundado na pluralidade de fontes e num controle genérico da jurisdição e justiça das sentenças”.⁵⁷ Esse modelo de Estado, por essa razão, é batizado por autores como Gustavo Zagrebelsky de “Estado Legislativo”, eis que a sua afirmação se dava através do princípio da legalidade.⁵⁸

No Estado Liberal a grande preocupação no tocante à proteção dos bens jurídicos dizia respeito à defesa do indivíduo contra as ingerências do próprio Estado, assegurando assim valores como a liberdade e a propriedade, os quais foram juridicizados na forma de direitos fundamentais, hoje ditos de primeira geração.⁵⁹ Os fundamentos desses direitos enraizavam-se na ideia de liberdade contra o Estado, cuja proteção —

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 47.

⁵⁴ Isso porque somente a lei era reconhecida como restrição legítima aos direitos e liberdades dos cidadãos. Cf. TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 30.

⁵⁵ Sobre tais fundamentos, presentes também no liberalismo português, atesta António Manuel Hespanha: “Reconhecemos facilmente neste paradigma os traços típicos da construção liberal de Estado, dominada pelas ideias de unidade da soberania e de primado da lei, cujas primeiras manifestações aparecem nos cultores do jus publicum iluminista. Ai, de facto, a potestas legislativa aparece como o primeiro officium Regis; e a justitia como uma actividade subalterna, incluída no conjunto de outras actividades dirigidas a fazer observar as leis. Se, antes, a iurisdictio era o pólo para que se orientava todo o governo, agora é este (com os seus objectivos próprios) que orienta e legitima a justiça” (HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António Manuel. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 384).

⁵⁶ “A racionalização liberal do Estado virá, assim, a surgir formalmente não só como vitória da Sociedade sobre o Estado — não obstante servir os objectivos de hegemonia política da burguesia —, mas também do Direito sobre o arbítrio, já que, através de uma particular concepção de divisão de poderes, a limitação do Estado se fazia essencialmente através de técnicas de natureza jurídica. Referimo-nos concretamente ao estabelecimento de um conjunto de órgãos (dos quais pelo menos um deriva da eleição nacional) com competências pré-determinadas constitucionalmente, no âmbito de uma divisão de poderes que consagra a supremacia do órgão legislativo (a representação popular) através do «império da lei» e da subordinação do executivo garantida pelo «princípio da legalidade»” (NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra. 233 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra, 1987. f. 69).

⁵⁷ HESPANHA, António Manuel. Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009. p. 60.

⁵⁸ A lei era tomada como ato normativo irresistível, não oponível a qualquer direito mais forte (ZAGREBELSKY, op. cit., p. 24).

⁵⁹ Norberto Bobbio, denominando tais direitos individuais de liberdades, define-os como direitos que “exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos” (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 21).

pensava-se — dar-se-ia através da lei geral e abstrata e da separação dos poderes estatais.

Segundo Jorge Reis Novais, toda a caracterização liberal do Estado de Direito se baseia, em última análise, numa clivagem entre Estado e sociedade, fundada em três separações: “a) a separação entre política e economia, segundo a qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida económica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado; b) a separação entre o Estado e a Moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coacção externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autónoma do indivíduo; c) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e económicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias regras”.⁶⁰

Tais pressupostos acabaram por exercer forte influência sobre a maneira de pensar o Direito — seus baldrames, seus objetivos, sua forma de criação, aplicação e instrumentalização — e o Estado — sua justificação, sua estrutura, sua forma de organização, sua legitimidade — rendendo ensejo à formação do paradigma do Estado Legislativo. Consolidou-se assim, um conjunto de crenças, valores, conceitos, técnicas e teorias, que passou a ser compartilhado pela comunidade jurídica.

O paradigma do Estado Legislativo consolidou-se na conjuntura da Revolução Francesa, durante o denominado “período legislativo” ou “primeiro positivismo”, cujo ápice se alcançou no século XIX.⁶¹ Como já se pôde observar, a vertente filosófica juspositivista de matriz exegética, vinculada aos ideais burgueses de liberdade e igualdade, impõe o “princípio da onipotência do legislador”,⁶² fundado em uma concepção estanque da separação de poderes, confiando ao Parlamento a função de

⁶⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra. 233 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra, 1987. f. 52.

⁶¹ TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 29.

⁶² “Lo que predominaba eran los dogmas de la soberanía absoluta del Estado y del legislador, así como toda la racionalidad y justicia de las leyes, razón por la cual toda la legislación producida por el Poder Político tenía que ser aplicada por el Juez (Poder Judicial) sin cuestionar nada (se trataba de un claro positivismo legalista)” (MARTÍN, Nuria Belloso. El control democrático del poder judicial en España. Curitiba: Universidad de Burgos; Moinho do Verbo, 1999. p. 10).

produzir a lei, à qual estariam rigorosamente subordinados o Executivo e o Judiciário.⁶³

Essa valorização da lei como fonte única do Direito deve ser compreendida à luz do contexto histórico em que abrolhou — e este é o principal escopo deste estudo. No quadro das revoluções burguesas, a lei geral e abstrata significava a própria garantia da liberdade, visto que, a uma, a representação política (sufrágio censitário, autonomia dos representantes e mandato representativo) garantia supostamente a participação igualitária de cada um na formação da vontade geral e, a duas, a separação dos poderes assegurava a previsibilidade da ação do Estado e a defesa dos direitos individuais contra intervenções arbitrárias.⁶⁴

A lei era concebida como um quadro formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade,⁶⁵ consistindo numa limitação à liberdade individual, para que a própria liberdade pudesse ser usufruída por todos — liberdade essa que, nas palavras de Hespânia, “concretizava-se em quase tudo aquilo que vem à baila quando se fala da liberdade do liberalismo: coisas como a liberdade de pensamento e da sua comunicação, a liberdade de imprensa, a liberdade de indústria (ou actividade), a abolição das penas bárbaras e cruéis, a liberdade de petição ou de queixa contra as autoridades, a inviolabilidade do domicílio, a liberdade de culto (...)”.⁶⁶ Se fosse formulada mediante os processos formais exigidos para a sua elaboração, garantindo-se a sua criação pelos representantes do povo, não haveria como se ter uma lei injusta,⁶⁷ “pois, sendo cada um legislador, ninguém seria injusto para si próprio”.⁶⁸ Ressalte-se que à época do Estado Liberal — especialmente na França — a lei era produto da vontade de um parlamento homogêneo, composto apenas por representantes da burguesia, onde não havia confronto ideológico.⁶⁹

Todavia, a evolução teórica e política dirigiu-se rumo a veredas inesperadas, compreendendo o Estado de Direito como mero Estado Legal, erodindo o seu conteúdo axiológico.⁷⁰ Nesse influxo, parte do século XIX

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crises, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 52.

⁶⁴ NOVAIS, op. cit., p. 69.

⁶⁵ NOVAIS, *ibidem*, p. 89.

⁶⁶ HESPÂNHA, António Manuel. Guiando a mão invisível: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004. p. 87.

⁶⁷ PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 65.

⁶⁸ NOVAIS, op. cit., p. 87.

⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41.

⁷⁰ PALU, op. cit., p. 65.

caracterizou-se por uma definição exclusivamente formal deste modelo estatal, fundada na autoridade do Estado e na fixação dos limites de sua atividade, bem como da esfera de liberdade dos cidadãos, conforme o ordenamento jurídico por ele próprio estabelecido.⁷¹ O Estado de Direito, sob essa perspectiva, poderia resumir-se em uma fórmula vazia de conteúdo substantivo do ponto de vista político-constitucional, sem qualquer orientação direcionando seus fins e suas ações, desde que observadas as formalidades do processo de criação da lei.⁷² Não foi por outra razão que esta mesma fórmula de Estado, carente de conteúdo substancial, pôde ser utilizada no século XX nos totalitarismos entreguerras para legitimar práticas perversas, injustas e arbitrárias sob o manto da legalidade.

A lei torna-se uma ferramenta a ser usada pelo governante, que impõe a sua vontade, as suas opções, e não necessariamente a dos eleitores; ela deixa de ser compreendida inocentemente como fruto da vontade geral do povo, e passa a representar as vontades da classe hegemônica que conquista as maiorias parlamentares e dos grupos de pressão que atuam nos bastidores do parlamento.⁷³

O papel das Constituições, nessa conjuntura, era essencialmente político e desprovido de força jurídica. Suas disposições expressavam diretrizes carentes de normatividade e subjugadas ao império da lei, fonte por excelência do Direito, num Estado que mais do que “legislativo” poderia ser qualificado como “legalista”. Até meados do século XX, as Constituições europeias dirigiam-se em especial ao Poder Legislativo e a Constituição não era tratada como norma jurídica.⁷⁴ ⁷⁵ Como lhe era negado o caráter normativo, a Constituição e a teoria da separação dos poderes conviviam sem maiores conflitos, já que suas disposições possuíam

⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 22.

⁷² CLÈVE, op. cit., p. 23.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41.

⁷⁴ “A doutrina constitucional tradicional nega às normas constitucionais abertas o status normativo. Considera-as lembretes, recados para o legislador” (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 145).

⁷⁵ O modelo constitucional norte-americano, por sua vez, já apresentava desde o séc. XIX a Constituição como norma jurídica suprema. Sobre as distinções entre o sistema de justiça constitucional recepcionado pela Europa no século XX e o sistema do judicial review norte-americano, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985. p. 56-60 e TAVARES, op. cit., p. 49-56. Ver, ainda, CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 65-100 especialmente.

em geral cunho organizatório ou jurídico-processual.⁷⁶ Os direitos fundamentais, por seu turno, eram encarados como meras declarações que demandavam legislação integrativa para produzir força normativa.⁷⁷

Ocorre que, como as leis tornaram-se resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, a falta de um parâmetro substancial capaz de impor a observância de determinados valores essenciais abriu espaço para a criação de leis obtusas, nebulosas e egoístas, desprezando os direitos mais básicos e indisponíveis.⁷⁸ A reação a tais distorções manifestou-se através de uma nova compreensão do fenômeno jurídico e dos contornos do Estado.

Com a transformação da concepção de Direito, que deixa de se enraizar na cientificidade propagada pelo paradigma da modernidade e passa a se fundar em alicerces axiológicos, a proteção dos valores sociais, juridicizados na forma de princípios de justiça, começa a se realizar através da sua positivação no texto constitucional, cuja nova roupagem mostra-se apta a lhes emprestar maior efetividade. Isso porque, na segunda metade do século XX, na Europa continental e paulatinamente nos demais países de sistema jurídico romano-germânico, as disposições constitucionais assumiram força jurídico-normativa,⁷⁹ deixando de ser entrevistas como meras aspirações políticas. Não só adquiriram imperatividade, como também foram alçadas à posição de norma jurídica suprema,⁸⁰ erigindo-se ao patamar de maior hierarquia entre as fontes do Direito.⁸¹ Inverte-se a relação de subordinação entre a lei e a Constituição, tornando-se aquela subordinada aos dispositivos desta, passando-se de um Estado Legislativo para um Estado Constitucional.

Supera-se, desse modo, a redução do Direito ao que está disposto na lei, como queria positivismo jurídico, razão pela qual o Estado

⁷⁶ PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 167.

⁷⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 22.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 41.

⁷⁹ "A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas" (HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15).

⁸⁰ Agustín Gordillo, ao referir-se à Constituição como lei fundamental do Estado, afirma ser ela "algo mais que um simples programa de governo ou expressão de desejos; é como seu nome indica, uma verdadeira lei: porém, ainda mais, é uma lei superior ao denominador comum das leis" (GORDILLO, Agustín. Princípios gerais de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 94).

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, p. 84, 2005.

Constitucional não constitui uma continuação do Estado Legislativo, mas uma transformação que afeta a própria concepção de Direito.⁸² Afasta-se dos dogmas da cientificização do Direito e da sua indiferença para com os valores éticos da sociedade, comprometendo-se a sua criação com o conteúdo valorativo plasmado nas Constituições. E a lei, pela primeira vez, submete-se a uma relação de adequação e subordinação aos princípios jurídicos situados em um patamar hierarquicamente superior, estabelecido pela Constituição.

António Manuel Hespanha, constatando que o alargamento no âmbito da ação estatal acabou por subverter os pressupostos liberais — de não intervenção do Estado na esfera jurídica individual — que deram ensejo ao estabelecimento do paradigma legalista, denuncia “a não correspondência entre a permanência deste primado e a situação de hoje vigente”.⁸³ E é justamente nessa falta de correspondência que reside a “crise da lei”, enunciada no início do presente estudo.

Outro avanço foi possibilitado por esta nova concepção da Constituição: superou-se a redução da justiça à lei, promovida pelo positivismo jurídico no século XIX. Esta corrente filosófica, ao refutar a existência de diferentes níveis de Direito, obstaculizava a possibilidade de se realizar uma distinção entre a lei e a justiça no plano jurídico — tal diferenciação só seria admitida no domínio da Ética. Assim como os direitos eram determinados pela lei, a justiça era traduzida pelos enunciados legais.⁸⁴

A Constituição tomou para si a tarefa de fixar princípios de justiça material,⁸⁵ destinados a informar todo o ordenamento jurídico. Esses princípios que durante muito tempo não passaram de proclamações sem nenhuma incidência jurídica prática começam a ser previstos constitucionalmente como objetivos a serem necessariamente perseguidos pelo Poder Público,⁸⁶ não apenas no sentido negativo de impedir, de abster-se, mas também no de promover, de empregar suas forças positivamente para concretizá-los.

Nessa nova configuração da Constituição, a efetivação das suas disposições torna-se verdadeira realização da justiça, eis que a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais (que nada mais são que

⁸² ZAGREBELSKY, op. cit., p. 33.

⁸³ HESPANHA, António Manuel. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 22.

⁸⁴ ZAGREBELSKY, ibidem, p. 96.

⁸⁵ ZAGREBELSKY, ibidem, p. 93.

⁸⁶ ZAGREBELSKY, op. cit., p. 94.

a expressão de valores e necessidades consensualmente reconhecidos por determinada comunidade) transforma o Poder Constituinte e a própria Constituição em autêntica “reserva de justiça”.⁸⁷ Por isso mesmo, não se trata de substituir a superioridade da lei pela supremacia da Constituição, mas sim de aquilatar conteúdo valorativo ao princípio da legalidade, que deixa de ser formal e se torna substancial.

A validade da lei não mais se funda apenas na sua forma, na observância do seu procedimento de elaboração, mas aos princípios de justiça material albergados pelo ordenamento constitucional. Os valores assumem importância na apreciação da lei, que só poderá ser aplicada se seu conteúdo estiver de acordo com os ditames valorativos e principiológicos da Constituição — deixou-se de examinar unicamente a legalidade da norma, analisando-se igualmente a sua justiça e legitimidade.

São históricas as razões pelas quais as Constituições da segunda metade do século XX passaram a albergar expressamente os valores compartilhados pela sociedade sob a forma de opções políticas e programas de ação dirigidos aos poderes públicos.⁸⁸ As experiências totalitárias experimentadas no período entreguerras, como o nazismo alemão e o fascismo italiano, desencadearam um processo de superação do positivismo jurídico e o retorno à ideia de valores. Os reflexos nas Constituições foram inevitáveis, engendrando de um lado a introdução de valores fundamentais orientadores da organização política, e de outro a criação de objetivos dirigidos à atuação política do Estado, com a finalidade de realizar esses valores.⁸⁹

Assim, nos Estados Constitucionais do Ocidente, mormente após as barbaridades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, os textos constitucionais abrem-se a princípios e valores, adquirindo elevada carga axiológica, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana, que recebeu tratamento privilegiado, formando a base antropológica sobre a qual se edificaram tais ordenamentos. O princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se paradigma e referencial ético, norteando o constitucionalismo contemporâneo e dando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido.⁹⁰

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69.

⁸⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 18-19.

⁸⁹ BARCELLOS, op. cit., p. 24.

⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-12.

Desta sorte, o primado da lei como postulado absoluto cede a uma gama de outros valores, plasmados nos textos constitucionais dos Estados hodiernos sob a forma de princípios jurídicos, exigindo-se a mitigação da sua aplicação, a qual deve subordinar-se à realidade concreta em que estiver inserida, podendo ser afastada em face da necessidade de se garantir outros interesses, juridicamente relevantes, igualmente compreendidos no tecido constitucional. Não se pode, assim, empregar o princípio da legalidade tal qual foi concebido em sua construção originária no constitucionalismo oitocentista, impondo-se, portanto, a sua adequação às transformações operadas na concepção de Constituição dos Estados Democráticos contemporâneos.

The Modern State, the Scientific Construction of Law and the Principle of Legality in the Nineteenth-Century Liberal Constitutionalism

Abstract: This article aims to identify the roots of legalism as a juridical rationality in the modern State and the primacy of law as a principle of the nineteenth-century liberal constitutionalism, allowing to reflect on the gap between the use nowadays of a juridical category historically constructed, without the imperative rethinking of its foundations, consequences and constraints.

Key words: Modern state. Juridical scientism. Principle of legality. Nineteenth-century liberal constitutionalism.

Referências

- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Método e hermenêutica material no direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 240, 2005.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: CARVALHO FILHO, Carlos Henrique de (Org.). Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho: o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1985.

GORDILLO, Agustín. Princípios gerais de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. Guiando a mão invisível: direitos, Estado e lei no liberalismo monárquico português. Coimbra: Almedina, 2004.

HESPANHA, António Manuel. Hércules confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009.

HESPANHA, António Manuel. Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução. In: HESPANHA, António Manuel. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, António Manuel. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, António Manuel. Lei e justiça: história e prospectiva de um paradigma. In: HESPANHA, António Manuel. Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Hermenêutica e direito: uma possibilidade crítica. Curitiba: Juruá, 2002.

LUDWIG, Celso Luiz. A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enríque Dussel. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARTÍN, Nuria Belloso. El control democrático del poder judicial en España. Curitiba: Universidad de Burgos; Moinho do Verbo, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra. 233 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra, 1987.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle dos atos de governo pela jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial: e para além de um e outro. In: CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS, 8., Coimbra, 16 a 18 set. 2004. Texto apresentado na conferência de abertura. Disponível em: <http://www.ces.fe.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário: crises, acertos e desacertos. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 1999.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HACHEM, Daniel Wunder. O Estado moderno, a construção cientificista do Direito e o princípio da legalidade no constitucionalismo liberal oitocentista. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 199-219, out./dez. 2011.

Recebido em: 08.08.2010

Aprovado em: 15.12.11