

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP**

Ricardo Regis Laraia

A dupla face do princípio da legalidade

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Ricardo Regis Laraia

A dupla face do princípio da legalidade

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Renan Lotufo.

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

Há muito que agradecer: ao meu pai, por incentivar o estudo; ao professor Renan Lotufo, pela oportunidade de dedicar-me à Teoria Geral do Direito; a todos que estiveram a meu lado nesse longo caminho, pela inestimável ajuda que me foi provida; e, sobretudo, a Deus, por absolutamente tudo.

Ao meu filho, Ricardo, cujas brincadeiras da infância eu subtraí e jamais poderei devolver. E à Ivone, pelo amor a despeito de meu espírito inquieto e imprevisível.

Resumo

O inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal estabelece que: “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Ele expressa o que se conhece por *princípio da legalidade*. Fruto do chamado *Estado de Direito*, acompanhou as transformações políticas, econômicas e sociais, bem como o desenvolvimento da Teoria e da Filosofia do Direito. Compreendê-lo exige que seja promovido um retrospecto das principais escolas e correntes de pensamento jurídico dos últimos séculos. O escopo dessa empreitada é demonstrar que, no contexto atual, o princípio da legalidade tem dupla face. No Direito Público, ainda representa os ideais de liberdade e de igualdade originários do Iluminismo, mas de diferentes modos, conforme se trate de Direito Constitucional, Penal, Tributário ou Administrativo. Porém, no Direito Privado, o princípio representa a liberdade condicionada pela ética e moral conduzidas pela lei, ou seja, a liberdade guiada pela fraternidade. Este estudo é empreendido exclusivamente com base em pesquisa bibliográfica. Envolve História, Economia, Sociologia, Filosofia e Direito. As primeiras partes são voltadas à investigação da origem e da evolução do princípio da legalidade. As últimas partes são dedicadas ao exame do princípio na atualidade. Ao final, as conclusões são lançadas a guisa de síntese.

Palavras-chave: Legalidade. Princípio. História. Conteúdo.

Abstract

Item II Article 5 of the Federal Constitution of Brazil states that: “*no one is compelled to do or not do anything if not according to the law*”. It expresses what is known as *the principle of legality*. As a fruit of the so-called *State of Law*, it has followed political, economical and social transformations, as well as the development of Law Theory and Philosophy. Understanding it demands a retrospective understanding of the major schools and trends of judicial thought of the last centuries. The scope of this undertaking is to demonstrate that, in the actual context, the *principle of legality* has two faces. In Public Law, it still represents the ideals of freedom and equality originated in the Age of the Enlightenment, but in different modalities as it approaches Constitutional, Criminal, Tax or Administrative Law. However, in Private Law, the principle represents liberty conditioned by ethics and morality as conducted by law, in other words, liberty guided by fraternity. This study is exclusively based on library research. It involves history, economics, sociology, philosophy and law. The first parts are focused on the investigation of the origin and evolution of the principle of legality. The final parts are dedicated to the analysis of the principle in present time. At the final part, the conclusions are presented in synthesis.

Keywords: Legality, Principle, History, Content.

Sumário

Introdução.....	9
Princípios e regras	15
Lei e ordem: o “princípio normativo”	19
Princípio da legalidade: origens	26
Origem filosófica	26
Origem política	54
Origem econômica.....	63
Positivismo e Neopositivismo: lei onipresente e redução da legalidade	69
Codificação e positivação do Direito.....	69
Sociedade industrial e bem-estar social	80
Neopositivismo jurídico e redução da legalidade	84
Pós-Positivismo: a restauração da legalidade	91
Lacunas jurídicas	91
Declínio do Positivismo jurídico	97
Princípio da legalidade no Direito Contemporâneo.....	106
Princípio da legalidade no Direito Público	106
Direito Constitucional.....	109
Direito Penal	111
Direito Tributário.....	114
Direito Administrativo	116
Princípio da legalidade no Direito Privado.....	121
Princípio da legalidade nas Constituições brasileiras	132
Princípio da legalidade nas Constituições estrangeiras	142
Conclusão: a dupla face do princípio da legalidade.....	157
Bibliografia.....	165

Introdução

O inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal estabelece: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Ele expressa aquilo que se conhece por *princípio da legalidade*.

Fosse tomado em sua literalidade, poderia significar que apenas a lei regeria condutas. Representaria também que o sistema normativo seria fechado e não admitiria a existência de normas que não emanadas de fontes legais. E, ainda, que o sistema seria completo, não haveria lacunas, todos os comportamentos possíveis seriam autorizados ou determinados por lei: aqueles não regulados não seriam obrigatórios (“*ninguém será obrigado a fazer alguma coisa...*”), nem seriam proibidos (“*ninguém será obrigado a deixar de fazer alguma coisa...*”). Interpretações equivocadas, sem dúvida.

A Ciência do Direito não mais aceita essas proposições: a) Somente a lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo; b) O ordenamento jurídico é fechado; e, c) O ordenamento jurídico é completo. Todavia, houve tempo em que todas ou parte delas foram reputadas verdadeiras, do que resultaram diferentes concepções daquele princípio no curso da história.

Fruto do chamado *Estado de Direito*, tal princípio acompanhou *pari passu* as transformações políticas, econômicas e sociais, bem como o desenvolvimento da Teoria e da Filosofia do Direito. Compreendê-lo exige que seja promovido um retrospecto das principais escolas e correntes de pensamento jurídico dos últimos séculos.

O escopo dessa empreitada é demonstrar que o princípio contido do inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal evoluiu e se manifesta de modo distinto nos diversos ramos da Ciência Jurídica.

A guisa de exemplo, o Código Penal brasileiro estabelece em seu artigo 1º que não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal (*nullum crimen nulla poena sine previa lege*); de modo semelhante, o inciso I, do artigo 150, da Constituição Federal brasileira veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributos sem previsão em lei. Portanto, em matéria criminal ou tributária só a lei em sentido estrito (reserva legal) pode considerar criminosa determinada conduta e imputar-lhe sanção, bem como instituir tributo não existente ou aumentar tributo já existente. Nenhum comportamento pode ser reputado crime, como nenhum fato pode ser tributado, se não houver previsão em lei. Nesse aspecto o ordenamento é fechado e completo.

Em sentido diverso, o § 2º, do mesmo artigo 5º da Constituição dispõe: *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*. Por conseguinte, admite que direitos e garantias possam ser estabelecidos por princípios constitucionais ou por tratados internacionais firmados pelo país, e não somente por lei.

De outra sorte, o artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decr.-lei 4.657/42), o artigo 126 do Código de Processo Civil e o artigo 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, prevêm a existência de lacunas e autorizam que possam ser colmatadas por decisão judicial. Além disso, o mesmo artigo da Lei de Introdução ao Código Civil e o artigo 337 do Código

de Processo Civil permitem que lides sejam julgadas com fundamento em costumes. Isso representa que em determinados pontos o ordenamento é aberto e incompleto, e que certas condutas não são ditadas por lei, exclusivamente.

É certo que se pode afirmar que a autorização legal do uso dos costumes reafirma a tese de que o sistema é fechado e completo: embora o costume obrigue imediatamente, é a lei que mediatamente ordena segui-lo; ela que é obedecida em última instância. Mas também se pode argumentar que as lacunas existem a despeito das incontáveis normas legais e costumeiras ou dos princípios, porque a complexidade das relações sociais constitui um obstáculo intransponível para a regulamentação exaustiva das infinitas possibilidades de comportamentos e conflitos. Discussão estéril e de certo modo ultrapassada.

Interessa, sim, notar que a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, contida no dispositivo constitucional, tem conotação diversa quando se cuida de direitos desta ou daquela categoria. Nos exemplos dados do Direito Penal e do Direito Tributário, as proposições “*somente a lei pode obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo, o ordenamento é fechado e o ordenamento é completo*”, são válidas. Mas nas menções feitas ao Direito Civil e do Trabalho, tais proposições são inválidas, no todo ou parcialmente. Não por acaso, o Direito Penal e o Direito Tributário pertencem ao ramo que se convencionou denominar Direito Público; e o Direito Civil e do Trabalho pertencem ao denominado Direito Privado.

No Direito Público, o princípio da legalidade – leia-se a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em*

virtude de lei” – atinge toda sua força. Resulta da proteção do indivíduo em face do Estado. Mas, constitui mero princípio, e não uma regra ou um axioma. Como modelo ou *standard*, tem exceções.

Não obstante o Código Penal afirme o império da lei ao não permitir a escusa por desconhecimento (erro de direito), seu artigo 21 dispõe que o erro inevitável sobre a ilicitude do fato isenta de pena, bem como o erro evitável importa em diminuição da sanção de um sexto a um terço. Além disso, a doutrina admite o uso de analogia *in bonam partem*, o que denota alguma abertura.

De outro lado, o artigo 108, do Código Tributário Nacional consente a interpretação das normas tributárias mediante o uso da analogia, dos princípios e da equidade, embora com séria restrição às lacunas.

Em sentido oposto, o Direito Administrativo é repleto delas e em muitas situações os atos da administração são regidos por princípios ou pela aplicação de regra analógica ou, ainda, pela equidade.

Portanto, em circunstâncias excepcionais o fechamento e a completude dos sistemas de normas legais de ordem penal, tributária ou administrativa são relativos.

Se a abertura do sistema e a existência de lacunas são admitidos apenas excepcionalmente na regulação das relações entre os indivíduos e o Estado, vale dizer, no âmbito do Direito Público, nas relações entre os próprios indivíduos, regida pelo Direito Privado, a pluralidade das fontes normativas constitui regra, e não exceção. Neste ramo admite-se abertamente que a legislação é lacunosa. Assim prevêm os mencionados artigos 4º, da Lei de

Introdução ao Código Civil (Decr.-lei 4.657/42), 126 e 127 do Código de Processo Civil e 8º, da Consolidação das Leis do Trabalho, dentre outros dispositivos legais.

Vê-se, pois, que o princípio da legalidade assume diferentes contornos nas relações entre particulares e o Estado (Direito Público) e entre particulares e particulares (Direito Privado). O que é compreendido quando se conhecem os caminhos percorridos pelo Direito na história moderna e contemporânea.

A importância dessa demonstração é evidente: é preciso ter noção do significado do princípio no âmbito de tais relações, a fim de que o inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal seja interpretado adequadamente. Mesmo porque não se cuida de simples regra de direito, mas de garantia fundamental.

Este estudo é empreendido com base em pesquisa exclusivamente bibliográfica. Como avança por período histórico e por matérias abrangentes, a bibliografia é inesgotável em qualquer das áreas de conhecimento envolvidas: História, Economia, Sociologia, Filosofia e Direito. Foram selecionadas obras destas últimas, consideradas influentes ou redigidas por aqueles cujo pensamento adequa-se à demonstração pretendida, de maneira que nem todas as escolas ou correntes encontram-se representadas. Infelizmente, o risco da omissão não pode ser afastado.

As primeiras partes deste estudo são voltadas à investigação da origem e da evolução do princípio da legalidade. Não se pode compreender o seu alcance e significado sem conhecer-lhe a gênese e o desenvolvimento. Como diz Carl J. Friedrich:

...acredito que a história – em especial a história do pensamento – contém um desígnio e que as sucessivas Filosofias do Direito consubstanciam fases progressivas de conhecimento, parcelas da verdade que procuramos¹.

As últimas partes são dedicadas ao exame do princípio na atualidade. Ao final, as conclusões são lançadas a guisa de síntese.

¹ *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, p. 23.

Princípios e regras

Como se cuida aqui de princípios e regras, convém distingui-los. Já se disse que é mais fácil dissertar sobre eles do que defini-los, o que é verdade. Muitos já se propuseram a determinar-lhes os contornos, alguns com menor, outros com maior sucesso. Por ora, não se pretende dizer o que são ou o deixam de ser, mas apenas assinalar as diferenças entre uns e outros e tecer algumas considerações.

Alexy afirma que princípios são *mandados de otimização*, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e cujo cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas, diversamente das regras, que podem ser cumpridas, ou não².

Para Dworkin, princípios constituem padrões que devem ser observados, por assegurarem uma situação econômica, política ou social considerada desejável, ou por exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Diferentes das regras, encontram-se em um plano mais elevado, como *standards* ou modelos impregnados de valores; por isso, são mais abstratos e não determinam condutas específicas, mas padrões gerais a serem seguidos.

Por outro lado, regras e princípios distinguem-se do ponto de vista lógico, pois elas são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada: “Dados os fatos

² *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 86-87. No original: “los principios son **mandatos de optimización**, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida devida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas” e “las **reglas** son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”.

que uma regra estipula, então ou uma regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”; já os princípios “não apresentam conseqüências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas”.

Além disso, os princípios possuem dimensão de peso ou importância que as regras não têm: quando os princípios colidem, é necessário considerar a força relativa de cada um, tomando um deles em maior consideração, sem abandonar ou invalidar o outro; diferente das regras, cujo conflito resulta na invalidação de uma delas, conforme as soluções estabelecidas em cada ordenamento.

Por fim, as regras são validadas ou invalidadas por outras regras de reconhecimento, ao passo que os princípios não dispõem de critério de validação³.

Embora bem elaborada, não há consenso a respeito de tal distinção. Em resposta à crítica de Dworkin sobre a pouca atenção por ele dada aos princípios, Hart diverge dessa diferenciação e a contesta enfaticamente com argumentos muito bem analisados de Genaro Carrió⁴. Entende Hart que princípios e regras distinguem-se por dois aspectos. O primeiro, diz ele, é uma questão de grau: os princípios são mais extensos e gerais e menos específicos que as regras. O segundo refere-se a que os princípios estabelecem certo objetivo, finalidade ou valor, e, por esse motivo, a partir de certo ponto de vista são encarados como desejáveis de manter ou de ser objeto de adesão⁵.

³ *Levando os direitos a sério*, p. 36-43.

⁴ *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p. 203-234.

⁵ *O conceito de Direito*, p. 321-331.

O embate entre ambos é interessante à medida que se contrapõem o positivismo de Hart ao antipositivismo de Dworkin e se vê que, sobre a distinção entre princípios e regras, eles não diferem substancialmente. Nem poderiam, porque, como diz Carrió, para admitir os princípios o Positivismo tem de maquiá-lo de tal maneira que se torna irreconhecível⁶.

De qualquer modo, é prudente assinalar que há princípios de variados matizes: desde os mais abrangentes e abstratos princípios gerais de direito, até os peculiares às diversas disciplinas jurídicas ou a seus respectivos institutos. Há também os de maior ou de menor permanência no tempo: muitos resistem por milênios e ainda são atuais; outros duram alguns séculos ou décadas e logo se esvaem.

Parece haver relação entre esses dois elementos – abrangência e duração, na medida em que os de grau elevado dispõem de mais resistência, quiçá alguns sejam imutáveis, ao passo que os de grau inferior mostram-se passíveis de ser modificados ou superados pelos acontecimentos e pela legislação. É curial que assim seja, uma vez que os primeiros comportam valores substanciais dificilmente alteráveis, enquanto os segundos suportam valores superficiais e de menor durabilidade.

É certo, ainda, que os princípios não são criados, mas descobertos, extraídos das relações sociais. São identificados e trazidos à luz pelos juristas a partir dos fatos econômicos, sociais, políticos e jurídicos que os cercam. Por isso, não são sujeitos a regras de validade ou reconhecimento.

Mas não devem ser banalizados. Conforme Pontes de Miranda:

⁶ *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p. 233-234.

Ninguém deve improvisar princípios jurídicos, como ninguém pode fazer regras econômicas, políticas ou morais. É com tijolo que se constroem casas, e não com palavras. É das realidades que se tiram os princípios, de modo que entre as leis e eles pode haver paralelismo e a ineficácia daquelas será proporcional à discordância entre uns e outros⁷.

⁷ *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, Tomo IV, p. 232-233.

Lei e ordem: o “princípio normativo”

Pontes de Miranda afirma que onde há espaço social há Direito, e que, se por alguma razão dois ou mais homens fossem isolados da ação social do Estado, germinaria um novo Direito sob a forma rudimentar e primitiva de regras inconscientes e costumeiras, ou soluções violentas da nova comunidade⁸. Dennis Lloyd examina de maneira muito interessante essa questão concernente à necessidade da lei, e conclui:

A idéia de que a sociedade humana, em qualquer nível que se considere, poderia concebivelmente existir com base em que cada homem deve simplesmente fazer aquilo que julga estar certo nas circunstâncias particulares, é por demais fantasiosa para merecer uma análise séria⁹.

Mas Capella contesta enfaticamente essa tese, sustentando que o adágio latino *ubi societas, ibi jus* é “redondamente falso”, e não passa de crença arraigada entre certos setores de juristas e desmentida por documentos da história e da antropologia. A seu ver, a existência de direito e de poder político constitui um simples fenômeno histórico¹⁰, no que tem razão em parte. De fato, o Direito como instituição é mesmo uma manifestação da cultura e próprio de determinadas sociedades, em especial as providas de certo grau de desenvolvimento. Contudo, Direito e regras não se confundem: há regras de todo tipo, algumas jurídicas e outras não. E antes mesmo de surgir o Direito, é comum encontrar-se regras de comportamento.

⁸ *Sistema de Ciência Positiva do Direito*, Tomo I, p. 116.

⁹ *A idéia de lei*, p. 18-19.

¹⁰ *Fruto proibido*, p. 16-18.

A noção de que as normas postas pela autoridade divina ou humana, ou mesmo estabelecidas diretamente pela comunidade, devem regular as relações sociais relevantes é demasiadamente antiga e pode ser observada não só pela existência de legislação escrita há longa data, como o Código de Hamurabi (2067-2025 a.C.), o Código de Manu (entre 1300 e 800 a.C.) e a Lei das XII Tábuas (451 a.C.), mas por toda uma série de tradições orais que, no todo ou em parte, foram compiladas e preservadas ou perderam-se no tempo. O impulso de regulamentar as relações sociais pode ser constatado nas mais simples e primitivas aldeias de povos sedentários ou nômades do passado, e também nas complexas e avançadas sociedades do mundo atual. A edição de normas é indispensável à organização e ao desenvolvimento dos povos e da civilização.

Não há dúvida da importância das leis verbais ou escritas na evolução das sociedades e sobre o papel desse instrumento de regulação da convivência humana. A despeito disso, não se sabe quando e onde teve início a idéia de se editarem normas gerais com o fito de reger condutas. É comum afirmar-se que a normatização é inerente à espécie, uma vez que a coexistência de indivíduos implica inexoravelmente o estabelecimento de regras. Aos adeptos do Direito Natural, é concedido dizer que o estabelecimento de regras é uma de suas manifestações, pois não se conhece sociedade que tenha existido sem elas.

O fato é que em todos os grupos há regras expressas ou tácitas, verbais ou escritas, postas ou costumeiras: nas tribos isoladas, nos bandos criminosos, nas comunidades civis ou religiosas, nas salas de aulas, nas organizações empresariais, nos condomínios residenciais ou comerciais, nas cidades, nos países etc.

Noutra análise verdadeiramente interessante sobre a natureza do homem e a suposta influência das forças do mal, Dennis Lloyd questiona a necessidade das leis, refuta a tese da bondade inata e afirma: “O reconhecimento de que mesmo na mais simples forma de sociedade é necessário algum sistema de regras parece quase inevitável.”¹¹. Lloyd também está certo: como no esporte, a vida em sociedade pressupõe a existência de normas que disciplinem a conduta dos indivíduos, sem que haja exceção, salvo a utopia anarquista.

Mas, como dito, nem todas as regras de conduta social são jurídicas. Estas que constituem objeto do presente estudo¹² são aquelas que o Direito como instituição reconhece, variam em quantidade e complexidade na medida em que, quanto mais intrincadas as relações sociais, maior a tendência à regulamentação dos comportamentos individuais e do funcionamento do grupo.

Porém, não há relação necessária entre o tamanho da sociedade e o número de regras produzidas no seu âmbito. Isso depende de múltiplos e intrincados fatores, dentre os quais o modelo jurídico adotado (predominantemente legislado ou predominantemente costumeiro), a cultura de seus povos (maior ou menor tendência à normatização), o regime político (monarquia, aristocracia, república), o nível de participação popular (democracia, ditadura), o grau de adesão às regras (maior ou menor eficácia social), etc.

Também variam os tipos de normas jurídicas: as oriundas do costume, as constantes de leis postas pelo parlamento ou pelo soberano, as resultantes

¹¹ *A idéia de lei*, p. 1-19.

de assembleias gerais, de contratos coletivos, etc. Difere até a estabilidade normativa das sociedades, tanto em épocas determinadas, quanto no decorrer da história. Mario Bretone aponta a variação e a adaptabilidade do Direito nas sociedades modernas, a despeito de sua positivação, em contraste com a “firmeza sagrada” dos sistemas jurídicos das sociedades não modernas ou pré-modernas, muito mais resistentes às transformações, porque legitimadas pela tradição¹³. O que também é correto, pois a dinâmica da modernidade exige alterações normativas freqüentes, em contraste com a estática das relações antigas e medievais regidas por costumes e regras dificilmente modificados.

Por sua vez, a edição de normas não implica necessariamente a adesão da sociedade ou, pelo menos, da maioria de seus integrantes. Normas existem com maior ou menor eficácia social, dependendo das circunstâncias de ordem política, cultural e moral, dentre outros.

Por esse motivo, a existência de um princípio que norteia sua edição não representa, de nenhum modo, que a regulação das condutas em sociedade resulte sempre na obtenção dos comportamentos desejados. Certamente, a finalidade é esta. Porém, atingi-la exige inteligência e esforço de parte do poder constituído, o que dista bastante da prática brasileira de se editarem normas desvinculadas da realidade e de aplicação duvidosa ou impossível. Como pais, que às vezes se iludem pensando que educam os filhos dando-lhes ordens sem razão ou bom senso, o legislador brasileiro ainda cultiva a fantasia de que a edição de leis é capaz, por si própria, de alterar os rumos da vida. Haja vista o esdrúxulo exemplo do revogado parágrafo 3º, do artigo 192, da Constituição Federal de 1988, que limitava os juros reais à taxa de 12% ao ano.

¹² Doravante, as referências a “normas” ou “regras” cuidarão das regras jurídicas exclusivamente.

Não se nega a imanente tensão entre o dever normatizado e a realidade social, pois, de outro modo, as regras seriam desnecessárias. Barroso lembra:

No nível lógico, nenhuma lei, qualquer que seja sua hierarquia, é editada para não ser cumprida. Sem embargo, ao menos potencialmente, existe sempre um antagonismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social. Se assim não fosse, seria desnecessária a regra, pois não haveria sentido algum em impor-se, por via legal, algo que ordinária e invariavelmente já ocorre. É precisamente aqui que reside o impasse científico que invalida a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve limitar-se a expressar a realidade de fato. Isso seria sua negação. De outra parte, é certo que o Direito se forma com elementos colhidos na realidade, e seria condenada ao insucesso a legislação que não tivesse ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico socialmente eficaz¹⁴.

O mesmo diz Radbruch:

Leis não são feitas contra os bons, mas contra os maus (...). O legislador deve ser pessimista em relação aos homens, e um legislador moderno dificilmente estaria propenso a tomar como exemplo Sólon o Sábio, que só não ameaçou o parricídio com castigo porque não considerava ninguém tão infame a ponto de cometê-lo¹⁵.

Todavia, é certo que as leis devem ser elaboradas para ter cumprimento, o que requer alguma plausibilidade. De lembrar que um mínimo de eficácia é exigível como condição de validade, consoante proposto por Kelsen¹⁶.

Conquanto a normatização seja peculiar à vida em grupo, isso não significa que todos os comportamentos sejam regulados por normas jurídicas. Entre o nascer e o morrer, cada indivíduo pratica incontáveis atos, alguns de

¹³ *História do Direito Romano*, p. 59.

¹⁴ *Interpretação e aplicação da constituição*, p. 251.

¹⁵ *Introdução à Ciência do Direito*, p. 83.

¹⁶ *Teoria geral do Direito e do Estado*, p. 58.

maior ou de menor relevância para a comunidade e outros de nenhum significado para ela. De um modo geral, apenas os que repercutem na vida social são regulados pelo Direito.

Verdade é que nas sociedades contemporâneas as normas jurídicas enredam cada vez mais a vida do cidadão, sem que ele perceba. O simples acordar, levantar-se e promover a higiene pessoal envolve relações juridicamente reguladas em quantidade superior ao que se tem consciência, como as relações de propriedade, posse, detenção, locação ou comodato do espaço ocupado e dos móveis e utensílios que o guarnecem; as relações de consumo de produtos, de energia e de água que abastecem o local; as relações tributárias que disso resultam; as relações concernentes à proteção e conservação ambiental; as relações de vizinhança, etc.

A constatação de que nem todo comportamento é regulado permite concluir que a edição de normas jurídicas destinadas a disciplinar a convivência dos homens não é algo inexorável, axiomático. Não existe uma “regra geral de normatização”, no sentido de que todo comportamento relevante *deva* ser regulado por elas. Há, sim, o *princípio de ordem* ou *princípio normativo*, segundo o qual *convém* que os comportamentos relevantes sejam regulamentados pelo Direito em prol da convivência social harmônica, embora esta meta nunca seja plenamente atingida. Em outras palavras, enuncia que o ordenamento da conduta dos homens viventes em sociedade é ideal, mas não constitui condição necessária: certas vezes a regulamentação não é interessante; noutras vezes é prejudicial, especialmente em demasia; em outras é negligenciada; e assim por diante.

O princípio da legalidade e o princípio de ordem ou normativo não se confundem: aquele enuncia que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer

alguma coisa senão em virtude de lei; este enuncia que as condutas nas sociedades humanas tendem a ser reguladas. Claro que são imbricados, pois se o convívio social tende a ser regrado, a lei constitui instrumento para a realização desse fim. A questão é a que ponto cumpre fazê-lo. Em outras palavras, o sentido e o alcance da proposição “*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei*”. Para tanto, examinemos suas origens e o seu desenvolvimento.

Princípio da legalidade: origens

Origem filosófica

A idéia de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em decorrência de lei, não existiu na Idade Antiga e na Idade Média, da mesma maneira que hoje é concebida. Por muito tempo prevaleceu a noção de que as normas seriam ditadas em vista do imediato interesse do governante e, circunstancialmente, com vistas ao interesse mediato da comunidade. Ao soberano incumbia reger as relações sociais, cabendo aos governados tão somente cumprir as determinações sem questionamentos de nenhuma parte quanto ao limite do poder de um sobre o outro.

A predominância do governante em face dos governados foi regra, mesmo na antigüidade grega, pois nela também não se viu algo semelhante ao princípio da legalidade. A fala de Trasímaco, no diálogo com Sócrates, no Livro I, de “A República”, de Platão, ilustra esse modo de ver:

...em cada cidade, o governo estabelece as leis tendo em vista sua própria vantagem: o governo democrático estabelece leis democráticas, o tirânico leis tirânicas, o aristocrático, as leis aristocráticas, e os outros da mesma forma. Estabelecidas as leis, declaram que o vantajoso para eles é o justo para os subordinados e punem quem infringe essa norma, como transgressor da lei e culpado de injustiça. Eis, portanto, excelentíssimo, o que eu digo ser justo sempre, em todas as cidades sem exceção: o vantajoso para o governo estabelecido. É ele que tem o poder e, para quem raciocina corretamente, em todos os lugares, o justo é sempre a mesma coisa, a vantagem do mais forte¹⁷.

¹⁷ *A República*, Livro I, 338e e 339a, p. 20.

Embora refutada por Sócrates em sua resposta a Trasímaco¹⁸ e combatida por Aristóteles, para quem era importante “regular tudo pelas leis e instituições”¹⁹, a fim de que os governantes não auferissem lucros dos cargos, e não obstante tenha sido condenada pela ciência política em todas as épocas, a idéia em comento norteou a cultura jurídica antiga e medieval e persiste atualmente nos países em que não vigora o Estado de Direito e nas ditaduras.

Não obstante, o princípio normativo existiu e vigorou na Antigüidade e no período medieval. A predominância da vontade dos governantes sobre a dos governados não impediu que os comportamentos humanos relevantes fossem regulados, nem obstou a que se objetivasse a convivência social harmônica. Embora as regras jurídicas daquele tempo fossem em sua maioria costumeiras, também houve leis e editos, ainda que em menor quantidade.

O princípio da legalidade é que não existiu. A par do poder atribuído aos governantes de impor regras e de fazê-las cumprir, não se concedeu aos governados a garantia de que haveriam de ser obrigados ou desobrigados de fazer ou deixar de fazer algo somente por meio de regramento emanado do poder estabelecido. Menos ainda, se lhes assegurou esse poder deveria ser exercido em seu benefício, e não no de seus governantes.

A inexistência do princípio da legalidade na Idade Antiga e na Idade Média resultou de circunstâncias variadas, desde a crença na divindade dos

¹⁸ Diante da afirmação de Trasímaco, Sócrates responde em favor da ética do soberano e da primazia do interesse dos governados sobre o do governante: “Então, Trasímaco, disse eu, nenhuma outra pessoa, em nenhum posto de comando, na medida em que é chefe, tem em vista e impõe o útil para si mesmo, mas o útil para o governado e para aquele a quem ele presta serviço e, voltando os olhos para isso e para o que é útil e conveniente para aquele, diz tudo o que diz e faz tudo o que faz”. PLATÃO, *A República*, Livro I, XV, 342e, p. 26.

¹⁹ *A Política*, Livro Oitavo, Capítulo VII, § 9º, p. 284.

soberanos, até a força das armas. Por não haver limite ao poder de editar normas e pelo fato notado por Montesquieu de que todo aquele que detém poderes é levado a cometer abusos²⁰, a tirania grassou naqueles tempos sob diversos regimes em que as normas obrigavam os governados, mas não os governantes, mantendo-se entre eles relação de desigualdade ímpar e de poderosa sujeição, o que ainda é visto na atualidade com frequência indesejada.

É verdade que o princípio foi esboçado circunstancialmente. Fábio Konder Comparato relata que Santo Isidoro (560-636), bispo de Sevilha, defendeu a idéia de que o príncipe haveria de submeter-se às leis por ele próprio promulgadas, pois “só quando também ele respeita as leis, pode-se esperar que elas sejam obedecidas por todos” (*Sententiae* II, 51.4)²¹.

Frederico Marques, com apoio em Carlyle e Jiménez de Asúa, afirma que se encontram raízes do princípio da legalidade no Direito Ibérico e fornece exemplos: o juramento feito em 1189 por Afonso IX, nas Cortes de Leão, de que não procederia contra a pessoa e a propriedade de seus súditos enquanto não fossem chamados “perante a Cúria”; a proclamação, em 1299, nas Cortes de Valladolid, de que ninguém seria privado da vida ou da propriedade enquanto sua causa não fosse apreciada segundo o “fuero” e o direito; a promessa feita por Pedro I, em 1351, nas mesmas Cortes de Valladolid, de que ninguém seria executado ou preso sem investigação do foro e do direito; e a renovação dessa promessa por Henrique II, nas Cortes de Toro, em 1371.

²⁰ *O espírito das leis*, Livro 11º, Cap. IV, p. 166.

²¹ *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, p. 77.

Frederico Marques consente com Jiménez de Asúa, para quem as declarações espanholas superam em antiguidade e sentido a Magna Carta, de 1215, e associa-se à opinião de Carlyle, de que o contido na cláusula 39 daquele mesmo documento – de que ninguém seria detido ou preso, nem privado de seus bens, banido, exilado, ou de algum modo prejudicado, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra – não era privativo da Inglaterra, mas comum à maioria dos países europeus²².

Talvez por sua maior extensão, a Magna Carta de João Sem-Terra, rei da Inglaterra, escrita 15 de junho de 1215, represente o grande marco em direção à mudança. Por ela o soberano prometeu aos nobres e religiosos: não lançar taxas ou tributos sem o consentimento do conselho geral do reino; não exigir que os homens livres prestassem serviços além dos que fossem devidos pelo seu feudo de cavaleiro ou pela sua terra livre; promover o julgamento dos governados pelos próprios pares e na proporção dos delitos; não obrigá-los a construir pontes e diques, salvo por força de costume ou direito; proibir os xerifes ou bailios de se servirem de cavalos ou carros ou tomarem a bolsa de alguém sem o seu consentimento, etc.

Conquanto a Carta contemplasse exclusivamente o interesse da nobreza e do clero, e não do povo, e ainda que o tenha feito de modo estratificado, incipiente e bastante tênue se comparado aos dias atuais, por ser escrita e solene acabou atravessando os séculos e tornou-se exemplo de limitação do poder de legislar e governar, da concessão de direitos e garantias fundamentais e da diminuição da desigualdade entre os súditos e o soberano.

²² *Tratado de Direito Penal*, p. 181-182.

Quase cinco séculos depois, a Declaração de Direitos de 1689, ou *Bill of Rights*, estabeleceu eleições livres para o parlamento inglês e a imunidade de seus membros quanto aos delitos de opinião, proibiu a autoridade real de suspender as leis ou dispensar o seu cumprimento, de cobrar imposto sem autorização parlamentar, de efetuar prisões sem previsão legal, de exigir fianças, tributos e penas excessivos, etc. Assinalou de maneira importante a divisão dos poderes de governar e legislar e ampliou as garantias individuais.

Um século mais tarde, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, redigida ao cabo da Revolução Francesa, propôs dentre outros que: os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum; a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão são direitos naturais e imprescritíveis do homem; a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem, seus limites não podem ser determinados senão pela lei; a lei não tem o direito de impedir senão as ações nocivas à sociedade, tudo o que não é negado por ela não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordenar; a lei é a expressão da vontade geral; todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, à sua formação; ela deve ser a mesma para todos, seja protegendo, seja punindo; nenhum homem pode ser acusado, detido ou preso, senão em caso determinado por lei, e segundo as formas por ela prescritas; a lei não deve estabelecer penas além do estritamente necessário, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada ao delito e legalmente aplicada; todo homem é tido como inocente até o momento em que seja declarado culpado; ninguém pode ser inquietado por suas opiniões, mesmo religiosas, contanto que suas manifestações não perturbem a ordem pública estabelecida em lei; é livre a comunicação dos pensamentos e opiniões, é direito do homem; todo o cidadão pode falar,

escrever e imprimir livremente, salvo a responsabilidade do abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei; a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública, instituída para vantagem de todos e não para a utilidade particular daqueles a quem ela for confiada; a sociedade tem o direito de pedir contas de sua administração a todos os agentes do poder público; a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição; ninguém pode ser privado da propriedade senão quando a necessidade pública, legalmente constatada, o exija evidentemente, e sob a condição de uma justa e prévia indenização, etc.

Mais de um século e meio depois, e em seguida a duas guerras mundiais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estabeleceu que: todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade; toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal; ninguém pode ser mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos são proibidos em todas as suas formas; ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; toda pessoa tem o direito de ser reconhecida como pessoa perante a lei; todos são iguais perante a lei e têm direito a igual proteção; toda pessoa tem direito a receber remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei; ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado; toda pessoa tem direito a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele; toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua

culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa; ninguém pode ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o Direito nacional ou internacional, tampouco pode ser imposta pena mais grave do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso; ninguém pode ser sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação; toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques; toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado; toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar; toda pessoa tem direito a uma nacionalidade; ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade; toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros; ninguém pode ser arbitrariamente privado de sua propriedade; toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular; toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras; toda pessoa tem direito à liberdade de reunião e associação pacíficas; ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação; toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos; toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país; a vontade do povo é a base da autoridade do governo; esta vontade é expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente

que assegure a liberdade de voto; toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade; toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível; no exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática, etc.

Este relato superficial ilustra o desenvolvimento dos direitos e garantias fundamentais, especialmente no que tange à sua proteção legal. Ele demonstra o predomínio da lei como instrumento para a proteção do indivíduo em face do Estado e dos demais cidadãos, e, ainda, a sujeição do Estado aos interesses da sociedade, em contraponto à concepção inversa e prevalecente até a Idade Média, da lei como instrumento de dominação do governante sobre os governados.

Como ocorre em Ciências Sociais, isso resultou de um processo histórico longo e deflagrado no Renascimento, cujas bases podem ser encontradas na filosofia grega²³. Nessa época iluminista, o racionalismo cunhou a Política e o Direito modernos, na medida em que poder e normas deixaram de ser regidos pela vontade divina e passaram a ser determinados

²³ Esta também é a opinião de BOBBIO *et alli*; in *Dicionário de Política*, v. 2, p. 674.

pela sociedade. Lembre-se que na cultura medieval o poder terreno fundava-se em Deus²⁴, de sorte que a vontade do governante representava a *Sua* vontade. Em última análise, o respeito às regras ditadas pela autoridade terrena significava a obediência às leis do Criador.

Influenciado por Aristóteles, Tomás de Aquino (1225-1274) refutou essa tese, ao propor na “Suma Teológica” que é a razão, e não Deus, o fundamento da lei. Segundo ele, a lei constitui regra e medida de todos os atos, em virtude da qual o homem é induzido ou impedido de agir. O vocábulo *lex* (lei) deriva de *ligare*, que significa vincular, de modo que a lei vincula a pessoa a um ato. Assim, “lei é algo que concerne à razão”, pois cabe a ela dirigir para um fim que, segundo Aristóteles, é “o princípio primeiro em todas as questões de ação”²⁵.

O estudo de Aristóteles floresceu nas universidades na Baixa Idade Média e influenciou sobremaneira a filosofia escolástica. Villey observa que: “No mundo universitário, Aristóteles era o *Filósofo*, a perpétua referência e a primeira autoridade em filosofia”²⁶, tanto que Tomás de Aquino assim o denomina na “Suma Teológica”. Todavia, Villey afirma que, passada a Idade Média, no século XVI a Filosofia do Direito renegou Aristóteles por representar o antigo, o ultrapassado, voltando-se a Platão, tido como novo paradigma na modernidade. Idéia naturalmente falsa (recorde-se que Aristóteles frequentou a academia de Platão), mas que teve início na Itália, onde trabalharam os autores e tradutores emigrados de Bizâncio e onde

²⁴ Como exemplo do fundamento divino do poder temporal, note-se a carta de Henrique IV ao papa Gregório VII, que deu início à querela das investiduras: “Henrique, rei não por usurpação mas por sagrada ordenação de Deus...”, in José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História*, p. 86.

²⁵ *Suma Teológica*, Questão 90, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 51.

²⁶ *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 442.

desembarcaram os manuscritos platônicos, e espalhou-se com considerável força pela Europa, especialmente na França²⁷.

Platão afirma em “A República” que o Estado tem origem na impossibilidade de o homem bastar-se a si mesmo e na necessidade de auxílio mútuo – base do contrato social – e concebe a lei racionalmente, como produto dessa sociedade, e não da vontade divina, pois julga que a ambição humana é a causa da injustiça, a qual cumpre à legislação corrigir. Em diálogo com Adimanto, Sócrates diz: “Uma cidade nasce, parece-me, porque cada um de nós não é auto-suficiente, mas carente de muitas coisas”²⁸.

Em outra passagem, Glauco argumenta com Sócrates que só se pratica a justiça “de má vontade, por incapacidade de cometer injustiça”, e que, se fosse permitido ao justo e ao injusto fazer o que quisessem, flagrar-se-iam ambos cometendo injustiça “por causa da ambição de possuir sempre mais, ambição que toda natureza busca como um bem e da qual, à força, a lei a desvia para levá-la ao respeito da equidade”²⁹.

Dito de outro modo, para Platão o Estado é fruto da necessidade humana de viver em grupo, e a lei imposta pela força é consequência da vontade coletiva de igualar os indivíduos, a fim de que um não prevaleça sobre o outro. Em síntese, a lei em sociedade é que assegura a *igualdade* entre seus membros.

Nesse aspecto, Platão não difere substancialmente de Aristóteles, para quem “toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se

²⁷ *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 443.

²⁸ *A República*, Livro II, 369b e 369c, p. 62.

²⁹ *Idem*, Livro II, 359c, p. 50.

forma tendo por alvo algum bem”³⁰, e cuja opinião é a de que a melhor forma de governo é a democracia, porque tem a igualdade por fundamento. Igualdade consistente em que “ricos e pobres não têm privilégios políticos, que tanto uns como outros não são soberanos de modo exclusivo, e sim que todos o são exatamente na mesma proporção”. E democracia em que “todo habitante, contanto que seja cidadão, é declarado apto a gerir as magistraturas, e a soberania é firmada na lei”³¹.

Entretanto, a preferência por Platão a Aristóteles, a partir do século XVI, é notória. Villey refere alguns motivos para isso:

Aristóteles cheira demais às escolas, coisa que a escolástica entendeu, e, acima de tudo, devemos confessar que ele não é uma leitura muito divertida; suas obras esotéricas (as únicas que chegaram até nós) não são um alimento adaptado ao gosto desses homens do mundo³².

Outros motivos podem ser acrescentados. A posição de Aristóteles quanto à servidão é conformista: diz que alguns seres são predestinados a obedecer e outros a mandar, que há na espécie humana indivíduos inferiores a outros e que isso decorre da natureza³³. Portanto, uns são mais iguais que outros. Discurso nada afinado com as aspirações do final da Idade Média, quando se ansiava pôr termo às relações servis que vigoraram durante muitos séculos. Por outro lado, a visão materialista de Aristóteles, descritivas do mundo tal como é (ser), destoa da ambição idealista de Platão (dever ser), que sugere em “A República” um regime de governo mais de acordo com as aspirações

³⁰ *A Política*, Livro Primeiro, Capítulo I, § 1, p. 11.

³¹ *Idem*, Livro Sexto, Capítulo IV, § 2, p. 201.

³² *A formação do pensamento jurídico moderno*, p. 443.

³³ *Idem*, Livro Primeiro, Capítulo II, p. 15-22.

políticas daquele momento, quando se desejavam mudanças estruturais na sociedade, algo melhor do que já existira em todos os tempos.

A adesão a Platão não representou simples escolha, mas uma nova e profunda orientação filosófica que refletiu sobremaneira no Renascimento e em toda a cultura ocidental a partir de então. Conforme Villey, o gênero utópico adotado em “A República” repercutiu nas obras de Thomas More e Campanella, inspirou a distinção cartesiana entre espírito e corpo e foi um dos fatores da formação do pensamento jurídico moderno, especialmente no que tange à separação entre Direito e fato, inaugurada por Bodin, Althusius e Grócio³⁴, atingindo seu ápice em Kant e Kelsen.

A negação de Aristóteles e a comunhão com a doutrina de Platão são bastante claras em “De jure belli ac pacis”, de Hugo Grócio (1583-1645), publicado em Paris em 1625. Ele afirma:

Parece-me que tanto alguns dos platônicos como os antigos cristãos tinham boas razões para se afastar da doutrina de Aristóteles, na qual ele colocava a própria natureza da virtude como num *medium* entre sentimentos e ações...³⁵

O mais importante fruto da adesão platônica talvez seja a tese do contrato social, explícita em “A República”, que foi abraçada por todos os filósofos da Renascença, a começar por Grócio, para quem o desejo de viver em sociedade é peculiar ao homem e é da natureza humana observar pactos. A seu ver, os que aderem a uma comunidade prometem de maneira tácita sujeitar-se às determinações da maioria ou daqueles a quem se atribui o poder,

³⁴ A formação do pensamento jurídico moderno, p. 444.

³⁵ In Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 79.

e “os Direitos não atingem seu fim externo, a menos que tenham força para apoiá-los.”³⁶.

Em “Leviatã”, publicado em 1651, Thomas Hobbes (1588-1679) diz que no estado de natureza, o homem vive em guerra civil permanente de todos contra todos, o que torna sua existência solitária, pobre, embrutecida e curta e faz com que ele deseje a paz, a qual se obtém por meio da legislação emanada do poder competente e com força bastante para fazê-la cumprir. Em suas palavras:

Uma vez que a condição humana (...) é a da Guerra de uns contra os outros, cada qual governado por sua própria razão, (...), todos têm direito a tudo, inclusive ao corpo alheio. Assim, perdurando esse Direito de cada um sobre todas as coisas, não poderá haver segurança para ninguém (por mais forte e sábio que seja), de viver durante todo o tempo que a natureza permitiu que vivesse ³⁷.

(...)

Da lei fundamental da natureza, que ordena aos homens que procurem a paz, deriva esta segunda Lei: *O homem deve concordar com a renúncia de seus Direitos a todas as coisas, contentando-se com a mesma liberdade que permite aos demais, à medida que considere a decisão necessária à manutenção da paz e em sua própria defesa*³⁸.

Nesse contexto, outorga-se o poder ao governante para que, provido de força, dite e imponha cumprimento às leis necessárias à manutenção da paz social, pois:

...os homens não sentem nenhum prazer (ao contrário, um grande desgosto) reunindo-se quando não há um poder que se imponha a eles. (...) quando não existe um poder comum capaz de manter os homens em respeito, temos a condição de que se denomina guerra; uma guerra de todos os homens contra todos. (...) Nenhuma Lei poderá ser editada até que os homens não entrem em um acordo e

³⁶ *De jure belli ac pacis*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 76-78.

³⁷ *Leviatã*, Parte I, Cap. 14, p. 99.

³⁸ *Idem*, Parte I, Cap. 14, p. 100.

designem uma pessoa para promulgá-la. (...) não há Lei onde não há poder comum e onde não há lei não há justiça³⁹.

Para ele, a justiça é o “Cumprimento dos Pactos, é uma regra da razão, que nos proíbe fazer tudo quanto arruína nossa vida. Portanto, é uma lei da natureza”⁴⁰.

Idéia semelhante é defendida por John Locke (1632-1704), no Livro II, de “Dois tratados sobre o governo”, também chamado “Segundo tratado sobre o governo”, publicado em 1690. Mas Locke diverge em parte de Hobbes, pois julga que o estado de natureza não é de guerra de todos contra todos e, sim, de paz e concórdia, decorrentes da lei natural, pois diz:

O *estado de natureza* tem para governá-lo uma lei da natureza, que a todos obriga; e a razão, em que essa lei consiste, ensina a todos que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria prejudicar a outrem em sua vida, saúde, liberdade ou posses⁴¹.

No demais, também pensa que o abandono desse estado em prol da vida em sociedade faz-se por consentimento, em busca de segurança e paz, mas acrescenta a isso a preservação da propriedade:

Sendo todos os homens, como já foi dito, naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser privado dessa condição nem colocado sob o poder político de outrem, sem o seu próprio *consentimento*. A única maneira pela qual uma pessoa pode abdicar de sua liberdade natural e *revestir-se dos elos da sociedade civil* é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte⁴².

³⁹ *Leviatã*, Parte I, Cap. 13, p. 95-97.

⁴⁰ *Idem*, Parte I, Cap. 15, p. 110.

⁴¹ *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, parágrafo 6, p. 384.

Assim como Hobbes, Locke julga que o poder de legislar é limitado. Se não é mais que o conjunto do poder de cada membro da sociedade entregue à pessoa ou assembléia que legisla, não pode ultrapassar aquele que essas pessoas tinham no estado de natureza antes de entrarem em sociedade e o entregarem à comunidade. Assim, se ninguém pode transferir a outrem mais poder que possui e se a ninguém é dado poder absoluto sobre si mesmo, então um homem não pode submeter-se ao poder arbitrário de outrem, nem o Estado pode ser arbitrário. Diz Locke:

Um homem, tal como já se provou, não pode submeter-se ao poder arbitrário de outrem; e, por não dispor, no estado de natureza, de nenhum poder arbitrário sobre a vida, a liberdade ou as posses de outrem, mas tão-somente o poder que a lei da natureza lhe concedeu para a conservação de si mesmo e do resto da humanidade, isso é tudo quanto cede ou pode ceder à sociedade política, e por intermédio desta, ao *Poder Legislativo* e, portanto, não pode ter o legislativo um poder maior que esse. O Poder Legislativo, em seus limites extremos, *limita-se ao bem público da sociedade*⁴³.

No entanto, há uma distinção essencial entre seu pensamento e os de seus antecessores, no que diz respeito às bases do Direito e das leis. Embora adepto da tese do contrato social, Locke defende um Direito Natural de cunho teológico-racionalista, isto é, fundado na vontade divina revelada pela razão do homem. Afirma que as regras jurídicas que estabelecem as ações humanas devem estar de acordo com as leis da natureza, ou seja, “com a vontade de Deus, da qual constituem manifestação”⁴⁴. Acrescenta que a lei natural confere a cada homem o direito de punir seus transgressores porque, ao transgredir a lei da natureza, “o infrator declara estar vivendo segundo outra regra que não a da *razão* e da equidade comum, que é a medida fixada por

⁴² *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, parágrafo 95, p. 468, grifos do original.

⁴³ *Idem*, Livro II, parágrafo 135, p. 505, grifos do original.

⁴⁴ *Idem*, Livro II, parágrafo 135, p. 506.

Deus às ações dos homens para a mútua segurança destes”⁴⁵. De certo modo, um retrocesso em relação a Platão e a Hobbes, e até mesmo a Aristóteles.

É importante notar que “Leviatã”, de Hobbes foi publicado em 1651 e que “Dois tratados sobre o governo”, de Locke, foi publicado em 1690, ambos na Inglaterra, onde foi promulgada a Declaração de Direitos ou *Bill of Rights*, em 1689, ano em que nasceu Montesquieu. De notar também que o modelo inglês de governo foi o que mais observou, tido por ele como o mais propenso à democracia. Com isso se pode afirmar que a Inglaterra é o berço dos direitos e garantias fundamentais.

Como Locke, Montesquieu faz menção ao Direito Natural, porém diverge dele, pois sustenta que existem leis naturais e leis positivas, cada qual com fundamento e objetivo distintos. As leis da natureza derivam unicamente da constituição do ser humano e são recebidas no estado natural, ou seja, antes do estabelecimento das sociedades, e determinam a busca da paz, a procura da alimentação, o apelo ao sexo e o desejo de viver socialmente⁴⁶. Por sua vez, as leis positivas são elaboradas pelos homens em sociedade, tal como entendido por Platão e por Hobbes.

Montesquieu, igual a Locke, discorda da afirmação de Hobbes de que, no estado de natureza, o homem vive em guerra de todos contra todos. Para ele, no estado natural todos se sentem fracos, inferiores e iguais e, por isso, buscam a paz. Mas, em sociedade, os homens perdem o sentimento de sua fraqueza, cessa a igualdade que antes existia e o estado de guerra começa. Por outro lado, cada sociedade começa a sentir sua força, o que produz o estado

⁴⁵ *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, parágrafo 8, p. 386.

⁴⁶ *O espírito das leis*, Livro Primeiro, Capítulo II, p. 13-14.

de guerra de nação contra nação. Então, esses dois tipos de guerra fazem com que se estabeleçam leis entre os homens⁴⁷.

Conquanto acredite em leis naturais imutáveis, Montesquieu retoma a idéia de Platão de que o Estado é fruto da necessidade humana de viver em grupos e de que a lei elaborada pelos homens visa a igualar os indivíduos e atender aos fins da coletividade. Em síntese, *sociedade, lei, e igualdade*, mas com ênfase no *bem comum* e um acréscimo substancial e importantíssimo para a compreensão da mudança de enfoque em prol da *liberdade*.

Esmiucemos sua vida e sua obra, a fim de aprender um pouco mais o seu pensamento. Sua lição é o ponto-chave para entender a origem do princípio da legalidade.

Charles-Louis de Secondat, Barão de Brède e de Montesquieu ou, simplesmente, Montesquieu, nasceu em Brède, próximo a Bordéus, na França, em 18 de janeiro de 1689 – mesmo ano da publicação do *Bill of Rights* – e faleceu em Paris em 10 de fevereiro de 1755. De família nobre, estudou Direito em sua terra natal, foi membro e presidente do Parlamento de Bordéus, onde desenvolveu atividades judiciais, administrativas e legislativas. Também foi membro das Academias de Bordéus e de Paris, para onde se mudou em 1726. Entre 1728 e 1729, viajou para Áustria, Hungria, Itália, Suíça, Alemanha e Holanda e de 1729 a 1731 residiu na Inglaterra, cuja organização política observou mais atentamente e pela qual nutriu especial admiração, o que moldou sua visão do Estado. Publicou as “Cartas Persas”, em 1721, “Considerações sobre a causa da grandeza dos romanos e da sua

⁴⁷ *O espírito das leis*, Livro Primeiro, Capítulo III, p. 15.

decadência”, em 1734, e “O espírito das leis”, em 1748, sua obra mais conhecida⁴⁸.

No Livro 11º de “O espírito das leis”, Montesquieu dissertou sobre a liberdade política, sua relação com a Constituição e a divisão dos poderes, e distinguiu “as leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição daquelas que a formam em sua relação com o cidadão”⁴⁹. Vale dizer, diferenciou as leis relativas aos chamados direitos e garantias fundamentais daquelas conhecidas como leis penais, objeto do Livro 12º da mesma obra.

Ao cuidar da liberdade política, determinou inicialmente o seu significado, dizendo que a liberdade em sociedade não é absoluta, mas limitada: não consiste no direito de fazer o que se quer, porque se fosse dado ao indivíduo fazer tudo o que quisesse, já não teria liberdade, já que outros teriam igualmente esse poder. Segundo ele, “numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer”. Em suas palavras: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”⁵⁰. Ou, ainda:

A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão⁵¹.

⁴⁸ Conforme Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 156-158. Também Pedro Vieira Mota, *O espírito das leis*, Saraiva, p. 2-11.

⁴⁹ *O espírito das leis*, Livro Décimo Primeiro, Capítulo I, p. 165.

⁵⁰ Idem, Livro Décimo Primeiro, Capítulo III, p. 166.

⁵¹ Idem, Livro Décimo Primeiro, Capítulo VI, p. 168.

Em outra passagem, assinala com precisão que a liberdade do cidadão pressupõe limites ao poder do Estado, o que, por sua importância e atualidade, merece ser destacado:

A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites. (...)
Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue e a não fazer as coisas que a lei permite⁵².

A influência de Platão na obra de Montesquieu é marcante. Ele faz referência ao filósofo grego no prefácio de “O espírito das leis”, ao dizer: “Platão agradecia ao céu por ter nascido no tempo de Sócrates; eu lhe agradeço por ter me feito nascer no governo onde vivo e ter querido que eu obedecesse àqueles que me fez amar”⁵³. Werner Jaeger também nota isso:

Assim como a ‘República’ começa com o problema geral da justiça, assim na obra que estamos a comentar [Leis] Platão parte do espírito das leis, que num Estado autêntico infunde o seu ‘ethos’ até ao ínfimo pormenor. Foi nesse conceito platônico do ‘ethos’ das *Leis* que se originou o famoso ensaio de Montesquieu, *L’Esprit des Lois*, o qual tão grande importância haveria de ter para a vida do Estado moderno⁵⁴.

Montesquieu seguiu o método indutivo, baseando-se no conhecimento empírico adquirido pelo estudo dos governos de diversos países citados por ele em “O espírito das leis”, principalmente pela observação do modelo inglês. De modo diverso, Platão guiou-se predominantemente pela

⁵² *O espírito das leis*, Livro Décimo Primeiro, Capítulo IV, p. 166-167, grifei.

⁵³ *Idem*, p. 5.

especulação, a partir das reflexões contidas nos diálogos de Sócrates e da observação de algumas cidades-Estados de sua época. Entretanto, identifica-se em ambos a mesma visão de um Estado ideal, moldado pela igualdade, pela liberdade e pelo bem comum, assegurados por lei, e governado por pessoas dotadas de espírito público. Vejamos novamente a formação do Estado em Platão:

Uma cidade nasce (...) porque cada um de nós não é auto-suficiente, mas carente de muitas coisas. (...) Assim, se um homem chama um outro para ajudá-lo em uma necessidade e um outro em uma outra e, já que precisam de muitas coisas, reúnem-se muitos em um único local de morada, tendo-os como companheiros e auxiliares, a essa vida em comum damos o nome de cidade⁵⁵.

A seu ver, a ambição humana é causa da injustiça, que incumbe à lei corrigir:

Perceberíamos melhor que quem pratica a justiça só a pratica de má vontade, por incapacidade de cometer injustiça, se imaginássemos algo como isso... Deixaríamos que aos dois, ao justo e ao injusto, fosse permitido fazer o que quisessem; depois iríamos atrás deles observando para onde a paixão conduziria cada um. Em flagrante apanharíamos o homem justo a buscar o mesmo alvo que o injusto, por causa da ambição de possuir sempre mais, ambição que toda natureza busca como um bem e da qual, à força, a lei desvia para levá-la ao respeito da equidade⁵⁶.

Isso é semelhante em Montesquieu:

Além do sentimento que os homens têm em primeiro lugar, ainda conseguem possuir conhecimentos; assim, possuem um segundo elo que os animais não têm. Portanto, eles têm um novo motivo

⁵⁴ *Paidéia*, p. 1302.

⁵⁵ *A República*, Livro II, 369b e 369c, p. 62.

⁵⁶ *Idem*, Livro II, 359c, p. 50, grifei.

para se unirem; e o desejo de viver em sociedade é uma quarta lei natural⁵⁷.

(...)

Assim que os homens estão em sociedade, perdem o sentimento de sua fraqueza; a igualdade que existia entre eles finda, e o estado de guerra começa. Cada sociedade particular começa a sentir sua força; o que produz um estado de guerra de nação a nação. Os particulares, em cada sociedade, começam a sentir sua força; procuram colocar a seu favor as principais vantagens desta sociedade; o que cria entre eles um estado de guerra. Esses dois tipos de estado de guerra fazem com que se estabeleçam leis entre os homens⁵⁸.

O papel da legislação para a consecução do bem comum é assinalado por Platão:

...não é preocupação da lei fazer que na cidade uma classe goze de um bem-estar especial; ao contrário, ela propicia os meios para que isso ocorra em toda a cidade, harmonizando os cidadãos quer pela persuasão, quer pela coação, fazendo que se disponham a prestar uns aos outros a ajuda que cada um é capaz de dar à comunidade; e, ao criar homens tais na cidade, a própria lei não os faz para deixar que cada um se volte para onde quiser, mas para deles servir-se como um elo de união para a cidade⁵⁹.

Do mesmo modo, é destacado por Montesquieu:

O amor à república, numa democracia, é o amor à democracia; o amor à democracia é o amor à igualdade. O amor à democracia é também o amor à frugalidade. Cada um deve possuir a mesma felicidade e as mesmas vantagens, deve experimentar os mesmos prazeres e ter as mesmas esperanças; coisa que só se pode esperar da frugalidade geral⁶⁰.

(...)

O amor à igualdade e o amor à frugalidade são extremamente estimulados pelas próprias igualdades e frugalidade, quando se vive numa sociedade onde as leis estabeleceram uma e outra. (...) Logo, é uma máxima bem verdadeira aquela que diz que, para que se ame

⁵⁷ *O espírito das leis*, Livro Primeiro, Capítulo II, p. 15.

⁵⁸ *Idem*, Livro Primeiro, Capítulo III, p. 15.

⁵⁹ *A República*, Livro VII, 520a, p. 274.

⁶⁰ *Idem*, Livro Quinto, Capítulo III, p. 54.

a igualdade e a frugalidade numa república, é preciso que as leis as tenham estabelecido⁶¹.

Platão sublinha a exigência de espírito público de parte do governante:

É a cidade em que os futuros governantes tiverem o mínimo de ânimo para governar, que necessariamente será governada de maneira melhor e estará mais isenta de facções; ocorrerá, porém, o oposto na cidade em que os governantes tiverem disposição oposta⁶².

Ao tratar do governo republicano, que constitui o modelo ideal, Montesquieu assinala em igual tom:

Não é necessária muita probidade para que um governo monárquico ou um governo despótico se mantenham ou se sustentem. A força das leis no primeiro, o braço sempre erguido do príncipe no segundo regram e contêm tudo. Mas num Estado popular se precisa de um motor a mais, que é a VIRTUDE⁶³.

Virtude que ele adverte tratar-se da *virtude política*, entendida como o amor à pátria e à igualdade⁶⁴ ou patriotismo⁶⁵, o qual “exige que se prefira continuamente o interesse público ao seu próprio interesse”⁶⁶, e que, faltando, faz da república um despojo. Ele afirma: “Quando cessa essa virtude, a ambição entra nos corações que estão prontos para recebê-la, e a avareza entra em todos. Os desejos mudam de objeto; o que se amava não se ama mais; era-se livre com as leis, quer-se ser livre contra elas.”⁶⁷.

⁶¹ *O espírito das leis*, Livro Quinto, Capítulo IV, p. 55.

⁶² *A República*, Livro VII, 520d, p. 275.

⁶³ Idem, Livro Terceiro, Capítulo III, p. 32, grifo do original.

⁶⁴ Isso consta da “Advertência” feita por Montesquieu em *O espírito das leis*, p. 3.

⁶⁵ Pedro Vieira Mota assinala que essa advertência constou da edição publicada entre 1757 e 1758, após a morte de Montesquieu, e que *virtude política* é melhor traduzida por *patriotismo*, in *O espírito das leis*, Saraiva, p. 60.

⁶⁶ Idem, Livro Quarto, Capítulo V, p. 46.

⁶⁷ Idem, Livro Terceiro, Capítulo III, p. 33.

A atenção à qualidade do governante é vista em Platão ao propor que os reis sejam filósofos:

Se os filósofos não forem reis nas cidades ou se os que hoje são chamados reis e soberanos não forem filósofos genuínos e capazes e se, numa mesma pessoa, não coincidirem poder político e filosofia (...), não é possível, caro Gláucón, que haja para as cidades uma trégua de males e, penso, nem para o gênero humano⁶⁸.

O que corresponde à idéia de Montesquieu sobre a necessidade de educar-se a sociedade e aqueles que a dirigem:

É no governo republicano que se precisa de todo o poder da educação. O temor dos governos despóticos nasce espontaneamente entre as ameaças e os castigos; a honra das monarquias é favorecida pelas paixões e as favorece, por sua vez; mas a virtude política é uma renúncia a si mesmo, que é sempre muito difícil. Podemos definir essa virtude: o amor às leis e à pátria. (...) Assim, tudo depende de introduzir esse amor da república; e é em inspirá-lo que a educação deve estar atenta⁶⁹.

As idéias de Platão – acolhidas e desenvolvidas por Montesquieu – moldaram o pensamento político e jurídico do final da Renascença e da era Moderna. A concepção do Estado fundado na liberdade, na igualdade e no interesse coletivo, assegurados por lei, e governado por pessoas dotadas de espírito público (*sociedade, lei, liberdade, igualdade e bem comum*) difundiu-se e se impôs como novo modelo.

“O contrato social”, de Rousseau (1712-1778), publicado em 1762, reflete bem esse espírito. Diferente de Hobbes, para quem o estado de natureza pressupõe a guerra de todos contra todos, ou de Locke e Montesquieu, para os quais o estado de natureza pressupõe a paz, Rousseau

⁶⁸ *A República*, Livro V, 473d, p. 212.

afirma que em sua independência primitiva os homens não se relacionam com constância bastante para constituir nem a paz, nem a guerra⁷⁰. Para ele, a guerra não se desenvolve entre homens, mas entre Estados, na qual os particulares são inimigos acidentalmente, como soldados⁷¹. Portanto, a guerra não precede, mas é algo que sucede a formação das sociedades. Estas são constituídas a partir do ponto em que os obstáculos prejudiciais à conservação dos homens em estado de natureza sobrepujam as forças que cada indivíduo pode empregar para nele manter-se. Então, os Estados formam-se porque “esse estado primitivo já não pode subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse seu modo de ser.”⁷². Resumidamente, é o sustentado por Platão.

No ver de Rousseau, o contrato social constitui a base do Estado, mas não do governo, e representa a solução para o problema de formar-se uma associação “que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça tão livre quanto antes.”⁷³ O contrato garante a liberdade, pois, “cada um dando-se a todos, não se dá a ninguém, e, como não existe um associado sobre o qual não se adquira o mesmo direito que se lhe cede sobre si mesmo, ganha-se o equivalente de tudo o que se perde e mais força para conservar o que se tem.”⁷⁴ Também garante a igualdade, na medida em que a desigualdade física proporcionada pela natureza é substituída pela igualdade moral e legítima de maneira que, mesmo sendo

⁶⁹ *O espírito das leis*, Livro Quarto, Capítulo V, p. 46.

⁷⁰ *O contrato social*, Livro I, Capítulo IV, p. 15-16.

⁷¹ *Idem*, Livro I, Capítulo IV, p. 16.

⁷² *Idem*, Livro I, Capítulo VI, p. 20.

⁷³ *Idem*, Livro I, Capítulo VI, p. 20-21.

⁷⁴ *Idem*, Livro I, Capítulo VI, p. 21.

desiguais em força ou talento, os homens tornam-se iguais por convenção e direito⁷⁵. Liberdade e igualdade são fundamentais:

Se indagarmos em que consiste precisamente o maior de todos os bens, que deve ser o fim de qualquer sistema de legislação, chegaremos à conclusão de que ele se reduz a estes dois objetivos principais: a *liberdade* e a *igualdade*. A liberdade, porque toda dependência particular é igualmente força tirada ao corpo do Estado; a igualdade, porque a liberdade não pode subsistir sem ela⁷⁶.

E porque a força das coisas tende sempre a destruir a igualdade, “a força da legislação deve sempre propender a mantê-la”⁷⁷.

Por meio do contrato, cada indivíduo compromete-se em dupla relação, como membro do poder soberano em face dos particulares e como membro do Estado em face do poder soberano, cujos interesses não são antagônicos⁷⁸. A soberania é inalienável: “só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado em conformidade com o objetivo de sua instituição, que é o bem comum”⁷⁹. E, a isto, cabe às leis conduzir: “As leis não são, em verdade, senão as condições da associação civil. O povo submetido às leis deve ser o autor delas”⁸⁰. Enfim, o Estado submete-se às leis da sociedade.

As noções expostas acima sobre sociedade, lei, liberdade, igualdade e bem comum também são verificadas em “Dos delitos e das penas”, de Cesare Bonesana, ou Marquês de Beccaria (1738-1794), publicado em 1764, muito embora se trate de obra voltada ao Direito Penal. Beccaria confessa a

⁷⁵ *O contrato social*, Livro I, Capítulo IX, p. 29-30.

⁷⁶ *Idem*, Livro II, Capítulo XI, p. 62, grifos do original.

⁷⁷ *Idem*, Livro II, Capítulo XI, p. 63.

⁷⁸ *Idem*, Livro I, Capítulo VI, p. 23-24.

⁷⁹ *Idem*, Livro II, Capítulo I, p. 33.

⁸⁰ *Idem*, Livro II, Capítulo VI, p. 48.

influência de Montesquieu, a quem chama expressamente de *imortal e grande homem*⁸¹. Sua visão dos temas acima representa um resumo de “O espírito das leis” e, em parte, de “O contrato social”, de Rousseau.

Na visão de Beccaria, os homens não abdicam de sua liberdade visando ao bem público e cada um deseja o quanto possível não ser preso pelas convenções. Mas, em razão da escassez de recursos naturais, dos temores de encontrar inimigos em toda a parte e da liberdade em natureza ser incerta e inútil, os homens a sacrificam parcialmente para usufruir do restante com mais segurança. Então, a “soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constitui a soberania na nação; e o encarregado pelas leis, como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração”⁸² é proclamado o soberano do povo.

Todavia, ele afirma, é necessário proteger esse depósito contra as usurpações de cada particular, “pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo que ele procura não só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.” Assim, é necessário estabelecer leis para sufocar esse espírito despótico e punir os transgressores. Disso resulta que a reunião de todas as pequenas parcelas de liberdade cedidas pelos indivíduos constitui o fundamento do direito de punir⁸³.

As mesmas noções de sociedade, lei, liberdade, igualdade e bem comum são encontradas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, cujos artigos I a VI reproduzem “O espírito das leis” e “O contrato

⁸¹ *Dos delitos e das penas*, p. 41.

⁸² Vê-se aqui a influência de Rousseau.

⁸³ *Idem*, p. 15.

social”. Enfim, os ideais da Revolução Francesa – *liberdade e igualdade*, notando que esta última não é mais que um meio para atingir o bem comum:

I - Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum;

II - O objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem; esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão;

III - O princípio de toda a soberania reside essencialmente na razão; nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane diretamente;

IV - A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei;

V - A lei não tem o direito de impedir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é negado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constringido a fazer o que ela não ordenar;

VI - A lei é a expressão da vontade geral; todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou por seus representantes, à sua formação; ela deve ser a mesma para todos, seja protegendo, seja punindo. Todos os cidadãos, sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo sua capacidade e sem outras distinções que as de suas virtudes e de seus talentos.

Dos artigos acima, merecem destaques os de números IV e V, pela correspondência com os excertos de Montesquieu já reproduzidos anteriormente, que convém recordar porque retratam a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (note-se o grifo), bem como denotam o seu fundamento – a limitação do poder do Estado sobre o indivíduo, força da liberdade política, característica do regime democrático:

A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites.
(...)

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue e a não fazer as coisas que a lei permite⁸⁴.

A visão de Platão e Montesquieu sobre o Estado e as leis foi compartilhada por Kant em “A doutrina do Direito”, de 1797. A começar pelo contratualismo e pela origem do Estado e das leis:

...a primeira coisa que cabe aos homens é aceitar o princípio de que é necessário deixar o estado de natureza... e formar uma união de todos aqueles que não podem evitar entrar em comunicação recíproca e, desse modo, submeter-se em comum à restrição externa de leis compulsórias públicas⁸⁵.

Também pela noção de que a lei liberta, e não oprime, ou seja, pelo ideal de liberdade, caro a seus predecessores:

...não se deve dizer que o indivíduo no Estado sacrificou ‘parte’ de sua liberdade externa inata em favor de determinado propósito; mas sim que abandonou por completo sua liberdade selvagem e sem lei, a fim de encontrar sua liberdade de novo, por inteiro e não diminuída, mas na forma de uma ordem de dependência regulamentada, isto é, num estado civil regulamentado por leis de Direito⁸⁶.

Do mesmo modo, para Kant a legislação representa a vontade social e visa ao bem comum:

⁸⁴ *O espírito das leis*, Livro Décimo Primeiro, Capítulo IV, p. 166-167, grifei.

⁸⁵ In Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 252.

⁸⁶ *Idem*, p. 253.

...se ‘algum’ indivíduo determina alguma coisa no Estado em contradistinção a ‘outro’, é sempre possível que ele possa perpetrar uma injustiça com esse outro; mas isto nunca é possível quando ‘todos’ determinam e decretam o que deve ser lei para eles. *Volenti non fit injuria*. Por isso é apenas a vontade unida e concorde de todo o povo – na medida em que cada qual determina a mesma coisa sobre todos, e todos determinam a mesma coisa sobre cada um – que deve ter o poder de aprovar lei no Estado⁸⁷.

Numerosos outros filósofos modernos e contemporâneos podem ser referidos, visto que a herança de Platão é imensa, a ponto de rebelar-se Nietzsche contra o que entende tratar-se do mais persistente e perigoso dos erros cometidos até hoje: a invenção platônica do puro espírito em si⁸⁸. Mas, nos detenhamos aqui, porque a demonstração já foi feita.

A despeito dos precedentes políticos, ilustrados pela Carta Magna de 1215 e pelo *Bill of Rights* de 1689, e não obstante os méritos de Grócio, Hobbes e Locke que o antecederam, são de Montesquieu os contornos do que denominamos *princípio da legalidade*. É dele o mérito de, a partir de Platão, propor e difundir os ideais democráticos, dos quais a divisão das funções estatais, a limitação dos poderes e o conseqüente princípio da legalidade constituem elementos indissociáveis.

Origem política

Grosso modo, o regime medievo resultou das invasões dos povos bárbaros e da fragmentação política da Europa após a queda do Império Romano. A necessidade de defesa impôs a constituição de feudos e de armadas subordinadas aos senhores, aos quais também se submetiam os

⁸⁷ In Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 252.

⁸⁸ *Além do bem e do mal*, p. 7-8.

demais integrantes da comunidade (vassallos, servos etc.), cuja atividade principal consistia na produção agrária de subsistência.

As relações feudais eram pouco numerosas ou complexas, restringindo-se quase exclusivamente às mantidas entre senhores, vassallos e trabalhadores, isto é, às obrigações inerentes aos pactos de fidelidade mútua e de servidão⁸⁹. De outro modo, a prevalência da vontade do soberano sobre a de seus súditos era conseqüência natural e inevitável. A troca era universalmente aceita: por lhes garantir a segurança necessária à sobrevivência, lógico que predominasse o seu interesse. Nesse contexto, as normas jurídicas resumiam-se às costumeiras e aos poucos editos locais.

Bobbio assinala que a associação entre Direito e Estado é tão arraigada na cultura contemporânea e que estamos tão demasiadamente habituados a relacionar um com o outro, que temos dificuldade em conceber o Direito posto pela sociedade, e não pelo organismo estatal. No entanto, ele lembra que na Idade Média a sociedade era pluralista e constituída por uma gama de agrupamentos sociais, cada um com ordenamento jurídico próprio, e na qual o Direito “se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil.”⁹⁰. Naquela época, o Estado sequer existiu. Como observa Carl J. Friedrich, não se pode “falar do governo medieval como um Estado, quando nada justifica esse gênero de anacronismo. Para o pensamento medieval, havia príncipes, senhores, domínio e governo (*príncipes, domini, dominium, regimen*).”⁹¹.

⁸⁹ Conforme Gilissen, *Introdução histórica ao Direito*, p. 189.

⁹⁰ *O Positivismo Jurídico*, p. 27.

⁹¹ *Perspectiva histórica da Filosofia do Direito*, p. 59-60.

No período medieval, as funções atribuídas hoje ao Estado foram concentradas na figura do soberano local, a quem incumbia legislar, executar e decidir. Conforme Lima Lopes, na Idade Média governar era, sobretudo, administrar a Justiça⁹², considerada a função mais alta dentre todas as desempenhadas pelo o príncipe⁹³. Naquele tempo:

A justiça limitava o poder por cima (pela doutrina do Direito Natural e pela tradição) e por baixo (direitos dos particulares e pela autonomia das corporações, assim como pelos costumes), de modo que toda decisão (administrativa, judicial ou legislativa, nos termos atuais) deveria ser uma distribuição de justiça (dar o devido a cada um). Por isso, a atividade legislativa não se separava totalmente da atividade judicial ou administrativa: a interpretação, a legislação e a aplicação do Direito no caso concreto se misturavam, de tal modo que um breve, um rescrito, ou uma resposta, em geral atos ligados a um caso concreto, tornavam-se precedentes vinculantes e normativos gerais⁹⁴.

Por outro lado, governo e Igreja entrecruzavam-se e o teocentrismo dominava o pensamento cristão, tanto no plano do conhecimento, que se entendia determinado por revelação divina, quanto no plano político, por meio da justificação do poder temporal por vontade de Deus. Além disso, o poder temporal e o poder eclesiástico eram fragmentados por autoridades e normas locais, sem a unidade e a hierarquia atuais.

Gregório VII, papa entre 1073 e 1085, deu início à reforma da Igreja e, por sua influência, à construção do Estado. Emitiu em 1075 o *Dictatus Papae*, com vinte e sete proposições, dentre as quais que: somente o bispo de Roma (o papa) poderia ser chamado universal de direito; apenas ele poderia nomear e depor os demais bispos, legislar, depor imperadores; nenhum capítulo ou

⁹² Conforme José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História*, p. 75.

⁹³ Conforme José Reinaldo de Lima Lopes *et alli*, *Curso de História do Direito*, p. 213. No mesmo sentido, Carl J. Friedrich, *Perspectiva histórica da Filosofia do Direito*, p. 60.

⁹⁴ José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História*, p. 93.

livro poderia ser considerado canônico sem a sua autoridade; nenhum de seus julgamentos poderia ser revisto, mas lhe caberia rever os julgamentos de todos⁹⁵. O Ditado provocou a reação de Henrique IV, que foi às armas, dando origem à *Querela das Investiduras*, guerra terminada quase meio século depois, com a concordata de Wórmia, em 1122.

A reforma promovida por Gregório resultou na unificação e na centralização do poder eclesiástico, na construção de uma estrutura hierarquizada e disciplinada por normas expedidas por um organismo competente e não mais pelo costume local, que mais tarde serviu de modelo para os governos laicos⁹⁶ e para o desenvolvimento de uma ordem jurídica fundada na edição de regras de caráter geral, aplicáveis a todos os governados e não mais às pequenas coletividades feudais. Como diz Lima Lopes:

Da concepção de Igreja de Gregório começou a nascer o Estado: uma burocracia, um poder de criar legislação, uma ambição de universalidade. (...) A finalidade de Gregório foi o estabelecimento de um poder disciplinar em suas mãos, um controle central de uma população dispersa, o estabelecimento de uma identidade corporativa do clero com um certo corpo de leis disciplinares, o que veio a dar-lhe verdadeira consciência de classe⁹⁷.

O longo processo que teve início a partir do término das invasões, o incremento do comércio e o desenvolvimento dos burgos culminou com o fim da Idade Média e com a unificação do poder e a criação do Estado absolutista e, por conseguinte, do Direito, viabilizando a edição de normas de caráter geral aplicáveis no âmbito dos países nascentes.

⁹⁵ Conforme José Reinaldo de Lima Lopes, *O Direito na História*, p. 86.

⁹⁶ A respeito da influência da Igreja na formação do Estado moderno, vide Gerson Pistori, *A história do Direito do Trabalho*, p. 43-85.

⁹⁷ Idem, p. 90.

Em seguida, o racionalismo deflagrado por Tomás de Aquino ainda na Idade Média e incorporado no Renascimento por Hobbes, Locke, Montesquieu e outros, substituiu a fundamentação divina pelo fundamento racional do poder, vale dizer, pela vontade popular manifestada por meio do contrato social. O que implicou o fim do Absolutismo e a implantação de regimes políticos republicanos, fundados na noção de que o poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido.

Assim, a Renascença estabeleceu um novo paradigma, no dizer de Kuhn⁹⁸, um modelo caracterizado pela centralização do poder e do governo, pelo monopólio estatal da produção das normas jurídicas de caráter geral, pela fundamentação racional do poder soberano e das leis no contrato social e pela concepção de que ambos – lei e poder – deveriam ser limitados pelos interesses dos governados, e não dos governantes.

Bobbio mostra essa transformação, ao comparar as relações entre sociedade, Estado e Direito na Idade Média e na Idade Moderna:

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso

⁹⁸ Kuhn considera paradigmas “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”, in *A estrutura das revoluções científicas*, p. 13.

chamamos de *processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado*⁹⁹.

Foi nesse período de transição, entre o século XVI e o século XVIII, que se concebeu o Estado como é hoje e, com ele, o princípio da legalidade, cujos contornos foram traçados por Montesquieu em 1748, como foi visto anteriormente. É dele o mérito de propor e difundir a idéia de universalização do regime democrático fundado na divisão das funções estatais e na limitação dos poderes, dentre outros.

Por influência de Thomas Jefferson, as idéias de Montesquieu nortearam o constitucionalismo¹⁰⁰ e as Declarações de Direitos norte-americanas (*Bills of rights*)¹⁰¹. São bastante emblemáticos na Constituição dos Estados Unidos a tripartição das funções do Estado, o sistema presidencialista do Executivo e o sistema bicameral do Poder Legislativo, dentre outras

⁹⁹ *O Positivismo Jurídico*, p. 27.

¹⁰⁰ Segundo Steinmetz: “A expressão ‘constitucionalismo liberal’ e o termo ‘constitucionalismo’ são ambíguos e vagos, isto é, são empregados com sentidos diferentes e nem sempre é bem definido o campo de aplicação. A. V. Dicey, em *The law of de Constitution* (1885), sustentou que o governo da lei era a essência do constitucionalismo (cf. José Guilherme Merquior, *O liberalismo – antigo e moderno*, p. 46). Já para Norberto Bobbio (*Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil e Estado*, p. 110), ‘o constitucionalismo é uma teoria da Constituição como garantia das liberdades individuais (...)’. Maurizio Fioravanti (*Constitución*), p. 85, por sua vez, descreve o constitucionalismo “(...) como o conjunto de doutrinas que aproximadamente a partir da metade do século XVII se dedicaram a recuperar no horizonte da Constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia’. Essa pequena amostra revela que nas diferentes definições ou descrições há conteúdos diferentes, embora não excludentes (contraditórios), e também são diferentes os aspectos enfatizados”. In *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 65-66. Também se pode dizer que *constitucionalismo* signifique a circunstância da maioria dos Estados modernos de promulgarem Constituições escritas, como assinalado por Lassalle in *A essência da Constituição*, p. 41.

¹⁰¹ Fábio Konder Comparato afirma: “Se, juridicamente, o principal precedente das Declarações de Direitos norte-americanas é o ‘Bill of Rights’ inglês de 1689, o seu fundamento filosófico vem não só de Locke, mas também do pensamento ilustrado europeu do século XVIII, notadamente dos escritos de Montesquieu e Rousseau.” COMPARATO, Fábio Konder; *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 108.

propostas feitas em “O espírito das leis”, e desenvolvidas a partir da observação das instituições políticas inglesas. Pedro Viera Mota observa: “Os norte-americanos elaboraram sua Constituição (1787) seguindo Montesquieu. Na divisão horizontal dos Poderes, basearam-se no Livro Décimo Primeiro de ‘O espírito das leis’; e, para a divisão vertical, basearam-se no Livro Nono”¹⁰². Por seu turno, a Constituição norte-americana serviu de modelo para as Constituições dos países modernos, com especial destaque para as brasileiras.

Além de nortear o constitucionalismo, as idéias de Montesquieu influenciaram o pensamento jurídico ocidental e, sobretudo, a obra de Kant, que, segundo Clarence Morris, “nutria um interesse simpático pela Revolução Francesa e pela americana”¹⁰³. Em “Doutrina do Direito”, de 1797, encontra-se manifesta a adesão à tese da tripartição das funções do Estado:

Cada cidade encerra em si três *poderes*, isto é, a vontade universalmente conjunta numa pessoa tripla (*trias política*): o *poder soberano* (*soberania*) na pessoa do legislador, o *poder executivo* (segundo a lei) na pessoa do governo e o *poder judicial* (como reconhecimento de o Meu de cada qual segundo a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislatória rectoria et judiciária*).

Curiosa é a correspondência que faz Kant entre as funções do Estado e o silogismo:

Isto corresponde às três proposições de um raciocínio prático: à maior, ou princípios, que contém a *lei* de uma vontade; à menor, que contém o *preceito* de conduta em consequência da lei, isto é, o princípio da subordinação à lei; e, enfim, à conclusão que contém a *sentença*, ou o que é de direito nos diferentes casos¹⁰⁴.

¹⁰² *O espírito das leis*, p. 201.

¹⁰³ *Os grandes filósofos do Direito*, p. 237.

É interessante observar que o sistema inglês inspirou a obra do francês Montesquieu, que serviu de molde à Constituição norte-americana, a qual, por sua vez, norteou as Constituições modernas. Mas não deixa de ser intrigante que a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” não consta expressamente da legislação e das Constituições da Inglaterra e dos Estados Unidos, muito embora ambos os países sejam precursores dos direitos e garantias fundamentais. Explica-se isso pela tradição e pelo modelo jurídico adotado por esses países.

Neles, tal proposição é admitida parcialmente, na medida em que a lei escrita e emanada do poder competente é necessária, por exemplo, para a criação de tributos. É o que demonstra a Seção 8, do artigo I, da Constituição dos Estados Unidos da América. Porém, nas relações privadas e por vezes nas públicas, a exclusão de qualquer outra fonte normativa (“*senão em virtude de lei*”) é incompatível com o sistema da *common law* ou com disposições, como a da emenda IX, da Constituição norte-americana, segundo a qual a enumeração de certos direitos na Constituição não deve ser interpretada no sentido de anular ou restringir outros direitos conservados pelo povo.

Proposição com alcance semelhante à do inciso II, do artigo 5º, da Constituição brasileira é vista nas Constituições de poucos países, como a da Argentina (o grifo é nosso):

Art. 19. - Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. *Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.*

¹⁰⁴ *Doutrina do Direito*, Segunda Parte, Seção I, XLV, p. 152.

Por esse esforço vê-se que, no plano político, o princípio da legalidade integra o rol das garantias fundamentais e é produto do Estado moderno¹⁰⁵, assim entendido como o Estado democrático ou de direito. Característica marcante desse modelo de organização social é a almejada – mas nem sempre alcançada – predominância do interesse dos governados sobre o interesse dos governantes, a também dita soberania do interesse público. Em suma, o que se conhece por *cidadania*.

Conforme Bobbio: “É com o nascimento do Estado de Direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. (...) O Estado de Direito é o Estado dos cidadãos”¹⁰⁶. Por sua vez, o Direito Moderno é fruto desse modelo de organização social nascido da queda do Absolutismo. Reale arremata: “...é com a Revolução Francesa que nasce o Direito Moderno.”¹⁰⁷.

Portanto, a relação entre o princípio da legalidade e o Estado democrático de Direito é direta: é a lei que dita a constituição, a organização e o funcionamento do Estado e rege as relações com os particulares. Portanto, a lei compõe a base e a estrutura do sistema, desde o plano constitucional, até o plano infraconstitucional. Enfim, é o que sustenta a fundação e o corpo do Estado e as relações sociais.

¹⁰⁵ O adjetivo *moderno* tem aqui sentido histórico e conceitual, e não cronológico, ou seja, o Estado moderno deve ser entendido como modelo de organização social, independentemente de sua existência no tempo, porquanto alguns Estados contemporâneos estão longe da modernidade.

¹⁰⁶ *A Era dos Direitos*, p. 61.

¹⁰⁷ *A nova fase do Direito Moderno*, p. 74.

Origem econômica

A transição da Idade Média para a Idade Moderna não se deu por um salto. Entre os séculos XI e XVIII ocorreram inúmeras e substanciais mudanças de ordem econômica, política e social, inclusive de ordem científica. No tópico anterior, foi destacado o contraste entre o Direito e a Política no período medieval e no período moderno, a fim de sublinhar a inversão paradigmática: da prevalência do interesse do governante sobre o interesse dos governados passou-se ao predomínio dos interesses dos governados sobre o dos governantes, ou à soberania do interesse público, que constitui a base do princípio da legalidade.

Mas há outro aspecto a ser considerado, outro anseio despertado na transição da Idade Média para a Idade Moderna, e transportado para a Idade Contemporânea: o da estabilidade jurídica das relações ou, simplesmente, o ideal da segurança jurídica.

Foi visto que a estrutura do poder feudal deu ensejo a um modelo político-jurídico pluralista, caracterizado pela possibilidade da existência de ordens jurídicas paralelas, aplicáveis simultaneamente a diferentes classes de pessoas no mesmo território e fundado na Teologia. Também se viu que em tal modelo as normas jurídicas eram ditadas preponderantemente por costume, e quando não, pelo soberano local que as expedia, aplicava e executava especialmente em razão de seu interesse, nem sempre coincidente com os dos seus súditos, servos ou vassalos. Isso resultou em um regime sujeito à vontade de poucos e que foi substituído paulatinamente por outro mais adequado às circunstâncias que surgiram; implicou transformações nos campos político, jurídico e filosófico. As mudanças no plano filosófico foram parcialmente

retratadas, mas no plano jurídico merece realce o panorama traçado por Lima Lopes *et alli*:

Do ponto de vista da cultura jurídica e das escolas de pensamento, é nesse período, entre os séculos XVI e XVIII, que convivem lado a lado a tradição jurídica dos Doutores, debruçados sobre o material romano, os costumes locais e a crescente legislação régia, com a pretensão dos jusnaturalistas de darem um novo fundamento, uma nova ordem e um novo modo de raciocinar a respeito do direito. (...) Pode-se, sem embargo, dizer que os diversos jusnaturalismos têm em comum certo antagonismo com a maneira casuística de proceder dos juristas medievais e, ainda em boa parte, dos juristas do Antigo Regime. Os jusnaturalistas apelam com mais freqüência e clareza para uma 'natureza humana' universal e abstrata, que justifica maior uniformidade nas regras. (...). Apenam também para uma seqüência de raciocínio de caráter mais demonstrativo. *No século XVIII é cada vez mais importante o ideal de certeza, previsibilidade e calculabilidade das decisões jurídicas. São os juristas do Antigo Regime que dão início a este esforço de ordem que se consolidará no século XIX na forma dos códigos*¹⁰⁸.

Esse esboço demonstra a importância do jusnaturalismo na formação dos modernos sistemas jurídicos ocidentais, porquanto sua concepção racional e hierarquizada de princípios e normas forneceu as bases para a codificação do Direito nos países de tradição romano-germânica. Codificação se supôs de início que fosse bastante para alcançar o ideal da previsibilidade e da estabilidade das relações, mas que ao final se mostrou impossível de ser atingido.

Tão importantes quanto as mudanças nos planos filosófico e jurídico, foram as modificações no plano econômico. Enquanto no período medieval a economia fundou-se na produção agrária de subsistência e no Renascimento se baseou no comércio, na Idade Moderna ela se estruturou sobre a indústria e na Idade Contemporânea sobre esta e sobre os serviços. Sucederam-se

¹⁰⁸ *Curso de História do Direito*, p. 121-122, grifamos.

Feudalismo, Mercantilismo e Capitalismo, que ditaram transformações políticas e sociais das mais profundas.

Alyson Leandro Mascaro demonstra a relação entre o Estado moderno, a legalidade e o Capitalismo. Com base em Marx, observa que a igualdade formal e a autonomia da vontade das partes são pressupostos do Capitalismo, cuja lógica pressupõe igualdade e liberdade formais, pois exige que vendedor e comprador sejam iguais em direitos e obrigações, livres para vender e comprar. Ele aponta que não se desenvolve o comércio na relação entre servo e senhor, tampouco em sociedades fechadas em territórios e dadas a privilégios e estamentos, ou em guerra permanente, como verificado na Alta Idade Média.

Portanto, a liberdade de trânsito, de relações e a igualdade formal (mas não substancial) constituíram condições necessárias para o desenvolvimento da atividade comercial, e não somente alternativas para escapar da opressão. E, pela incompatibilidade entre tais condições e os modelos de poder medieval e absolutista foi que se implantou o novo regime de acordo com as pretensões e os anseios da burguesia nascente. Regime que pôs freio ao soberano e, ao mesmo tempo, garantiu a liberdade aos particulares por força de lei. Em outras palavras, o comércio revigorado com a cessação das invasões pôs fim à Idade Média e deu ensejo à formação dos Estados absolutistas do Renascimento; por sua vez, as exigências do Capitalismo – igualdade e liberdade, asseguradas por lei – deram cabo do Absolutismo e desencadearam a formação do moderno Estado burguês. Diz Alysson Mascaro:

O Estado moderno surge como necessidade burguesa à medida que necessita – dentre outras funções, como unificar territórios feudais a fim de criar mercado consumidor – instituir uma nova forma de

relação social, em cuja aparência esteja inscrita a *igualdade*. O Direito Moderno aqui se esboça, ao fazer com que, na instância da transação, na circulação mercantil, a forma de relação seja de iguais perante a lei¹⁰⁹.

(...)

A igualdade e a liberdade de negócio, até então privilégio e concessão, passam a se encontrar na estabilidade da forma da lei. Abre-se o mundo do Positivismo jurídico. Já não mais é necessário afirmar um mundo burguês numa pretensão de jusnaturalismo. O Estado burguês dá o seu próprio direito positivo burguês¹¹⁰.

É sua opinião que as modificações no plano econômico precederam e ditaram as mudanças no plano filosófico e no plano político, ou seja, Direito, Filosofia e Política foram conduzidos pela economia. Vai ainda mais longe ao dizer que Capitalismo é legalidade e que legalidade é Capitalismo, pois dele é consequência e somente nele é que se torna plena. Assim, afirma:

A vitória de um governo de leis, não de homens, e a vitória do mecanismo institucional sobre a vontade do soberano só se tornaram possíveis a partir do momento em que a lógica econômica é de auto-reprodução.

(...)

O lugar político, anteriormente o lugar do arbítrio pleno, da vontade sem peias, vai abrindo espaço para o controle, para a regulamentação, para os limites. O Absolutismo talvez tenha sido a última expressão de um mundo político não plenamente adequado à auto-reprodução econômica e seu conseqüente regime de plena legalidade. Quanto o Iluminismo, Rousseau, Kant e outros mais derrubaram na Filosofia o Absolutismo, chegaram ao cume teórico de um movimento que a prática já havia conquistado¹¹¹.

Opinião semelhante tem Pasukanis, para quem as relações econômicas antecedem as relações jurídicas, que são delas consequência. Como afirma: “a relação econômica é, em seu movimento real, a fonte da relação jurídica que nasce somente no momento do desacordo”¹¹².

¹⁰⁹ *Crítica da legalidade e do Direito brasileiro*, p. 26.

¹¹⁰ *Idem*, p. 31.

¹¹¹ *Idem*, p. 22.

¹¹² *A Teoria Geral do Direito e o marxismo*, p. 64.

Independente da ótica marxista comum, as afirmações de Alysson Mascaro e Pasukanis são verdadeiras. De fato, em grande parte as transformações políticas e jurídicas verificadas a partir do século XVI resultaram do restabelecimento e incremento do comércio e das navegações transoceânicas, que proporcionaram condições adequadas ao surgimento e o desenvolvimento do Capitalismo e do Estado republicano e burguês. Além disso, existe relação entre legalidade e Capitalismo, porquanto o respeito às leis é o que impulsiona o desenvolvimento econômico, como demonstra Eduardo Gianetti¹¹³.

Mas é exagerado condicionar a evolução da sociedade e do Direito exclusivamente à economia, vez que muitos outros fatores devem ser considerados. Gianetti, por exemplo, reconhece que a constituição econômica e o respeito às regras do jogo nas sociedades dependem de um processo de formação de crenças e sentimentos morais “sobre o qual muito pouco se sabe de um ponto de vista científico”¹¹⁴. Por outro lado, em “A ética protestante e o espírito do Capitalismo”, Weber comprova que a fé religiosa não só move montanhas, mas também influi na economia e nos sistemas jurídicos dos países.

Convém lembrar que o Direito é um objeto cultural ou, no dizer de Reale, “é condição primeira de toda a cultura”¹¹⁵; por isso, é sujeito a circunstâncias das mais variadas ordens, dentre as quais as econômicas representam uma parte significativa, mas longe de ser o todo. Não se deve cair na armadilha marxista de subordinar a Política e o Direito à economia, porquanto há muitos valores em jogo. É como assinala Machado Neto:

¹¹³ *Vícios privados, benefícios públicos?*, p. 151-185.

¹¹⁴ *Idem*, p. 185.

¹¹⁵ *Filosofia do Direito*, p. 713.

Que o direito é um objeto cultural, eis o ponto de encontro de quantas doutrinas jurídicas estão hoje à altura dos tempos. Essa, a grande conquista da ontologia recente. Abandonando as posições unilaterais que viam o direito como puro valor, simples norma ou apenas fato, o culturalismo, com o descobrir que o direito se encaixa naquela região ôntica que se constitui dos objetos criados pelo homem, aponta unânime, além do caráter factual (histórico-social) do direito, o seu *sentido* humano que lhe advém de uma referência a específicos *valores*, como ocorre com todo objeto cultural¹¹⁶.

Mesmo assim, é forçoso reconhecer a influência do Mercantilismo e do Capitalismo na Filosofia. Montesquieu, por exemplo, dedica todo o livro vigésimo segundo de “O espírito das leis” à relação entre a política, as leis e o comércio, em que sustenta a incompatibilidade entre este e o regime monárquico. Assevera que “as grandes empresas do comércio não são para as monarquias, e sim para o governo de vários” (república). Além disso, defende a propriedade privada e a estabilidade das relações, ao afirmar que: “uma maior certeza sobre a propriedade que se pensa ter nestes Estados faz com que tudo se emprenda e, porque pensam estar seguros do que adquiriram, ousam arrisca-lo para adquirirem mais”¹¹⁷. Acrescenta que a liberdade, a legalidade e a igualdade favorecem o comércio, e tece elogios à Inglaterra, que “sempre fez com que seus interesses políticos cedessem aos interesses de seu comércio”¹¹⁸. Por fim, critica os confiscos e privilégios, como os verificados em Portugal, Espanha ou Goa¹¹⁹.

Portanto, do ponto de vista econômico, a legalidade representa o esteio das relações, a garantir-lhe a liberdade, a igualdade, a estabilidade e a segurança necessárias ao desenvolvimento da produção e do comércio.

¹¹⁶ *Teoria da Ciência Jurídica*, p. 36.

¹¹⁷ *O espírito das leis*, p. 347.

¹¹⁸ *Idem*, p. 349.

¹¹⁹ *Idem*, p. 355-356.

Positivismo e Neopositivismo: lei onipresente e redução da legalidade

Codificação e positivação do Direito

Concluída a transição da Idade Média para a Idade Moderna ocorrida no século XVIII, durante todo o século XIX e na primeira metade do século XX seguiram-se transformações políticas, econômicas, sociais e, principalmente, jurídicas e filosóficas, as quais colocaram em evidência o papel da lei nos países ocidentais de tradição romano-germânica. Dessa época, três grandes pontos merecem destaque: o movimento em torno da codificação e positivação do Direito, as exigências da sociedade industrial e do estado de bem-estar social e o Neopositivismo jurídico.

A codificação e a positivação das normas jurídicas, calcadas na crença do poder da lei de ditar os rumos da sociedade e nas pretensões de completude, cientificidade e pureza do Direito, impulsionaram a produção legislativa e a compilação em códigos e deram ensejo à formação de sistemas até então inexistentes. Por sua vez, a dinâmica da sociedade industrial e os reclamos do bem-estar social exigiram a produção de normas em ritmo acelerado. Porém, o Positivismo e, com mais ênfase, o Neopositivismo jurídico, isolaram as leis da moral e dos fatos e relegaram a legalidade à lógica da pertinência e da conformação às normas, promovendo o divórcio da realidade.

A idéia de codificação é antiga. Segundo Gilissen, o termo *codex* é de origem romana: “*caudex* é um conjunto de várias tábuas unidas; daí, tabuinha de escrever, livro; *codex* designa a união material de vários elementos antes

dispersos.” Ele narra que os códigos de Teodósio (438) e Justiniano (529 e 534) são os exemplos mais antigos, não obstante esse nome também tenha sido atribuído a compilações pré-romanas, como os códigos de Ur-Nammu, de Hamurabi e Hitita, o código sacerdotal dos Hebreus, a Lei das XII Tábuas, etc., que não tiveram a mesma importância dos textos romanos¹²⁰.

Segundo Bobbio, a origem do Positivismo jurídico na modernidade está relacionada com o processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado. Ele recorda que, antes da formação do Estado moderno:

...o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas, e resolver o caso baseando-se em critérios eqüitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural¹²¹.

Com o novo modelo de Estado, o juiz tornou-se órgão estatal subordinado ao Legislativo, impondo-se a ele a obrigação de aplicar as normas postas e revelando-se o Estado como o único criador do direito.

Como foi visto, tal resultou do processo iniciado no século XVI, em que contratualismo, racionalismo e jusnaturalismo apresentaram o fundamento racional-natural da limitação do poder do Estado e nortearam o constitucionalismo e toda a Filosofia do Direito. Conforme Palombella, o pressuposto do poder e sua justificação funcional tornaram-se dignos de explicitação teórica e argumentada, qual seja a delegação da soberania para fins da tutela do delegante, mas no século XIX, contratualismo, racionalismo

¹²⁰ *Introdução histórica ao Direito*, p. 449.

¹²¹ *O positivismo jurídico*, p. 27-29.

e jusnaturalismo declinaram e deram lugar à codificação e à positivação do direito¹²².

Na gênese do movimento de positivação e codificação das normas jurídicas encontra-se a crítica de Jeremy Bentham (1748-1832) à *common law* inglesa e ao que entendia serem as deficiências daquele sistema, resumidas por Bobbio: a) A incerteza sobre a existência das regras jurídicas e o seu conteúdo e a conseqüente insegurança sobre os comportamentos a adotar; b) A retroatividade do Direito Comum quando da criação de precedentes, ante a ausência de normas prévias a determinar a decisão judicial; c) A circunstância de o Direito Comum não se fundar no princípio da utilidade para a maioria, mas na individualidade do caso concreto; d) O fato de os juízes resolverem as controvérsias segundo seu conhecimento limitado, e não de acordo com leis editadas por indivíduos ou comissões dotados de competência específica; e) A ausência de controle do povo sobre a produção do Direito por parte dos julgadores¹²³.

Em sua principal obra, “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”, concluída em 1780, mas publicada somente em 1789, Bentham definiu a *lei* como sendo a reunião de sinais declaratórios da vontade concebida pelo soberano de um Estado quanto à conduta a ser observada num determinado caso por determinada pessoa ou classe de pessoas¹²⁴, conceito ao qual não correspondiam as leis costumeiras de seu país. Em sua opinião, somente as leis escritas seriam leis verdadeiras e dignas de povos civilizados:

¹²² *Filosofia do Direito*, p. 119-120.

¹²³ *O positivismo jurídico*, p. 97-100.

¹²⁴ *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 276.

“A lei escrita é para as nações civilizadas; a lei tradicional, para as nações bárbaras; a lei consuetudinária, para os selvagens.”¹²⁵.

Portanto, as leis haveriam de ser redigidas pelo poder soberano e compiladas em códigos, segundo os princípios do *Utilitarismo* (a maior felicidade para o maior número de pessoas), da *completude* (as lacunas reabririam as portas ao arbítrio dos juízes), da *clareza* (as normas deveriam ser inteligíveis por qualquer cidadão) e da *motivação* (indicação de sua finalidade)¹²⁶. Certo que em sua opinião os códigos jamais seriam perfeitos, pois sempre haveria a possibilidade de ocorrerem mudanças que determinassem sua atualização, mas cuja alteração causaria menos impacto e perturbações que a edição de um novo estatuto¹²⁷.

A proposta de compilação das leis em códigos não foi originária de Bentham, haja vista os códigos da Antigüidade. Além do mais, antes da publicação de sua obra em 1789, já eram conhecidos os Códigos Civis da Dinamarca de 1683, da Noruega de 1687 e da Suécia e da Finlândia de 1734¹²⁸, bem como o Código Penal de 1752, o Código Civil de 1756, da Baviera, e o Código Penal da Toscana de 1786¹²⁹. E, posteriores à publicação

¹²⁵ *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 281.

¹²⁶ Conforme Bobbio, *O Positivismo Jurídico*, p. 97-100.

¹²⁷ *Idem*, p. 285.

¹²⁸ Conforme René David, o qual destaca que na Dinamarca, na Noruega e na Islândia os códigos deixaram de existir na prática, pois suas diversas partes foram ab-rogadas ou substituídas por grandes leis e que o código de 1734, da Suécia e da Finlândia, continua a ser denominado como tal, mas que todas as suas seções foram inteiramente reformadas em diferentes épocas. In *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, p. 97.

¹²⁹ Conforme Lima Lopes *et alli*, *Curso de História do Direito*, p. 215.

mencionada, há o Código Civil da Prússia, o *Allgemeines Landrecht*, de 1794¹³⁰, e o Código Civil da Áustria de 1811¹³¹.

O movimento em torno da codificação das leis no Direito ocidental ganhou impulso com o Código Civil francês de 1804, também denominado Código de Napoleão. Foi conseqüência da grande aceitação da doutrina de Bentham na França (que lhe concedeu cidadania honorária em 1792¹³²), bem como da noção assinalada de que a legalidade representaria a garantia da estabilidade no âmbito das relações econômicas e conferiria a segurança necessária ao desenvolvimento da produção e do comércio. Conforme Capella:

A codificação responde ante tudo ao ideal burguês de perdurar. O Código é o arquétipo da norma *permanente*, não destinada a trocar facilmente dado seu caráter geral e *estruturante* de âmbitos normativos completos¹³³.

Cabe ver que o Código Civil francês foi editado após a Revolução de 1789 – dita burguesa – e foi seguido pelos Códigos de Processo Civil de 1807, Comercial de 1807, de Instrução Criminal de 1808 e Penal de 1810, o que demonstra a relação entre eles e os postulados revolucionários e sua influência nas relações civis.

A importância dos códigos franceses no Direito ocidental no século XIX foi muito grande. Gilissen aponta que eles foram aplicados em todos os países incorporados pela França até 1814 (Bélgica, Países Baixos, norte da Itália, Renânia, Genebra), e que vários Estados da América os adotaram,

¹³⁰ Conforme René David, *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, p. 97.

¹³¹ Conforme Lima Lopes *et alli*, *Curso de História do Direito*, p. 215.

¹³² Conforme Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 261.

¹³³ *Fruto proibido*, p. 135.

como Haiti (1826), Bolívia (1843), Peru (1852), Chile (1855), Costa Rica (1856), Uruguai (1869), México (1870), Argentina (1870) e Venezuela (1873). Além disso, outros numerosos códigos foram neles inspirados, como os da Itália (1865), da Romênia (1865), de Portugal (1867), do Egito (1875), da Espanha (1889) e até do Japão (1890).

Gilissen afirma que a difusão dos códigos franceses cessou apenas no século XX, após a edição dos códigos da Alemanha (1900) e da Suíça (1907), que se tornaram novos modelos para o Direito Civil, da mesma maneira que o Código Penal italiano tornou-se modelo para a codificação do Direito Penal. São exemplos da influência do BGB alemão de 1900 os Códigos Civis do Brasil (1916), da Tailândia (1925), do Peru (1925) e da Grécia, assim como o Código Civil da Turquia de 1926 é exemplo da influência do código suíço¹³⁴.

Conhecer as pretensões da época da codificação na França permite entender o intenso impulso em torno da sistematização e da compilação que dominou o ocidente. Com a redação dos códigos, almejava-se que as leis fossem compreendidas por toda a população; imaginava-se que, se cada um conhecesse seus direitos, ninguém os infringiria, quiçá fosse possível suprimir os tribunais e os advogados; por conseguinte, pensava-se que a legislação haveria de ser prática, simples, e não conter definições; a doutrina deveria pertencer ao ensino do Direito e aos livros dos juristas¹³⁵. Mas, sobretudo, a codificação das leis, a separação dos poderes e a estatização da Justiça visavam à certeza e à segurança de que as normas postas pelo poder soberano seriam aplicadas de modo impessoal e igualitário, sem as peias do sistema venal e repleto de privilégios do Antigo Regime.

¹³⁴ *Introdução histórica do Direito*, p. 456-461.

Conquanto se esteja a comentar as pretensões na França, elas coincidem em boa parte com as proposições do Marquês de Beccaria:

...só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. (...) Nem mesmo a autoridade de interpretar as leis penais pode caber aos juizes criminais, pela própria razão de não serem eles legisladores. (...) Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei; a consequência, a liberdade ou a pena. (...) Nada mais perigoso do que o axioma comum de que é necessário consultar o espírito da lei¹³⁶.

Tais proposições não devem causar estranheza, vez que Beccaria inspirou-se confessadamente em Montesquieu, conforme foi visto. Isso demonstra que as concepções relatadas disseminaram-se na Europa entre os séculos XVI e XIX, como ilustrado nos primeiros capítulos.

Entre os séculos XVI e XIX, as leis – codificadas ou esparsas – regularam preponderantemente as relações entre os indivíduos e o Estado (leis penais, tributárias, processuais etc.) e, de maneira limitada as relações entre particulares, notadamente por meio dos Códigos Civis e das leis comerciais. Só mais tarde, na transição dos séculos XIX e XX, que as leis se estenderam aos novos domínios do Direito Privado, até então não desbravados. Houve várias razões para tanto, vejamos algumas delas.

As relações sociais na Europa ocidental durante a Alta Idade Média não eram numerosas, nem complexas: resumiam-se quase exclusivamente às havidas entre senhores ou entre senhores e não-senhores¹³⁷. O regime feudal

¹³⁵ Conforme Gilissen, *Introdução histórica do Direito*, p. 450 e 453.

¹³⁶ *Dos delitos e das penas*, Introdução, III e IV, p. 44-46.

¹³⁷ Conforme Lima Lopes, *O Direito na História*, p. 73.

foi essencialmente estável, composto por institutos, estamentos, classes e privilégios rígidos, e pouco exigia para a manutenção da ordem. Os direitos de propriedade e de herança eram restritos aos senhorios e nobres e alguns vassallos. A circulação de bens ou serviços era quase inexistente. O comércio local não requeria mais que as tradições ou nem isso, pois em sua maioria não ultrapassava o escambo de gêneros destinados à subsistência. Nesse contexto, os costumes e as leis locais bastavam à ordem.

Isso é afirmado por Lima Lopes: “Na Idade Média não se entendia a legislação ou o poder de legislar como hoje o entendemos. De fato, a legislação constituía-se sobretudo da consolidação de costumes”¹³⁸. Caenegem também descreve:

O Direito Feudal era um corpo completo de normas jurídicas que, sobretudo no campo da propriedade fundiária, foi mantido durante vários séculos. Tomou forma e se desenvolveu durante quatro séculos sem a intervenção de qualquer legislação significativa e sem qualquer ensino ou saber jurídico. Seu desenvolvimento dependia dos costumes e, eventualmente, do envolvimento de um soberano que estivesse preocupado em regulamentar uma questão de detalhe ou inovar num aspecto particular¹³⁹.

A partir do século XI e até o final da Baixa Idade Média, com a formação dos burgos e o incremento do comércio, as sociedades se diversificaram paulatinamente, embora não a ponto de exigir ainda a promulgação de leis de caráter geral. Aos costumes e às leis da terra somaram-se o Direito Canônico, desenvolvido com a reforma da Igreja, e o Direito Romano, resgatado nas universidades nascentes. O que se mostrou suficiente, dado o prodigioso Direito Privado Romano, que subsistiu em grande parte até a atualidade.

¹³⁸ *O Direito na História*, p. 91.

¹³⁹ *Uma introdução histórica ao Direito Privado*, p. 21.

Contudo, é necessário advertir que esse processo não ocorreu de maneira uniforme em toda a Europa. Gilissen aponta que durante os séculos VI a XII o Direito Bizantino predominou no sudeste europeu, o muçulmano prevaleceu no sudoeste, especialmente na Península Ibérica e na Gália, e o Direito Romano continuou a ser aplicado às populações de origem romana, concomitantemente com o Direito dos povos invasores, num amálgama que se fez lentamente do século V ao século VIII. O Direito Feudal só dominou a Europa durante dois ou três séculos, desde o fim do século IX até o século XII, e só desapareceu definitivamente nos fins do século XVIII na França, na Bélgica e na Alemanha, no século XIX¹⁴⁰.

Ao cabo da Baixa Idade Média, a modernidade incorporou às sociedades novos elementos. O Mercantilismo e o posterior Capitalismo, bem como o fim do Antigo Regime medieval, impuseram às relações dinamismo e complexidade até então inexistentes, exigindo do Estado em desenvolvimento regulamentação necessária.

Natural que as regras da época – contidas em leis e nas nascentes Constituições – privilegiassem as relações entre os indivíduos e o poder, notadamente os direitos individuais, pois se estava a construir o Estado de Direito, desconhecido pelas sociedades romana e medieval. Além do mais, o Direito Romano incorporou-se aos códigos e se mostrou capaz de regular a contento as relações entre particulares. Afora isso, o liberalismo predominante entre os séculos XVIII e XIX impôs que o Estado não interviesse no domínio privado, salvo no campo das obrigações e do comércio, o que constituiu um sério obstáculo político à edição de normas nesse âmbito.

¹⁴⁰ *Introdução histórica do Direito*, p. 128.

Enfim, cuidou-se dos direitos de primeira geração, isto é, os inerentes à *liberdade*¹⁴¹. Ou, no dizer de Reale, da *primeira fase do Direito Moderno*, caracterizada pelo primado do individualismo, isto é, pela tutela dos interesses e das garantias individuais, da autonomia e da iniciativa privada, e pelo distanciamento do Estado das preocupações econômicas e sociais. Em suas palavras:

...o Estado estava presente nessa visão jurídica de natureza privada através de leis por ele promulgadas, e cuja finalidade essencial era a salvaguarda das prerrogativas individuais, em função das quais se operava a modelagem do Estado de Direito, por princípio alheio às vicissitudes da economia, confiada aos bons resultados esperados da livre iniciativa, sob o duplo fundamento da propriedade privada e da autonomia da vontade¹⁴².

A atenção dos Estados para com a economia e a sociedade, e não apenas com o comércio e o Direito Civil, demorou a ser despertada, o que só veio a ocorrer entre o final do século XIX e o início do século XX, dando ensejo aos direitos de segunda geração (de igualdade), ou segunda fase do Direito Moderno.

No início do século XX o movimento de codificação declinou. Não obstante, a produção legislativa manteve-se intensa durante toda essa fase e posteriormente a ela. Gilissen aponta que, de 1795 a 1980, foram editadas na Bélgica cerca de 125.000 leis em sentido amplo, isto é, leis propriamente ditas

¹⁴¹ Adotamos a divisão de Paulo Bonavides que, por sua vez, segue a lição de Karel Vasak: a) Os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, isto é, os direitos civis e políticos estabelecidos no século XVIII e que foram primeiramente positivados; b) Os de segunda geração são os direitos da igualdade, que dominaram o século XX, vale dizer, os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades; c) Os de terceira geração correspondem aos direitos da fraternidade, cristalizados ao fim do século XX, quais sejam, os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação; d) Por fim, os de quarta geração são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, in *Curso de Direito Constitucional*, p. 560-578.

(17.500), decretos do Poder Executivo (102.000) e convenções internacionais (5.500), dos quais restavam em 1978 2.754 leis, sendo 605 do período francês¹⁴³.

No Brasil, não muito diferente, desde a edição da primeira lei da atual série, inaugurada em 1946 (Lei n. 1, de 4 de outubro de 1946), até o último dia do ano de 2007, foram criadas no âmbito da União Federal 11.638 leis ordinárias. Além delas, outras 127 leis complementares foram editadas no período entre 1967 e 2007. Isso não inclui a legislação anterior àquela data e nem os posteriores decretos-leis (não mais existentes), as medidas provisórias, as leis delegadas, os decretos do Poder Executivo e outras diversas espécies legislativas de menor escalão. Tampouco inclui a legislação produzida pelos atuais 27 Estados da federação e pelos mais de 5.500 municípios. Por sinal, não se sabe sequer quantos instrumentos normativos de origem legal existem no país: a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República estima que sejam 181.318 no âmbito federal, das quais cerca de 53.000 estejam de fato vigentes¹⁴⁴.

É certo que em sua maioria as leis mencionadas não são em sentido próprio, não estabelecem regras jurídicas. São leis somente em sentido formal, atos de administração, emanados do Poder Legislativo, como a Lei n. 1, de 4 de outubro de 1946, que autorizou o Ministério da Agricultura a abrir crédito especial para atender a despesas com o combate de nuvens de gafanhotos na região sul do país; ou, menos que isso, caso da Lei n. 11.635,

¹⁴² *Nova fase do Direito moderno*, p. 95-96.

¹⁴³ *Introdução histórica do Direito*, p. 462-470.

¹⁴⁴ Expedito Filho, *Menos de um terço das 181 mil leis brasileiras estão de fato em vigor*, in *O Estado de São Paulo*, 15-4-2007, p. A12.

de 27 de dezembro de 2007, que instituiu o dia nacional de combate à intolerância religiosa; o que também ocorre na Bélgica, segundo Gilissen¹⁴⁵.

Do movimento de codificação e da intensificação da atividade legislativa, impende notar a importância da lei a partir do século XVI, fruto, sem dúvida, da expansão do princípio da legalidade e da crescente intervenção do Estado nas sociedades modernas. Como sempre, vários fatores o determinaram. Além dos já mencionados, destacam-se as exigências da nova economia industrial e do bem-estar social e a crença no papel da lei como instrumento de desenvolvimento de toda a sociedade.

Sociedade industrial e bem-estar social

As transformações verificadas no ocidente a partir do século XVIII não se limitaram ao plano político: também ocorreram nos planos econômico e social.

A primeira Revolução Industrial, decorrente da invenção da máquina a vapor em 1765, aliada ao acúmulo de capitais com o Mercantilismo, deu ensejo à formação e ao desenvolvimento do Capitalismo, cujas bases se assentaram sobre os pilares do comércio, do consumo, da apropriação dos meios de produção e do labor por conta alheia, remunerado mediante salário.

A oferta de trabalho na indústria e o esgotamento do modelo agrário feudal induziram a que, no curso do século XIX, os trabalhadores acorressem aos burgos formados ao final da Idade Média, dando ensejo à criação de

¹⁴⁵ *Introdução histórica do Direito*, p. 462.

novas classes sociais, dentre outras as classes dos industriais capitalistas e dos operários e suas proles ou, simplesmente, proletariado. À multiplicidade das relações econômicas, seguiu-se a multiplicação de problemas e de relações sociais, que demandaram regulamentos distintos daqueles antes havidos.

Se a construção do Estado de Direito caracterizou os séculos XVIII e XIX, a edificação do estado do bem-estar social assinalou o século XX. Foi grande a participação da Alemanha neste processo, para o qual contribuíram significativamente Carl Marx (1818-1883), Friedrich Engels (1820-1895) e Otto von Bismarck (1815-1898). Também foi importante o papel da Igreja, que ainda dispunha de grande influência política naquela época, embora menor que nos séculos anteriores.

Com o seu Manifesto Comunista (1848), Marx e Engels formularam a crítica ao Capitalismo liberal e propuseram o regime comunista, incitando a classe operária a tomar o poder e implantar a ditadura do proletariado. A soma disto e das pressões populares despertou a atenção da Igreja e do Estado em prol das questões econômicas e sociais e, conseqüentemente, o desenvolvimento e uma nova classe de direitos até então desconhecidos.

A reação de parte do clero teve como marco a Encíclica *Rerum Novarum*, publicada em 1891 por Leão XIII (1810-1903), papa entre 1878 e 1903. Embora contrário à proposta comunista e ao embate entre classes e conquanto veemente na defesa da família, do Estado e da propriedade privada, considerada por ele um direito natural, Leão XIII condenou a exploração do homem pelo homem, destacou a dignidade do trabalho e lançou as bases da função social da propriedade. Além disso, conclamou a intervenção do Estado nas relações de trabalho mediante a formulação de leis

de proteção ao salário, à duração do labor, aos repousos, às mulheres e crianças e ao direito de associação.

De parte do Estado, Bismarck desenvolveu um pioneiro sistema de previdência social, cujos propósitos não foram outros que os de opor-se às pretensões comunistas e de contestar as críticas social-democratas. Previdência que se difundiu posteriormente pela Europa e grande parte do ocidente.

O início do século XX ampliou esse horizonte. De um lado, o Capitalismo consolidou-se e se disseminou: a segunda Revolução Industrial foi deflagrada pelo aprimoramento e difusão do uso do motor a combustão interna inventado no século XIX, pela oferta pública e utilização da eletricidade e, principalmente, pelo novo método de produção seriada desenvolvido na indústria automobilística. De outro lado, o êxito da Revolução Russa de 1917 concretizou a ameaça comunista, impondo aos países capitalistas oferecer em contraponto um regime em que a liberdade política fosse acompanhada de um mínimo amparo material, o dito bem-estar social.

Por fim, propagou-se a noção de que o Estado e as leis seriam capazes de transformar as estruturas da sociedade e satisfazer, finalmente, os interesses dos governados. Dois grandes ideais da Revolução Francesa haviam alcançado o Direito: os de *liberdade* e de *igualdade*.

Essas mudanças no horizonte econômico, político e social resultaram no que foi denominado por Reale de *segunda fase do Direito Moderno*: a criação de direitos de segunda geração – econômicos, sociais, coletivos e culturais – inicialmente resumidos ao Direito Econômico e do Trabalho e

posteriormente estendidos a outros ramos da Ciência Jurídica. Direitos tão relevantes do ponto de vista político que foram elevados ao plano constitucional, inaugurando o constitucionalismo social, em que foram pioneiras as Constituições do México de 1917 e de Weimar (Alemanha) de 1919.

Reale aponta que a sociabilidade do Direito redundou em estatalidade em decorrência de variados fatores, dos quais o mais importante foi o fortalecimento do poder estatal. No leste europeu e na Ásia quis-se que o Estado fosse instrumento para que a nova classe dominante procedesse à passagem da ditadura do proletariado para o socialismo, o que por fim não aconteceu. No ocidente, o pós-guerra exigiu do Estado a reconstrução dos bens destruídos durante o conflito e a intervenção na economia a fim de que as crises econômicas fossem debeladas, como a de 1929 e outras que a seguiram. Em consequência do aumento de atribuições estatais, o Direito Público foi ampliado – com ênfase no Direito Administrativo – e novas disciplinas jurídicas surgiram, como o Direito Tributário¹⁴⁶.

Nesse contexto, alterou-se o papel da lei e, conseqüentemente, a concepção da legalidade: a elevação dos interesses públicos e coletivos ao primeiro plano e a remissão das garantias fundamentais a um plano secundário, embora não menos importante que aquele, importou em que a legalidade representasse mais a *igualdade* que a *liberdade* expressada de início. Exceção feita aos regimes nazista e fascista, em que o totalitarismo estatal sobrepôs-se aos verdadeiros interesses públicos aos direitos fundamentais do homem, negando-os em última instância.

¹⁴⁶ *Nova fase do Direito moderno*, p. 102-113.

Neopositivismo jurídico e redução da legalidade

A influência de Bentham na origem do Positivismo foi vista, mas convém retornar um tanto na história e rever sua obra.

Ele combateu, simultaneamente, o Direito Comum (*common law*) e o Direito Natural. Em sua opinião, o Direito deveria ser considerado um fato cientificamente cognoscível, distinto das abstrações metafísicas e da moral. Sua concepção sobre o caráter científico do Direito é resumida por Palombella:

A cientificidade do estudo do Direito provém de se considerar o Direito como um ‘fato’ e não como um valor a realizar. O caráter factual do Direito possibilita submetê-lo ao ‘método científico’, método que esteja em condições de utilizar como critérios os princípios e a objetividade da ciência, com qualquer outra ciência do ‘real’ (obviamente, o paradigma científico é o das Ciências Naturais). (...) A teoria do Direito deve ser separada da moral. A positividade do Direito não é a de uma realidade socialmente complexa, mas a de um conjunto de prescrições assumidas como tais e de suas relações lógico-sistemáticas¹⁴⁷.

O modo de ver de Bentham é ilustrado pela curiosa proposta feita por ele para o “cálculo exato da tendência geral de algum ato afetar os interesses da comunidade”: 1) Deve ser considerado o valor de cada prazer produzido pelo ato em primeira instância; 2) Em seguida, deve ser considerado o valor de cada dor produzida pelo mesmo ato em primeira instância; 3) A partir daí, deve ser calculado o valor de cada prazer que seja produzido pelo primeiro (segunda instância), apurando-se a fecundidade do primeiro prazer e a impureza da primeira dor; 4) Então, deve ser calculado o valor de cada dor produzida pela primeira (segunda instância), apurando-se a fecundidade da primeira dor e a impureza do primeiro prazer; 5) Em continuação, devem ser

¹⁴⁷ *Filosofia do Direito*, p. 121.

somados todos os prazeres de um lado e todas as dores de outro e realizado um balanço que, se for favorável ao prazer dará a boa tendência do ato e, se for favorável à dor dará a má tendência dele no todo; 6) Por fim, deve ser calculado o número de pessoas cujos interesses sejam envolvidos, e ponderadas as boas ou más tendências, até chegar-se ao balanço final favorável ao prazer ou à dor em toda a comunidade¹⁴⁸. Trata-se de raciocínio típico do modelo naturalista de ciência.

John Austin (1790-1859), discípulo de Bentham, tomou-lhe a lição e prosseguiu no mesmo caminho. Em “The province of jurisprudence determined”, publicado em 1832, distinguiu as leis positivas das leis divinas e morais, e afirmou que somente aquelas últimas (positivas) constituiriam objeto do estudo do Direito, ou seja, reduziu-o à legislação¹⁴⁹. Também distinguiu o “ser” e o “dever-ser” jurídico, posto que a seu ver a lei e a moralidade representariam aquilo que deveria ser, mas não o que de fato era¹⁵⁰.

Ele inaugurou a denominada *escola analítica* que, no dizer de Palombella, é “baseada em critérios lógicos descritivos com vista à identificação das categorias e dos conceitos jurídicos a que se pode chegar não por meio de dedução racionalista, mas de dedução empírico-factual que possibilite abstraí-los, também com métodos comparativos, dos ordenamentos jurídicos positivos.” Com isso, Austin afastou-se da Filosofia prática e indutiva de ascendência aristotélica, característica do modelo inglês, em direção à construção de um sistema abstrato de conceitos ordenados e

¹⁴⁸ *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*, capítulo IV, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 265.

¹⁴⁹ *The province of jurisprudence determined*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 336.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 346.

determinados *a priori*, a serem aplicados concretamente aos casos segundo a regra da subsunção¹⁵¹.

Bentham não foi o único a influenciar Austin, que durante dois anos instalou-se na Universidade de Bonn, na Alemanha, onde teve contato com a escola histórica e seu maior expoente, Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., a escola histórica tomou para si a referida questão da cientificidade¹⁵². Visando a solucioná-la, Savigny concebeu o Direito como um sistema dotado de unidade, uniformidade e método, para o que haveria de contribuir a filosofia, aqui entendida em sentido positivo-comteano, isto é, de auxiliar da ciência (*philosophia ancilla scientia*).

Para Comte (1798-1857), à filosofia positiva incumbiria “resumir num só corpo de doutrina homogênea o conjunto de conhecimentos adquiridos, relativos às diferentes ordens de fenômenos naturais”¹⁵³. É verdade que o Positivismo filosófico representado por Comte é absolutamente distinto do Positivismo jurídico, representado neste ponto por Bentham e por Austin. Aquele – o Positivismo filosófico – é empirista; este – o Positivismo jurídico – é idealista. Mas ambos se tocam naquilo que foi destacado, isto é, na redução do papel da Filosofia à Epistemologia.

Para a escola histórica e para a escola analítica, à Ciência do Direito caberia estudá-lo sob os postulados das Ciências Naturais, o que significava o estudo das leis positivas e de suas relações, ou seja, da legislação e de sua estrutura. Diz Tercio: “Com isso, a Ciência Jurídica da escola histórica

¹⁵¹ *Filosofia do Direito*, p. 122-123.

¹⁵² *A ciência do Direito*, p. 29.

¹⁵³ *Curso de Filosofia Positiva*, 2005, p. 41.

acabou por se reduzir a um conjunto de proposições logicamente ordenado e concatenado, abrindo, desta forma, as portas para o chamado *pandectismo*, que correspondeu, na França, à chamada Escola da Exegese e, na Inglaterra, à escola analítica.”¹⁵⁴.

Além do distanciamento entre Direito e Moral, dois pontos fundamentais do Positivismo jurídico do século XIX devem ser notados, a fim de se compreender o princípio da legalidade no segundo terço do século XX: a clara noção de sistema e a mudança do conceito de legalidade.

Quanto ao primeiro ponto, a sistematização promovida pela escola histórica representou um avanço e uma grande vantagem do ponto de vista metodológico e funcional do Direito, cuja importância é reconhecida até hoje: de um lado, proveu instrumentos e critérios seguros e objetivos para avaliar a pertinência ou impertinência da norma ao ordenamento, o que não fora dado pelo jusnaturalismo; de outro, garantiu adequação valorativa e conferiu unidade interior à ordem jurídica, como assinala Canaris¹⁵⁵. Nas palavras de Tercio, o sistema adquiriu uma qualidade *contingente*, pressuposto fundamental de sua estrutura¹⁵⁶.

Entretanto, a supervalorização da estrutura em detrimento da função do Direito constituiu o exagero do Neopositivismo jurídico que derivou do Neopositivismo lógico do Círculo de Viena, movimento inaugurado no primeiro quarto do século XX por filósofos físicos, sociólogos, matemáticos, psicólogos, lógicos, juristas etc., preocupados com os fundamentos das ciências.

¹⁵⁴ *A ciência do Direito*, p. 30.

¹⁵⁵ *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*, p. 9-23.

¹⁵⁶ *Idem*, p. 28.

As propostas e os objetivos do Neopositivismo lógico são conhecidos: a depuração do conhecimento científico por meio da linguagem rigorosa e do uso da lógica. Estabelecendo como pressuposto que a linguagem natural não traduziria os anseios cognoscitivos, pois seria sujeita aos ruídos da comunicação, os neopositivistas lógicos julgaram necessário compor um discurso fundado em rigor absoluto, livre de termos e expressões equívocas. Por outro lado, entendendo que o único critério de validade intransponível seria o lógico, reduziram a Filosofia à Epistemologia e esta à Semiótica. Antônio Joaquim Severino resume a visão dos neopositivistas sobre a ciência:

A ciência é um sistema de proposições diretamente alusivas à experiência. A sistematização se dá mediante aplicação de regras de lógica formal, de tal modo que cada nova proposição deduzida possa ser novamente testada experimentalmente¹⁵⁷.

Conforme Paulo de Barros Carvalho:

O discurso científico, desse modo aperfeiçoado, estaria apto para proporcionar uma visão rigorosa e sistemática do mundo. Os recursos semióticos permitiram uma análise das três dimensões que a linguagem apresenta: a) O sintático, em que os signos lingüísticos são examinados em suas relações mútuas, isto é, signos com signos; b) O semântico, que se ocupa da relação do signo com o objeto que ele representa; e c) O pragmático, onde os signos são vistos na relação que mantêm com os utentes da linguagem¹⁵⁸.

O Neopositivismo jurídico não fez mais que se apropriar dos postulados do Neopositivismo lógico e aplicá-los à Ciência Jurídica. Seguindo os passos do Positivismo jurídico do século XIX, os neopositivistas reduziram o Direito a um sistema de leis e, em seguida, reduziram a Ciência do Direito à lógica. A concepção da norma jurídica como proposição prescritiva e a submissão da

¹⁵⁷ *A Filosofia contemporânea no Brasil: conhecimento, política e educação*, p. 57.

¹⁵⁸ Paulo de Barros Carvalho, *O Neopositivismo Lógico e o Círculo de Viena*, apostila do curso de Filosofia do Direito, do Programa de Estudos Pós-Graduados da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, s.d.

validade de uma proposição (norma) a outra proposição (norma) anterior pré-
validada são dos melhores exemplos.

A “Teoria pura do Direito”, de Hans Kelsen (1881-1973), publicada em 1934, representa a obra mais bem acabada dessa vertente. Nela, Kelsen propõe que Ciência Jurídica pura seja liberta das questões morais e sociais e, por conseqüência, afastada do estudo do Direito as questões da moral e da Sociologia. Reafirma o discurso positivista de que as normas e suas relações constituem o exclusivo objeto da Ciência do Direito, ou seja, o sistema composto por seu repertório de normas e a respectiva estrutura, sugere que todas elas sejam validadas por outra norma que lhes seja anterior e superior e, desse modo, reduz a Ciência Jurídica à sintaxe das normas.

Os méritos da obra de Kelsen e do Neopositivismo jurídico são inegáveis, não obstante as críticas, fundadas e infundadas. Especialmente no que tange à construção de um sistema escalonado e ao estabelecimento um critério seguro de aferição de validade das regras que lhe são componentes.

Mas, na concepção neopositivista, a legalidade representa a simples conformidade com o sistema, vale dizer, a validade ou pertinência com a ordem jurídica: válida é a norma produzida de acordo com as normas de competência e as de escalão superior; legal é o comportamento conforme as regras válidas do ordenamento.

Chega-se, enfim, ao segundo ponto fundamental do Positivismo jurídico e que foi incorporado ao Neopositivismo: vista a lei como fato independente de valor, a legalidade reduz-se ao comportamento conforme a prescrição legal. A limitação do poder do soberano transforma-se, então, em problema concernente à Política, e não ao Direito. Algo que de algum modo

fora dito por Kant no final do século XVIII, ao sustentar em sua “Doutrina do Direito” que a legalidade consiste na “simples conformidade da ação externa com as leis jurídicas”¹⁵⁹ e que a adequação da ação aos fins pertence ao campo moral. Literalmente:

A conformidade ou não-conformidade pura e simples de uma ação com a lei, sem ter em conta os seus motivos, chama-se *legalidade* ou *ilegalidade*. Porém, essa conformidade, na qual a idéia do dever deduzida da lei é ao mesmo tempo móvel de ação, é a *moralidade* da ação¹⁶⁰.

¹⁵⁹ *Doutrina do Direito*, p. 23.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 31.

Pós-Positivismo: a restauração da legalidade

Lacunas jurídicas

Além do assinalado, outro traço comum ao Positivismo jurídico do século XIX e ao Neopositivismo lógico do século XX refere-se à pretensão de completude do ordenamento, embora com diferentes nuances entre um e outro.

O Positivismo, ilustrado pelas obras de Bentham e Austin já comentadas, opôs-se às imprecisões do Direito Natural e, principalmente, do Direito Comum ou consuetudinário (*common law*), por considerá-lo obscuro, incerto, confuso¹⁶¹ e, conseqüentemente, contrário ao princípio da legalidade. Se o princípio visava à defesa do indivíduo em face do Estado, tal defesa deveria compreender não apenas arbítrios de agentes do Executivo, mas ainda os do Judiciário, consistentes em julgamentos sem base legal e sem amparo na vontade do povo, manifestada por meio da lei emanada de seus representantes, isto é, do Legislativo.

Portanto, no dizer de Bentham¹⁶², almejava-se que as leis fossem completas ou inteiras em vários sentidos: a) Que utilizassem linguagem simples e não fossem ambíguas, a fim de que todos as compreendessem sem a necessidade da interpretação judicial (o que no caso brasileiro implicaria a eliminação das numerosas súmulas e dos periódicos de publicação da jurisprudência dos tribunais); b) Que fossem compiladas em códigos

¹⁶¹ Conforme Bentham, *Os limites do Direito definidos*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 287.

¹⁶² *Idem*, p. 281-283.

ordenados sistematicamente e interligados de maneira lógica; c) Que abrangessem o maior número possível de situações; d) Que não retroagissem.

No entanto, era assente entre os positivistas que nenhum sistema de leis seria completo e que a completude não passaria de mero ideal. Recorde-se a afirmação de Bentham sobre o ordenamento: “Mesmo se em um dado instante ele fosse realmente perfeito, no instante seguinte, devido a alguma mudança nos assuntos nacionais, poderia ser diferente...”¹⁶³.

Com a lucidez que lhe é peculiar, Bobbio observa que o dogma da completude evoluiu *pari passu* com a monopolização do Direito por parte do Estado, ou seja, seguiu o processo de codificação marcado pelo Código Civil francês de 1804 e pelo BGB alemão de 1900¹⁶⁴. De fato, a codificação, a monopolização da produção do Direito e a completude são elementos que compõem o mesmo quadro e, por isso, encontram-se seguramente associados.

Isso é ainda mais detalhado por Riccardo Guastini, segundo o qual, do ponto de vista histórico, o dogma esteve ligado ao movimento de codificação e, do ponto de vista ideológico, ao liberalismo jurídico, isto é, à doutrina do Estado de Direito Moderno, fundado em três princípios gerais: a) O *non liquet*, exemplificado pelo artigo 4 do Código de Napoleão, de 1804, que vedava ao juiz recusar-se a julgar a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei; b) O da motivação das decisões judiciais em normas jurídicas preexistentes (legalidade da jurisdição); c) O da separação dos poderes, que excluiu a jurisprudência do rol das fontes de direito e outorgou ao Legislativo o monopólio da produção legal¹⁶⁵.

¹⁶³ *Os limites do Direito definidos*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 285.

¹⁶⁴ *Teoria Geral do Direito*, p. 264-265.

¹⁶⁵ *Das fontes às normas*, p. 176-177.

Não se pode deixar de notar no Positivismo e no Neopositivismo a concepção idealista do Estado e de suas funções, com origem em Montesquieu e Platão, dita anteriormente. Idealismo incorporado à Filosofia e à Ciência do Direito especialmente pelas mãos de Kant e do qual resultou, entre outros, a ilusão acerca do poder das leis de alterar os fatos e ditar comportamentos de modo a determinar os rumos de uma sociedade, bem como na crença de um Estado onipotente e capaz de antever com grande dose de acerto as situações relevantes ao convívio e expedir a regulamentação necessária, sem deixar margem à existência de lacunas. Em suma, a crença de que a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” significaria a plenitude da previsão e da ação estatal, o ápice do Positivismo jurídico. Concepção errônea que ainda persiste no pensamento jurídico brasileiro, tanto entre os legisladores, quanto entre os juristas.

O Neopositivismo elevou o ideal de completude à categoria de dogma, quiçá, de axioma. Kelsen o defende em sua “Teoria Pura do Direito” e na “Teoria Geral do Direito e do Estado”, nas quais afirma que a ordem jurídica não pode conter lacunas. Conquanto o Estado não dê conta de regular toda e qualquer situação e não existam normas particulares que determinem todas as condutas possíveis, o Direito é aplicado ainda quando a legislação não contempla a norma singular.

Se o ordenamento autoriza o julgador a decidir o caso concreto, ele pode rejeitar a pretensão sob o argumento de que não existe direito a ser amparado (silêncio eloqüente) ou decidir de acordo com regra particular por ele mesmo criada. Na primeira hipótese, o juiz aplica “a regra negativa de que ninguém deve ser forçado a observar a conduta à qual não está obrigado pelo Direito”, vale dizer, conforme a proposição de que ninguém é obrigado a

fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei. Na segunda hipótese, ele decide a disputa como “legislador”, criando a norma para o caso, mas ao fazê-lo aplica uma regra existente do próprio ordenamento, vale dizer, aquela que o obriga a decidir a despeito da inexistência de norma geral.

Conforme Kelsen: “Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é a aplicação do Direito”. Assim, conclui: “A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial”¹⁶⁶.

Do ponto de vista lógico-formal, sua afirmação aparenta ter consistência: pode-se dizer que é válida a proposição “*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”, mesmo quando o legislador autorize o juiz a decidir diante da falta de norma, porque em última instância a decisão judicial constitui manifestação da lei. Todavia, Kelsen reconhece que “a suposição de que um caso não foi previsto pelo legislador e de que o legislador teria formulado o Direito de diferente modo se tivesse previsto o caso, funda-se quase sempre numa presunção não demonstrável, pois a intenção do legislador somente é apreensível com suficiente segurança quando adquire expressão no Direito por ele criado”¹⁶⁷. Ou seja, admite que quando o juiz decide frente à inexistência de norma, ele não expressa necessariamente a vontade do legislador, somente a supõe. Então a lógica falha, porque a eventual sentença não parte de nenhuma regra do ordenamento, exceto a que veda o *non liquet*.

¹⁶⁶ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 212-215.

De outra parte, Kelsen afirma que, se não existe regra, a decisão sobre a existência ou inexistência de direito a ser amparado, quer dizer, a opção entre decidir a pretensão criando norma para o caso concreto (hipótese de ausência de regra geral) ou rejeitá-la por não merecer a tutela (silêncio eloqüente), depende da circunstância de “o juiz considerar a inexistência de tal norma insatisfatória, injusta, iníqua”¹⁶⁸. Pois, sendo assim, a decisão depende de *juízo de valor* do magistrado que julga o litígio, elemento que é notadamente extrínseco ao ordenamento jurídico e infenso a qualquer regra que nele possa existir.

Com efeito, diante da inexistência de norma singular, põe-se o juiz frente a um dilema: o caso cuida do que se conhece por *lacuna jurídica* a ser colmatada pelo uso da analogia, dos princípios ou da equidade; ou cuida de *silêncio eloqüente*, isto é, de circunstância em que não cabe aplicar solução alguma, exceto a de rejeitar o pleito daquele que pede ou daquele que se defende. Essa questão transcende aos limites do sistema normativo legal e não pode ser resolvida pela aplicação de uma norma preexistente, tampouco pelo uso da lógica. Resolve-se pela observação dos valores jurídicos e sociais e, principalmente, pela argumentação, a qual não segue a lógica, pois a aceitação ou rejeição do argumento depende do auditório, que não é estático e, sim, dinâmico¹⁶⁹. O que por vezes se reputa válido, outras vezes é considerado inválido, além de que os argumentos podem ser admitidos por um tempo e posteriormente rejeitados.

Com isso, se pode dizer que não é o legislador, mas é o juiz que, diante do caso concreto, decide sobre a existência ou inexistência de Direito a ser

¹⁶⁷ *Teoria Pura do Direito*, p. 276.

¹⁶⁸ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 213.

¹⁶⁹ Conforme Perelman e Tyteca, *Tratado da argumentação: a nova retórica*, p. 15-38.

aplicado. Em outras palavras, não é a lei que determina se falta norma ou Direito, se é ou se não é necessário dar solução ao caso, tampouco que solução deve ser adotada. O juiz, e tão-somente ele, é quem decide se a ausência de previsão implica ou não implica a existência de Direito a ser declarado e, porventura, qual Direito aplicar. Dito de outro modo, é o julgador e não o legislador quem afirma se a conduta é ou não é relevante, se merece ou não ser regulada e de que maneira deve sê-lo.

Portanto, lacunas existem e, frente a elas, cumpre discutir se a proposição “*ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” tem validade mesmo quando o legislador autoriza o juiz a decidir diante da ausência de norma. Na opinião de Kelsen, vista anteriormente, a proposição é válida até mesmo nessa circunstância, porque ao solucionar o caso não regulado o juiz aplica a lei que lhe atribuiu o poder de ditar o comportamento adequado no caso concreto e faz valer o Direito.

Entretanto, como demonstrado, há equívoco em tal construção, porque se confunde a conduta da parte e a do magistrado. Quando se atribui a este a competência para julgar a despeito da inexistência de norma, é ele, e não a parte, o obrigado a fazer alguma coisa em virtude de lei – a lei lhe impõe decidir e assim ele age; a parte faz ou deixa de fazer, em decorrência de seu livre arbítrio e, não da lei, se submete posteriormente à decisão judicial, se ela for requerida. E, se não for, nem mesmo à legislação ela se submete.

De notar que o comportamento a partir da decisão judicial – o seu cumprimento – é distinto daquele havido antes dela e que pode levar o caso à demanda. O cumprimento da sentença é ditado por lei, mas a atitude anterior ao litúgio não tem fundamento em lei alguma.

Se não existe norma que regule o caso concreto, a parte não pode decidir *a priori* sobre a legalidade ou ilegalidade de sua conduta; é o juiz quem o faz *a posteriori* do fato, e tão-somente se o caso lhe for levado ao conhecimento. Ainda que a parte seja prudente e aja conforme o bom senso ou dite sua atitude pela analogia, por princípios ou pela equidade, não é a lei que ela segue, mas a analogia, os princípios e a equidade, ou simplesmente o seu interesse pessoal ditado por qualquer circunstância, até as de ordem religiosa e psicológica.

Aqui reside outra grande falha do Positivismo e do Neopositivismo. Bentham criticava duramente a retroatividade da *common law* porque, a seu ver, ao decidir os casos concretos sem a existência de lei prévia, o juiz fazia incidir sobre eles regras inexistentes até o julgamento. Pois, nos sistemas jurídicos positivos, a ausência de regra enfrenta esse mesmo e velho problema, do qual nunca poderá se livrar.

Portanto, se as lacunas existem, a proposição “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” também é lacunosa. E, assim, perde força a concepção positivista e kantiana de que a legalidade corresponde à conformidade da ação externa com a lei.

Declínio do Positivismo jurídico

O Positivismo, com suas pretensões de completude, cientificidade e pureza, entrou em declínio na segunda metade do século XX.

Bobbio narra que, já no início daquele século, com sua “A lógica dos juristas”, publicada postumamente em 1925, Eugen Ehrlich (1862-1922),

teceu críticas ao pensamento do jurista tradicional, que seria fundado em três pressupostos: 1) De que a premissa maior de todo raciocínio jurídico deveria consistir em uma norma jurídica (recorde-se Beccaria: “Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei; a consequência, a liberdade ou a pena.”¹⁷⁰); 2) De que a produção do Direito seria monopólio estatal, isto é, toda norma deveria emanar do Estado por meio de lei (relembre-se a opinião de Bentham sobre as fontes da lei: “A vontade da qual ela é a expressão deve, como a definição sugere, ser a vontade do soberano de um Estado”¹⁷¹); 3) De que o conjunto de normas haveria de constituir uma unidade, vale dizer, um sistema (recorde-se o empenho de Bentham em torno da codificação, assim como sua proposta acerca da precisão e uniformidade dos códigos¹⁷²).

Ehrlich opôs-se ao monismo estatal então dominante, ou seja, à noção propagada pela escola histórica e seus congêneres, de que o Direito seria produto exclusivo do Estado. Segundo Ehrlich:

Nenhum jurista com formação científica duvida de que uma parte considerável do Direito do passado não foi criada pelo Estado, e de que ainda hoje em dia ele deriva, em grande parte, de outras fontes. (...) Mesmo aqueles que acreditam na doutrina da onipotência do Estado não pensaram a sério, com frequência, que o Estado pode fazer regras para regular todo o campo da conduta humana.¹⁷³

Partindo da premissa de que normas correspondem a regras de conduta, Ehrlich sustentou a existência de três categorias delas: a das normas

¹⁷⁰ *Dos delitos e das penas*, Introdução, III e IV, p. 44-46.

¹⁷¹ *Os limites do Direito definidos*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 277.

¹⁷² *Da vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 291.

¹⁷³ *Fundamentos da sociologia do Direito*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 445.

provenientes de modo espontâneo dos fatos da sociedade, a das normas ditadas por decisões judiciais e a categoria das normas emanadas do poder do Estado. Conseqüentemente, também haveria três categorias de proposições legais: a) Das que ajustam a proteção das cortes e outros tribunais aos fatos da lei; b) Das que negam os fatos jurídicos existentes ou criam fatos jurídicos de maneira automática, com base nas quais os tribunais e cortes estabelecem ou revogam relações, tomam ou transferem posse, desfazem contratos e declarações ou os criam por coação; e c) Das que estabelecem conseqüências legais para fatos jurídicos. Desse modo, dizia:

...a ordem legal que a sociedade cria para si, de modo automático, nos fatos jurídicos, nos costumes existentes, nas relações de dominação e de posse, nas cláusulas estatutárias, nos contratos, nas disposições testamentárias, é colocada cara a cara com a ordem legal criada por meio das proposições legais, e é imposta unicamente por meio da atividade das cortes e de outros tribunais do Estado. E as normas de conduta brotam dessa segunda ordem legal não menos do que da anterior, na medida em que ela protege, dá forma e aspecto ou talvez revoga os fatos do Direito.¹⁷⁴

Ehrlich esteve entre os precursores da Sociologia do Direito. À sua crítica ao monopólio da produção estatal do Direito, somaram-se outras numerosas, dentre elas a da escola da livre investigação científica representada por Hermann Kantorowicz (1877-1940), cuja proposta Ehrlich considerava um avanço no discernimento científico, por assinalar a mudança na relação entre Estado e sociedade¹⁷⁵.

Como observa Bobbio, a literatura crítica do estatismo jurídica é imensa. Ele cita, para ilustrar, François Geny (1861-1959) que, em “Méthode d’interprétation et sources en droit positif”, de 1919, afirma que o Direito é

¹⁷⁴ *Fundamentos da sociologia do Direito*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 465.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 445.

demasiado complexo e mutável para que um indivíduo ou uma assembleia, embora investidos de autoridade soberana, possam pretender fixar de imediato seus preceitos de modo a satisfazer a todas as exigências da vida jurídica¹⁷⁶. Também podem ser mencionados os realistas, como Alf Ross, os culturalistas, como Reale, além de muitos outros que lograram demonstrar que o pluralismo constitui a regra e, o monismo, uma simples ficção, para usar a expressão de Kelsen. E que a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” não pode ser interpretada como sendo o Estado o único a determinar condutas.

Bobbio vê duas razões para o movimento contrário ao estatismo jurídico. Em primeiro lugar, o envelhecimento da legislação e a diminuição da confiança na onisciência do legislador. E, em segundo lugar, o desenvolvimento da Sociologia e, em especial, da Sociologia do Direito.

Quanto ao primeiro aspecto, já foi visto que as transformações operadas na economia e na sociedade a partir das Revoluções Industrial e Francesa exigiram dos Estados maior intervenção, o que representou, inclusive, fator de aceleração do processo de codificação e de produção legislativa ao longo do século XIX. Todavia, logo se viu que Estado algum é capaz de atender os anseios de qualquer sociedade com a rapidez que a modernidade exige.

Diferente da Idade Antiga e, principalmente, da Idade Média, em que as mudanças demandavam décadas ou séculos, nas Idades Moderna e Contemporânea alterações substanciais foram e continuam a ser promovidas

¹⁷⁶ *Teoria Geral do Direito*, p. 269. No original Geny afirma: “... le droit positif est chose trop complexe e trop mouvante, pour qu’un individu ou une Assemblée, fussent-ils investis de l’autorité souveraine, puissent prétendre en dresser, d’un seul coup, les préceptes, de façon à suffire à toutes les exigences de la vie juridique.”, *Méthode d’interprétation et sources en droit positif*, tomo II, p. 327.

em quantidade e velocidade vertiginosas. São exemplos os avanços ocorridos na Europa no século XIX, com a industrialização e os grandes saltos havidos no mundo todo no século XX, em decorrência do progresso da indústria, dos transportes, da comunicação e, mais recentemente, da tecnologia da informação. Neste último caso, o descompasso é descomunal: a legislação dos países não tem sido capaz de acompanhar a dinâmica do comércio e dos delitos praticados pela internet, que desafiam os princípios da legalidade, da soberania dos Estados e da territorialidade das leis.

Verdade é que, a despeito da crença e do idealismo de muitos juristas, a insuficiência do poder estatal já se mostrava visível desde o século XIX. Havia sido apontada por Marx e Engels em seu Manifesto Comunista, de 1848, embora propusessem o agigantamento do Estado e a sua posterior extinção; assim como fora notada por Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891. Savigny reconhecia ser impossível que um código fosse “planejado para ser a única autoridade-lei”, e conseguisse antever uma decisão para cada caso que pudesse surgir, razão pela qual ele dizia ser necessário recorrer por vezes à analogia, ou, segundo suas palavras, à técnica da geometria¹⁷⁷. Mesmo os defensores da codificação logo perceberam a deficiência das leis.

Quanto à Sociologia e, particularmente, à Sociologia do Direito, a análise de Bobbio é mais uma vez pertinente. Diz ele que essa nova ciência, produto típico do espírito científico do século XIX, contribuiu para a destruição do mito do Estado na medida em que pôs em destaque a sociedade que existe abaixo dele. De fato, desde o Iluminismo, a figura do Estado projetou-se sobre a sociedade e a obscureceu, a despeito da doutrina do

contrato social e da instituição e consolidação do Estado moderno, que se apregou como oposição ao Antigo Regime absolutista.

Por sinal, é curioso que o contratualismo tenha se formado a pretexto da afirmação da soberania do povo e, posteriormente, tenha sido solenemente ignorado pelos governos que se utilizaram dele em sua retórica. Grande exemplo é a França, pátria da modernidade. Note-se o comentário preciso de Bernadette Siqueira Abrão:

Saudada como a instauração da razão e da liberdade, como a realização da autonomia pregada nos ideais do Iluminismo, a Revolução Francesa transforma-se rapidamente no Terror e, depois, no Imperialismo militarista de Napoleão Bonaparte ¹⁷⁸.

O fato é que, independente da ideologia, o totalitarismo moderno sempre se escudou no falso argumento da soberania do povo, como demonstram os regimes da extinta União Soviética, da Alemanha nazista, de Cuba e da China, apenas no século XX.

Evidencia-se nesse ponto o mérito da Sociologia Jurídica e das escolas de pensamento e movimentos contrários ao Positivismo e ao Neopositivismo jurídico: o de lhes expor as fraquezas e o idealismo muitas vezes cego ou ingênuo. E de pôr fim à “pureza” da Ciência Jurídica propalada por positivistas e neopositivistas, que se obteria com o isolamento das questões “científicas” do Direito dito “puro” e das considerações morais e sociais. As advertências quanto aos riscos de tal postura provaram-se fundadas quando revelados os horrores do nazi-fascismo. Por isso que tais escolas declinaram de modo definitivo após a Segunda Guerra Mundial.

¹⁷⁷ *Da vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, in Clarence Morris, *Os grandes filósofos do Direito*, p. 291.

O fim do conflito representou a sentença de morte para o Positivismo e o Neopositivismo, porque se viu que embora não fossem causa das desumanidades então praticadas, eles forneceram aos regimes fascista e nazista “o suporte filosófico de que necessitavam”¹⁷⁹. Com suas falhas e contradições, o julgamento de Nürnberg projetou novamente a luz da moral e dos valores humanos sobre o Direito e restabeleceu a ligação entre a lei a noção de justiça. Como descreve Jacy de Souza Mendonça:

A disputa em torno do julgamento de Nürnberg reacendeu, em nossos dias, o velho conflito entre lei e Justiça que SÓFOCLES tinha teatralizado e a humanidade já tinha vivido sob variadas formas. A partir desse julgamento, começou a perder prestígio o Positivismo jurídico que dominara o pensamento jurídico mundial e começaram a ressurgir as obras de investigação sobre o essencial do Direito, ao lado de sua formalização no tempo e no espaço – não a lei *ou* a justiça, mas a lei *justa*.

(...)

Portanto, nem a lei contra a Justiça, nem a Justiça contra a lei, mas só a lei justa pode e deve ser utilizada para a realização do homem em sociedade¹⁸⁰.

Opostamente ao temor dos positivistas e neopositivistas, a cientificidade do Direito não restou abalada com a inserção de considerações de ordem moral ou social. Significa que a “pureza” que cultivaram não tinha qualquer sentido. Ademais, nenhuma ciência é pura: os objetos e os saberes sobre eles são relacionados, pois o Universo é uno e indivisível. Por isso mesmo é que as ciências ditas naturais abandonaram a concepção de que o conhecimento científico restringe-se à descrição das relações de causalidade de fenômenos separados em partes estanques.

¹⁷⁸ *História da Filosofia*, 2004, p. 346.

¹⁷⁹ Conforme Jacy de Souza Mendonça, *Curso de Filosofia do Direito: o homem e o Direito*, p. 230.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 242-243.

As ciências sociais, por sua vez, afirmaram-se distintas e com métodos próprios: Hegel, Weber, Durkheim e outros demonstraram que as relações sociais não são causais e, sim, guiadas por processos complexos e determinadas por fatores múltiplos de ordem cultural, econômica, psicológica, religiosa, histórica etc.

Na Ciência Jurídica, isso já havia sido afirmado por Rudolf Stammler (1856-1938) em sua “Teoria da Ciência do Direito” (*Theorie der Rechtswissenschaft*), publicada em 1923. Conforme Larenz, Stammler opôs-se à concepção dominante na época de que, para ser ciência, o Direito haveria de assemelhar-se às Ciências Naturais e investigar as conexões causais ou, como a lógica e a Matemática, restringir-se a uma pura teoria das formas. Para ele, a ciência consistiria na ordenação unitária do mundo de idéias, conceito que seguramente abrangia o Direito.

Stammler também distinguiu as relações *de causa e efeito* – em que o temporalmente anterior (causa) condiciona o temporalmente ulterior (efeito) – das relações *de meio e fim* – nas quais o temporalmente ulterior (o fim) é condicionante do temporalmente anterior (meio). Com isso concluiu apropriadamente que o Direito é uma ciência final¹⁸¹, quer dizer, finalística. O que hoje pode ser visto quando Bonavides, citando Pierre Müller, afirma que o princípio da proporcionalidade – a relação entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo – é o fundamento do novo Estado de Direito¹⁸². Pois, se a finalidade do Direito é realizar a justiça, a lei contribui como meio e não como fim em si mesmo.

¹⁸¹ *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 116-117.

¹⁸² *Curso de Direito Constitucional*, p. 392-436.

Assim, completado o ciclo iniciado com o Positivismo e encerrado com o Neopositivismo jurídico, abriam-se as portas para que o princípio da legalidade fosse reconduzido ao seu lugar de origem, o da garantia das liberdades públicas, com as ressalvas necessárias no que tange às relações privadas.

Princípio da legalidade no Direito Contemporâneo

Princípio da legalidade no Direito Público

Carl Friedrich sustenta que a divisão entre Direito Público e Privado foi concebida por Aristóteles, conforme as passagens 1289a, 1298a, 1292b, 1278b de “A Política” e 1181b de “Ética a Nicômaco”¹⁸³. Por conseguinte, diverge da opinião majoritária, como a de Radbruch¹⁸⁴, Reale¹⁸⁵, Franco Montoro¹⁸⁶, José de Oliveira Ascensão¹⁸⁷, Tercio Sampaio Ferraz Jr¹⁸⁸, Maria Helena Diniz¹⁸⁹, entre outros, de que a *summa divisio* remonta ao Direito Romano, especificamente ao excerto do Digesto de Ulpiano: *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* (I, 1, 1. 2).

A distinção, que foi abandonada no período feudal e retomada a partir da Escolástica, ainda é mantida, a despeito de numerosas críticas. Radbruch, por exemplo, aponta a existência de uma zona cinzenta por ele denominada *Direito Social*, em que Direito Público e Privado se mesclam, e na qual se incluem o Direito Econômico e o Direito do Trabalho¹⁹⁰. Kelsen a considera inútil e de significado variante conforme se trate de Direito Penal ou Direito

¹⁸³ *Perspectiva histórica da Filosofia do Direito*, p. 39.

¹⁸⁴ *Introducción a la Filosofía del Derecho*, p. 91.

¹⁸⁵ *Lições preliminares de Direito*, p. 341.

¹⁸⁶ *Introdução à Ciência do Direito*, p. 403.

¹⁸⁷ *O Direito: introdução e Teoria Geral*, p. 345.

¹⁸⁸ *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 130-131.

¹⁸⁹ *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, p. 228.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 93.

Administrativo¹⁹¹, além do mais afirma que não se logrou traçar uma divisão completamente satisfatória entre esses dois campos¹⁹².

Reale, por seu turno, dissente de ambos. Diz que a divisão se mantém, mas com modificações em relação à teoria romana, que julga incompleta. A seu ver, há duas maneiras de distinguir Direito Público e Privado: observando-se o *conteúdo* da relação jurídica ou tendo em conta o *elemento formal* da relação. Afirma que o conteúdo de toda relação jurídica é sempre um interesse e que uma relação é de Direito Público pelo fato de atender – imediata e predominantemente – a um interesse de caráter geral; contrário senso, o que caracteriza uma relação de Direito Privado é a circunstância de objetivar interesses particulares, de maneira imediata e prevalecente. Por sua vez, quanto ao aspecto formal da relação, se incumbe ao Estado promover a *coordenação* entre os respectivos sujeitos, a relação é de Direito Privado; e se o Estado apresenta-se em posição eminente, *institucional*, manifestando sua autoridade organizada sobre o sujeito, a relação é de Direito Público¹⁹³.

As críticas de Radbruch e de Kelsen procedem em parte. De fato, os critérios estabelecidos não são exatos. Ademais, a separação não é universal, pois tem pouca ou nenhuma importância em países como os de regime comunista, socialista ou autoritário, ou naqueles em que Direito, Religião e Estado se fundem, como os islâmicos¹⁹⁴. A divisão, na verdade, tem fim didático, epistemológico porque, como o Universo, o Direito é único e ontologicamente indivisível.

¹⁹¹ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 297.

¹⁹² *Teoria Pura do Direito*, p. 310.

¹⁹³ *Lições preliminares de Direito*, p. 342-344.

¹⁹⁴ Conforme Mario Giuseppe Losano, *Os grandes sistemas jurídicos*, p. 425-426. Vide também René David, *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 141-278.

De qualquer modo, algumas das objeções referidas não têm consistência ou são superadas com facilidade. Kelsen argumenta que a distinção segundo o critério do interesse não é válida, porque o Estado pode ser parte em uma relação jurídica dentro do domínio do Direito Privado e que nesse caso o interesse do Estado, dito interesse “público”, é tutelado pelas normas concernentes aos particulares. Acrescenta que a manutenção do Direito Privado também é de interesse público, pois, se assim não fosse, não caberia ao Estado promover a sua regulamentação¹⁹⁵.

Porém, é consenso que o interesse público e o da administração são distintos, isto é, que não se confundem os interesses denominados *primários*, os quais pertencem à coletividade como um todo, e aqueles outros chamados de *secundários*, que pertencem ao Estado pelo simples fato de ser sujeito de direitos, como qualquer outra pessoa¹⁹⁶. Por outro lado, em última análise, todo Direito – Público ou Privado – interessa à sociedade, tanto que o Estado o disciplina por regulamentos e o faz aplicar coercitivamente, quando necessário. O que difere, segundo a lição de Reale, é a circunstância do interesse imediato e preponderante da relação pertencer ao Estado (público) ou de se tratar de interesse imediato e predominante de particulares (privado).

O fato é que a divisão entre Direito Público e Privado tem propósito. Há divergências profundas entre esses dois grandes ramos do Direito, notadamente no que tange aos princípios aplicáveis e aos fundamentos de um e de outro. René David tem razão ao dizer que tal divisão integra a tradição jurídica de todos os países da família romano-germânica e tem base na idéia, evidente aos juristas, de que as relações entre governantes e governados implicam problemas específicos e exigem normas diferentes das que regulam

¹⁹⁵ *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 297.

as relações entre particulares, “quando mais porque o interesse geral e os interesses particulares não podem ser pesados na mesma balança”¹⁹⁷.

Cuidando-se de princípios, o da legalidade é distinto no Direito Público, pois visa à garantia dos cidadãos em face do Estado, mediante a limitação do poder conferido ao soberano. Neste campo, em que o Estado se encontra em situação de superioridade em relação ao particular e impõe a autoridade sobre ele, tal princípio ainda conserva muito de sua força. Vejamos como isso se dá, observando alguns poucos exemplos em suas principais disciplinas.

Direito Constitucional

No Direito Constitucional, é da tradição dos países de constituição escrita e rígida que a legislação regule a estrutura do Estado, a distribuição de suas funções e competência dos respectivos órgãos, o processo de elaboração de leis, bem como os direitos e as garantias fundamentais. A Constituição, *lex superior*, condiciona todo o Direito abaixo dela, de maneira que a constitucionalidade é a medida da legalidade constitucional. Trata-se de postulado antigo, conforme denota Aristóteles:

...as leis devem ser feitas para as Constituições, como fazem todos os legisladores, e não as Constituições para as leis. Com efeito, a Constituição é a ordem estabelecida no Estado quanto às diferentes magistraturas, e à sua distribuição. Ela determina o que é a soberania do Estado, e qual é o objetivo de cada associação política. As leis, ao contrário, são distintas dos princípios fundamentais da Constituição; elas são a regra pela qual os

¹⁹⁶ Conforme Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 197-198.

¹⁹⁷ *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*, p. 67.

magistrados devem exercer o poder, e submeter aqueles que estejam prontos a infringi-lo¹⁹⁸.

Nesse sentido, diz Palombella:

...o governo das leis (e não dos homens), realiza-se como limitado se é limitado pelo Direito, e se essa limitação *age também em relação às leis do Parlamento*, que não podem deixar de encontrar as intransponíveis fronteiras dos direitos e das liberdades dos cidadãos, bem como a ordem organizativa contida na carta constitucional¹⁹⁹.

Assim, por exemplo, a criação de órgãos, cargos ou a definição de suas atribuições, bem como a confecção do orçamento e a realização de despesas dependem de lei regularmente emanada do Legislativo. Todas as normas a esse respeito devem ter fundamento na ordem constitucional, senão de modo direito, ao menos por delegação. Da mesma maneira, as leis infraconstitucionais devem ser editadas de acordo com os ritos e as competências determinadas no texto da Constituição. Nesse caso, a proposição “*ninguém será obrigado a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” (Constituição) alcança total plenitude.

Porém, no que tange aos direitos e garantias fundamentais – que as Constituições escritas contemporâneas, desde as do México de 1917 e de Weimar de 1919, costumam positivizar como princípios²⁰⁰ – tal proposição não tem validade. Embora as cartas constitucionais mais recentes frequentemente os relacionem quase à exaustão, caso da Constituição brasileira de 1988, as relações que apresentam são consideradas exemplificativas, e não taxativas.

¹⁹⁸ *A Política*, Livro Sexto, Capítulo I, § 5º, p. 193.

¹⁹⁹ *Filosofia do Direito*, p. 119.

²⁰⁰ Vide a respeito: J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 353-354; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 255-295; Wilson Steinmetz, *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 78-83.

Exemplo já mencionado é o da emenda IX, da Constituição norte-americana, a qual dispõe que previsão de direitos nela contida não deve ser interpretada como exaustiva.

De outro modo, desde o Tribunal de Nürnberg, é consenso entre os povos que, independente de previsão legal, todos são obrigados a agir de acordo com os direitos e as garantias fundamentais. Como afirma Steinmetz, citando Krüeger, ocorreu nesse ponto uma “Revolução Copernicana”: já não são os direitos fundamentais que se movem em volta da lei e, sim, é a lei que transita em torno dos direitos fundamentais²⁰¹.

Portanto, em Direito Constitucional, o princípio da legalidade é demasiado importante, mas não reina absoluto.

Direito Penal

José Afonso da Silva assinala que a Constituição brasileira distingue três categorias de reserva de lei, que se verificam não só no Direito Penal, mas em outras disciplinas da Ciência Jurídica:

(a) *do ponto de vista do órgão competente*, pelo qual o exercício da *função legislativa* para determinadas matérias só cabe ao Congresso Nacional, sendo, pois, *indelegável*, como é o caso da formação das leis sobre as matérias referidas no § 1º do art. 68; (b) *do ponto de vista da natureza da matéria*, pelo qual determinadas matérias são reservadas à *lei complementar*, enquanto outras o são à *lei ordinária*, como são as hipóteses expressamente enumeradas na Constituição; e há casos em que a reserva é de lei ordinária ou complementar estadual (por exemplo: arts. 18, § 4º e 25, § 3º) ou de lei orgânica local (por exemplo: arts. 9º, § 1º, e 25, § 3º); (c) *do ponto de vista do vínculo imposto ao legislador*, a reserva pode ser

²⁰¹ A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, p. 80-81.

absoluta ou *relativa*. Alguns admitem também uma terceira, dita ‘reserva reforçada’, que, na verdade, ingressa no campo da reserva absoluta.²⁰².

No Direito Penal, o princípio da legalidade já foi devidamente estudado, como mostram os trabalhos de Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Jr.²⁰³, Maurício Antonio Ribeiro Lopes²⁰⁴ e Antonio Coelho Soares Júnior²⁰⁵, além de muitos outros.

Ele se manifesta pela locução *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, prevista no artigo 1º, do Código Penal brasileiro, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal. Trata-se de legalidade em sentido estrito, isto é, da reserva legal mencionada por José Afonso da Silva. Isso representa que apenas a *lei* como espécie normativa específica pode dispor a esse respeito, não se admitindo que nenhuma outra o faça, exceto por delegação expressa no caso das “leis penais em branco”. Sobre estas, Frederico Marques ensina:

Dentre as normas penais, existem leis incriminadoras que se denominam ‘leis penais em branco’, porque determinam a *sanctio júris*, mas remetem a estatuição do preceito a outra lei ou fonte formal do Direito. (...) Leis penais em branco, portanto, são disposições penais cujo preceito é indeterminado quanto ao seu conteúdo, e nas quais só se fixa com precisão à parte sancionadora²⁰⁶.

Nesse caso a norma complementar decorre diretamente da lei, que em última instância lhe dá o suporte jurídico.

²⁰² *Comentário contextual à Constituição*, p. 83-84.

²⁰³ *O Direito Penal na Constituição*.

²⁰⁴ *Princípio da legalidade penal*.

²⁰⁵ *O princípio da legalidade penal: o que se fala e o que se cala*.

²⁰⁶ *Tratado de Direito Penal*, p. 188.

No Direito Penal, o princípio atinge o segundo ponto mais alto. Nele o dogma da completude do Positivismo jurídico dos séculos XVIII e XIX ainda se mostra visível, vez que não se admitem lacunas quanto à configuração de tipos criminais (criminalização) ou no que concerne à descrição das condutas que os caracterizam (tipicidade). Não há vazios desse tipo nem mesmo nas referidas “leis penais em branco”, pois o conteúdo nelas ausente é preenchido por outra lei ou fonte formal do próprio sistema. Inexistente a previsão legal, o juiz não questiona se falta lei ou direito: conclui inexoravelmente que não há crime.

O raciocínio, portanto, é positivista, de simples subsunção: uma vez que o fato corresponda à hipótese descrita em lei, há crime a ser sancionado; do contrário, o comportamento não tem implicação na ordem jurídica.

Claro que não se excluem lacunas axiológicas, antinomias e falhas do sistema e, por conseguinte, a necessidade de interpretação e de integração. Porém, é remota a possibilidade de aplicação do artigo 4º da Lei de Introdução, o qual prevê que na omissão da lei o juiz deve decidir conforme a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito. Como explica Frederico Marques:

...esse preceito, ao incidir sobre o Direito Penal, encontra de início o princípio de reserva que proíbe qualquer incriminação sem prévia definição da lei. Donde concluir-se que a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não podem criar novas figuras delituosas, nem tampouco penas ou sanções jurídicas: nesse terreno, o Direito Penal não apresenta lacunas porque tudo aquilo que não for ilícito punível em consequência de previsão legal explícita deve ser considerado como ato penalmente lícito²⁰⁷.

²⁰⁷ *Tratado de Direito Penal*, p. 222-223.

Mas ele admite a analogia nos casos de omissão a respeito de ilicitude excepcional e de isenção de culpabilidade²⁰⁸, e julga viável o uso da analogia em favor do acusado (*in bonam partem*)²⁰⁹. O que faz sentido, pois, se o princípio da legalidade constitui garantia do indivíduo em face do Estado, só lhe pode ser prejudicial por disposição expressa a respeito. Ou seja, de acordo com o mesmo princípio.

Direito Tributário

No Direito Tributário, o princípio da legalidade manifesta-se de modo semelhante ao verificado no Direito Penal. Além do disposto no inciso II, do artigo 5º, acrescenta-se o inciso I, do artigo 150, da Constituição Federal, que dispõem: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Significa, assim, que também nesse ramo a legalidade é estrita, existe reserva legal, conforme descreve Paulo de Barros Carvalho:

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse *plus* caracteriza a *tipicidade tributária*, que alguns autores tomam como outro postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata da estrita legalidade²¹⁰.

²⁰⁸ *Tratado de Direito Penal*, p. 222-223.

²⁰⁹ *Idem*, p. 228.

²¹⁰ *Curso de Direito Tributário*, p. 157-158.

Roque Carrazza aduz que a tipicidade no Direito Tributário é ainda mais rigorosa que no Direito Penal, porque a lei criminal outorga ao julgador certa dose de subjetivismo na imputação da pena, o que não ocorre com a lei fiscal, que “indica peremptoriamente, ao seu aplicador, não só o fundamento da decisão, como critério de decidir e as medidas que está autorizado a adotar, para que a arrecadação do tributo se processe com exatidão.”²¹¹.

Como no Direito Penal, não há lacunas em matéria tributária no que tange à criação de tributos e à tipificação da hipótese de incidência tributária e o raciocínio se opera por simples subsunção: se o fato corresponde à hipótese de incidência, há tributo a ser cobrado; se não corresponde, é indiferente à tributação. Também a esse respeito a ausência de previsão não dispõe o juiz a questionar se falta lei ou direito.

Contudo, há uma peculiaridade a ressaltar. O artigo 108 e parágrafos, do Código Tributário Nacional, admitem expressamente a necessidade de interpretação da legislação tributária e autoriza o uso da analogia, dos princípios gerais de Direito Público, Direito Tributário e da equidade, desde que a analogia não resulte na exigência de tributo não previsto em lei e o emprego da equidade não implique a dispensa do pagamento de tributo devido²¹². Disposições inexistentes no Direito Penal.

Destarte, no Direito Tributário, o princípio da legalidade atinge total plenitude.

²¹¹ *Curso de Direito Constitucional Tributário*, p. 183.

²¹² A propósito, vide Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, p. 677-684.

Direito Administrativo

No Direito Administrativo o princípio da legalidade apresenta um elevado grau de complexidade, razão pela qual merece um estudo detalhado à parte, embora a doutrina brasileira pareça não lhe dar suficiente atenção. Sem embargo aos reconhecidos méritos, a maioria limita-se a repetir lições conhecidas, sem descer a minúcias da maior importância. Afirma-se com frequência – e isto em parte é verdade – que: a) O princípio decorre do Estado de Direito; b) Pode ser resumido na máxima *suporta a lei que fizeste*; e, c) A Administração Pública está adstrita ao que a lei determina e nada pode fazer que não seja previsto em lei²¹³.

Todavia, quase nada se diz das lacunas e, conseqüentemente, da analogia, dos princípios, do costume ou da equidade. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello é um dos poucos a tratar do assunto²¹⁴. O restante cuida somente dos princípios gerais que regem a administração e, por vezes, da discricionariedade.

Aqui se faz um esboço, um rascunho tosco e mal acabado do princípio da legalidade em matéria administrativa, com o único propósito de demonstrar como se manifesta em termos gerais, isto é, no âmbito da Teoria Geral do Direito.

Segundo Montesquieu, todo aquele que detém poderes é levado a cometer abusos²¹⁵. Assim, no Direito Público e em especial no Direito

²¹³ Assim, por exemplo: Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 82-83; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 96-103; Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, p. 6-8; José Cretella Júnior, *Dicionário de Direito Administrativo*, p. 322-323.

²¹⁴ *Princípios Gerais do Direito Administrativo*, vol. I, p. 401-428.

²¹⁵ *O espírito das leis*, Livro 11º, Capítulo IV, p. 166.

Administrativo, o princípio da legalidade impõe limites ao governante, vedando-lhe a opressão e a corrupção que resultam do egoísmo latente do homem. A Constituição brasileira tornou isso claro ao determinar no artigo 37, e em vários outros dispositivos, a obediência à legalidade e à moralidade. Infelizmente, a pouca cultura de nosso povo ainda não permitiu a plena realização desses ideais, portanto permanecemos no plano teórico. Neste, a legalidade representa primeiramente o respeito às normas superiores, supostamente emanadas do poder soberano do povo por meio de seus representantes. Leia-se Jean Rivero:

Melhor que a imagem de um ‘bloco’ muitas vezes invocada a seu propósito, a que convém à legalidade é a de uma pirâmide: do cimo à base, as normas, consoante o andar em que se situam, devem respeitar as normas superiores, e impõem-se às dos escalões subordinados. Assim, as exigências da legalidade aumentam à medida que se desce na hierarquia das normas. No ponto mais baixo da escala dos actos jurídicos, em compensação, as decisões individuais, seja qual for a autoridade de que emanam, estão vinculadas pela totalidade das normas gerais, que regem também as atividades materiais da administração.

(...)

Os actos particulares estão em princípio submetidos às regras gerais. Isto acarreta três conseqüências:

1º - Cada autoridade administrativa deve respeitar, nos seus actos individuais, as normas gerais editadas pelas autoridades superiores, salvo se estas normas previram a possibilidade de derrogações, solução freqüente no Direito Administrativo;

2º - Cada autoridade administrativa está vinculada pelos seus próprios regulamentos: é a regra *tu patere legem quem fecisti* (respeita a lei que fizeste). Não pode, portanto, transgredir por uma decisão particular a regra geral que estabeleceu;

3º - A autoridade superior não pode tomar uma decisão individual contrária à norma legalmente emitida pela autoridade inferior²¹⁶.

Lição semelhante é dada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo. (...) Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer* Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares à lei*²¹⁷.

No entanto, mais freqüentemente do que se imagina, a lei dá margem à discricionariedade do administrador público, que assim se vê na situação de determinar a própria conduta. Vale dizer, é ele, e não o legislador, que dita o comportamento a ser adotado no caso concreto.

A questão, magnificamente tratada por Celso Antônio Bandeira de Mello²¹⁸, não representa que o agente disponha de total liberdade, de livre arbítrio. Antes, sua ação é regida pelos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (Constituição Federal, art. 37, *caput*), este último traduzido pela proporcionalidade entre meios e fins. Isso mostra que não só a lei, mas também e, principalmente, os princípios é que condicionam atitudes no Direito Administrativo.

Nisso, ele difere substancialmente do Direito Penal e do Direito Tributário, pois, como foi visto, no primeiro há um minúsculo campo para a discricionariedade judicial na aplicação das penas e, no segundo, nenhum

²¹⁶ *Direito Administrativo*, p. 90-92.

²¹⁷ *Curso de Direito Administrativo*, p. 96-97.

²¹⁸ *Discricionariedade e controle jurisdicional*.

comportamento é permitido que não o estritamente regulado em lei. Por outro lado, em matéria penal ou tributária os princípios atuam quase que exclusivamente em sua função interpretadora, ao passo que no âmbito administrativo predomina sua função supletiva.

Ainda há outro ponto que, se disse, é pouco cuidado nessa disciplina jurídica: o das lacunas e seus meios de integração. É de todo inquestionável que em matéria de administração a lei é lacunosa, diga-se, muito lacunosa. Diferente do Direito Penal e do Tributário, o Direito Administrativo encontra-se muito longe do ideal de completude: nunca houve e jamais haverá qualquer possibilidade de vir a ser completo, uma vez que as exigências do dia-a-dia são imponderáveis. Logo, é preciso supri-las fazendo uso dos instrumentos fornecidos pelo Direito além da lei: analogia, princípios e equidade. Os princípios já foram mencionados, mesmo de passagem; cabe ver a analogia e a equidade.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello está entre os que admitem que a analogia possa ser utilizada pela administração excepcionalmente e com restrições. Ele diz:

...inexistem direito ou dever do cidadão ou dos agentes públicos, perante o Estado-poder, sem lei que os especifique ou sem que decorram da própria doutrina dos institutos por ela regulados. As liberalidades por este feitas aos particulares, por abrirem exceções à regra geral, bem como as restrições à liberdade e propriedade em sim, por estabelecerem comportas a direitos, só abrangem os casos que especificam, sem consideração da analogia²¹⁹.

Assim, a analogia não se aplica em matéria disciplinar relativa aos servidores públicos, tampouco na imposição de sanções administrativas

²¹⁹ *Princípios gerais de Direito Administrativo*, vol. I, p. 415.

decorrentes do exercício do poder de polícia, como multas, interdições, suspensões etc. Mas é viável em relação a institutos que devem ser regidos pelos mesmos princípios em sua aplicação, caso da extensão de um serviço público a algum caso ainda não regulado por lei²²⁰.

Quanto à equidade, Bandeira de Mello a julga aplicável em casos de lesão, imprevisão ou de abuso de direito²²¹, no que tem razão. Por sua vez, quanto ao costume, ele assevera:

...modernamente, no Direito Administrativo quase nenhuma aplicação tem o costume *praeter legem*, e em especial no Direito Administrativo brasileiro. Aliás, como observado, o Direito Administrativo pouco deve, na sua formação, ao costume. Ele é de criação pretoriana. Já o costume *secundum legem*, o juiz pode considerá-lo, na sua obra de aplicação do Direito, como elemento para elucidar suas decisões. Assim, terá como justificável comportamento de administrado na conformidade de interpretação costumeira legal pela Administração Pública, não obstante por esta já observada como errônea, e, assim, deixar de lhe aplicar penalidade, ante sua boa-fé²²².

Por fim cumpre há os chamados *atos de império* e os denominados *atos de gestão*. Os primeiros, que administração pratica na qualidade de Estado (ex.: a aquisição de um veículo por licitação), são regidos pelo Direito Público e, por conseguinte, norteiam-se pelo princípio da legalidade tal como descrito anteriormente. Mas estes últimos, os que a administração pratica como qualquer particular (ex.: o trânsito pelas ruas com aquele veículo), são regidos em parte pelo Direito Público, mas predominantemente pelo Direito Privado e pelos princípios que lhe são inerentes. Nesse ponto reside outro aspecto em que o Direito Administrativo difere do Direito Penal e do Tributário: com os atos de gestão, o Direito Público toca o Privado.

²²⁰Princípios gerais de Direito Administrativo, p. 415-416.

²²¹Idem, p. 428.

Desse modo, resume-se que na esfera do Direito Administrativo a legalidade é um tanto mais fluida que na penal e na tributária, pois nela se exige a flexibilidade necessária à dinâmica da administração.

Princípio da legalidade no Direito Privado

Diferente do Direito Público, em que impõe restrição, no Direito Privado o princípio da legalidade outorga dupla liberdade, nos termos do que Bobbio denomina *liberdade negativa* e *liberdade positiva*.

A primeira corresponde à proposição contida no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Implica a ausência de constrangimento ou de impedimento, por isso é considerada *negativa*. No dizer de Bobbio:

Por *liberdade negativa*, na linguagem política, entende-se a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos²²³.

A segunda, por sua vez, consiste no direito à autodeterminação, isto é, na autonomia do sujeito de guiar sua conduta livremente, sem cerceio de qualquer espécie. Considera-se *positiva*, uma vez que representa uma afirmação. Conforme Bobbio:

Por *liberdade positiva*, entende-se – na linguagem política – a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu

²²² *Princípios gerais de Direito Administrativo*, p. 392-393.

²²³ *Igualdade e liberdade*, p. 48.

próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros²²⁴.

Em Direito Privado, corresponde ao que se conhece por *autonomia privada*.

A liberdade assim posta – negativa ou positiva – tem origem no contratualismo do século XVIII, que já foi examinado, mas que convém recordar. Segundo Rousseau, nas sociedades primitivas imperou a força e não o direito; obedeceu-se a ela por necessidade ou prudência, mas não por dever; a liberdade então existente era falsa, por resultar em sujeição ao poder do mais forte. Chegando ao ponto em que os obstáculos prejudiciais à conservação no estado de natureza sobrepujaram as forças que cada indivíduo podia empregar para manter-se naquele mesmo estado, os homens uniram-se em sociedade mediante o contrato social, por meio do qual abdicaram de sua liberdade natural na mesma proporção, igualando-se em direitos e obrigações e obtendo, assim, a liberdade civil.

Nas palavras de Rousseau, “a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, a toda a comunidade”, resulta que “cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém”; se ganha “o equivalente de tudo o que se perde e mais força para conservar o que se tem”. Desse modo, “o ato de associação encerra um compromisso recíproco do público com os particulares, que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, acha-se comprometido numa dupla relação, a saber: como membro do soberano em face dos particulares e como membro do Estado em face do soberano”. Sendo assim: “O que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar; o que ele ganha é a

²²⁴ *Igualdade e liberdade*, p. 51.

liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui”. De tal sorte, o que se adquire no estado civil é a *liberdade moral*, “a única que torna o homem verdadeiramente senhor de si, porquanto o impulso do mero apetite é escravidão, e a *obediência à lei que se prescreveu a si mesmo é liberdade*”²²⁵.

No estado civil, a liberdade é assegurada por lei emanada do poder soberano dos cidadãos, exercido por intermédio de seus representantes, isto é, pelo Poder Legislativo, conforme a proposta formulada por Montesquieu e disseminada no ocidente pela Revolução Francesa. Conforme o Barão de Brède: “A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”²²⁶. Portanto, sob a ótica tradicional do individualismo, este é o conteúdo da norma contida no inciso II, do artigo 5º, da Constituição Federal, consoante o resumo de José Afonso da Silva:

O art. 5º, II, em análise, revela duas dimensões. Uma contextual, clara e explícita, que consubstancia o *princípio da legalidade*, que, por ser uma *garantia individual*, merecerá consideração aprofundada nestes comentários. Outra, subentendida, nem sempre considerada pela doutrina, que é essa regra de direito fundamental que exprime a *liberdade de ação*. Por isso, esse dispositivo é um dos mais importantes do Direito Constitucional brasileiro, porque, além de conter a previsão da liberdade de ação (liberdade base das demais) confere fundamento jurídico às liberdades individuais e correlaciona *liberdade* e *legalidade*. Dele se extrai a idéia de que a liberdade, em qualquer de suas formas, só pode sofrer restrições por *normas jurídicas preceptivas* (que impõem uma conduta positiva) ou *proibitivas* (que impõem uma abstenção), provenientes do Poder Legislativo e elaboradas segundo o procedimento estabelecido na Constituição. Quer dizer: *a liberdade só pode ser condicionada por um sistema de legalidade legítimo*²²⁷.

Contudo, o Direito Contemporâneo avançou além desse ponto, o da segunda geração de direitos subsequente à Revolução Francesa. A propósito,

²²⁵ *O contrato social*, Livro I, Capítulos I a VIII, p. 9-26, grifos nossos.

²²⁶ *O espírito das leis*, Livro Décimo Primeiro, Capítulo III, p. 166.

²²⁷ *Comentário contextual à Constituição*, p. 81.

recorde-se a lição de Paulo Bonavides, a partir de Karel Vasak: a) De primeira geração são os direitos da liberdade, isto é, os direitos civis e políticos estabelecidos no século XVIII, e que foram os primeiros a ser positivados; b) De segunda geração são os direitos da igualdade, que dominaram o século XX, vale dizer, os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades; c) Os de terceira geração correspondem aos direitos da fraternidade, cristalizados ao fim do século XX, quais sejam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação; d) Por fim, os de quarta geração são os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo²²⁸.

No estágio atual do desenvolvimento do Direito e das sociedades, a lei não é mais a única a condicionar a liberdade, a fonte exclusiva de regras de comportamento. Em decorrência da multiplicidade e da complexidade das relações que extrapolam o plano individual, o Direito Contemporâneo alterou-se significativa e irreversivelmente. Tornou-se impossível prever e descrever as condutas de maneira exaustiva, de modo a se antever com segurança as conseqüências jurídicas dos atos próprios e alheios. Hoje, incumbe às partes guiarem-se pela prudência e bom senso e, principalmente, segundo a ética e justiça. O papel da lei, idealizado nos tempos da Revolução Francesa e das codificações, bem como o raciocínio geométrico da subsunção pela parte ou pelo juiz, tornaram-se obsoletos. Descreve English:

As leis (...) são hoje, em todos os domínios jurídicos elaboradas por tal forma que os juízes e os funcionários da administração não descobrem e fundamentam as suas decisões tão-somente através da subsunção a conceitos jurídicos fixos, a conceitos cujo conteúdo seja explicitado com segurança através da interpretação, mas antes são chamados a valorar autonomamente e, por vezes, a decidir e a

²²⁸ *Curso de Direito Constitucional*, p. 560-578.

agir de um modo semelhante ao do legislador. E assim continuará no futuro²²⁹.

Ele também fornece exemplos de novas técnicas legislativas que conferem ao julgador – e também aos sujeitos – autonomia em face da lei²³⁰:

a) A utilização de *conceitos jurídicos indeterminados*, cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos²³¹ (Ex.: interferências prejudiciais ao sossego do vizinho a que se refere o art. 1.277 do Código Civil); b) O uso de *conceitos normativos*, que exigem valoração para serem aplicados ao caso concreto (Ex.: a proibição do trabalho do adolescente em locais prejudiciais à sua formação moral, conforme o art. 67, III, da Lei n. 8.069/90); c) A outorga de *discricionabilidade* aos agentes da administração ou do Judiciário, em que a convicção pessoal é elemento decisivo para determinar a escolha entre as diversas alternativas que se oferecem dentro de certo “espaço de jogo” (Ex.: as várias medidas de proteção à criança e ao adolescente, conforme o artigo 101, da Lei n. 8.069/90); d) A adoção de *cláusulas gerais*, o que compreendem a formulação de hipóteses legais que, em termos de generalidade, abrangem e submetem a um tratamento jurídico todo um domínio de casos²³² (Ex.: a boa-fé, no Código Civil de 2002).

Por outro lado, conforme esboçado, a ausência de regulação específica por lei ou por outras fontes normativas não implica automaticamente liberdade negativa ou positiva. Cabe ver antes se não há direito a ser amparado (silêncio eloqüente), circunstância em que se manifesta a liberdade, ou se a hipótese é de falta de norma, mas não de direito (lacuna normativa), situação que exige da parte um comportamento consoante o Direito, mas não

²²⁹ *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 207.

²³⁰ *Idem*, p. 208-255.

²³¹ Expressão também utilizada por Tercio Sampaio Ferraz Jr, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 312.

²³² *Idem*, p. 229.

de acordo com lei inexistente. Nessa circunstância, a parte não se obriga a fazer ou deixar de fazer em virtude de norma legal e, sim, de analogia, de princípios ou de equidade. E, caso haja demanda, sua conduta será sujeita ao controle jurisdicional o qual dependerá, por sua vez, da ponderação e da prudência do julgador na consideração daqueles mesmos elementos. Implica dizer que na disputa em juízo de nada valerá argumentar com sua autonomia, que era livre para comportar-se.

Por aí se vê que os princípios também obrigam em sua função normativa ou integradora, qual seja na colmatação de lacunas. Mas o fazem igualmente como mandados de otimização em relação às possibilidades *jurídicas* e às possibilidades *fáticas*, consoante a lição Alexy²³³.

Diz ele que a máxima de proporcionalidade em sentido amplo contém três máximas parciais: a da adequação (correspondência entre meios e fins), a da necessidade (postulado do meio mais benéfico) e a da proporcionalidade em sentido estrito (a ponderação propriamente dita). Da máxima de proporcionalidade em sentido estrito (ponderação) segue-se que os princípios são mandados de otimização com relação às possibilidades jurídicas: “Se uma norma de direito fundamental com caráter de princípio entra em colisão com um princípio oposto, então a possibilidade jurídica da realização da norma de direito fundamental depende do princípio oposto. Para chegar a uma decisão, é necessária uma ponderação no sentido da lei de colisão.” E, das máximas da necessidade e da adequação segue-se o caráter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas. Ele dá o exemplo, aqui resumido: se para a consecução de um direito fundamental são possíveis dois ou mais meios, há de preferir-se aquele mais benéfico e mais adequado aos

²³³ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 112.

fins almejados. Isso importa a obrigação de adotar-se a conduta mais favorável e mais adequada à realização do princípio²³⁴.

Não se argumenta que, por tratar de direitos fundamentais, Alexy refere-se somente aos comportamentos exigíveis em face do Estado, pois Steinmetz comprovou com maestria que tais direitos vinculam da mesma maneira os sujeitos de Direito Público e os particulares e penetram no campo da autonomia privada, a qual constitui igualmente um princípio sujeito a ponderação pela máxima da proporcionalidade²³⁵.

Bonavides vai além. Invocando lições de Boulanger, Crisafulli, Gordillo, Peczenik e outros, afirma que, erguidos ao plano constitucional, os princípios gerais de Direito tornaram-se normas-chaves do sistema jurídico e ganharam força normativa:

De antiga fonte subsidiária de terceiro grau nos Códigos, os princípios gerais, desde as derradeiras Constituições da segunda metade do século XX, se tornaram fonte primária de normatividade, corporificando do mesmo passo na ordem jurídica os valores supremos ao redor dos quais gravitam os direitos, as garantias e as competências de uma sociedade constitucional²³⁶.

(...)

...desde a constitucionalização dos princípios, fundamento de toda a revolução *principal*, os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios gerais de Direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa que, inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições²³⁷.

Opinião semelhante tem Guastini, para quem os princípios são normas, enunciados do discurso prescritivo dirigidos à orientação do comportamento,

²³⁴ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 112-115.

²³⁵ *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 186-228.

²³⁶ *Idem*, p. 283.

²³⁷ *Curso de Direito Constitucional*, p. 291.

independente de serem ou não serem inseridos nos textos das Constituições²³⁸.

Some-se a isto a autoridade incontestável de Bobbio:

Os princípios gerais, a meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. O nome ‘princípios’ induz a erro, de tal forma que é antiga questão entre os juristas saber se os princípios gerais são normas. Para mim não resta dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. (...) Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: em primeiro lugar, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, mediante um procedimento de generalização sucessiva, não há motivo para que eles também não sejam normas: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função pela qual são extraídos e usados é igual àquela realizada por todas as normas, ou seja, a função de regular um caso²³⁹.

Nesse quadro contemporâneo, de pluralidade de fontes legais e extralegis, considere-se novamente o exemplo dado no início deste trabalho: do sujeito que acorda, levanta-se e promove a higiene pessoal. As relações de propriedade, posse, detenção, locação ou comodato do espaço ocupado e dos móveis e utensílios que o guarnecem; as relações de consumo de produtos, de energia e de água que abastecem o local; as relações tributárias que disso resultam etc., em suma, as que envolvem os direitos individuais ou coletivos de primeira ou de segunda geração, são reguladas por leis que, na maior parte, têm características semelhantes às leis do passado, nos exatos moldes do artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. Nesse âmbito, a proposição “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” ainda incide com alguma força.

No entanto, as relações de vizinhança, de proteção ao patrimônio urbanístico, ao meio ambiente e outras difusas, ou seja, as referentes a direitos

²³⁸ *Das fontes às normas*, p. 186.

de terceira ou de quarta geração, são regidas por normas abertas, por cláusulas gerais ou princípios. Tome-se de novo o artigo 1.277, do Código Civil de 2002, o qual prevê que o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha. O que vêm a ser essas interferências prejudiciais é algo que deve ser visto e decidido diante do caso concreto. Nesse aspecto, o Direito Romano-germânico aproxima-se da *common law* e a proposição “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” ganha conotação relativa.

Para compreender a razão desse novo modo de operar do Direito, é preciso remontar a Bentham e aos motivos da codificação. Opondo-se à *common law* inglesa, ele criticava: a) A incerteza sobre a existência das regras jurídicas e o seu conteúdo e a insegurança sobre os comportamentos a serem adotados; b) A ausência de normas prévias a determinar a decisão judicial e a conseqüente retroatividade do Direito Comum; c) A circunstância do Direito Comum não se fundar no princípio da utilidade para a maioria e, sim, na individualidade dos casos concretos; d) A liberdade outorgada aos juízes para decidir de acordo com seu conhecimento limitado, e não com leis editadas por sujeitos dotados de competência específica; e) A ausência de controle sobre a produção do direito por parte dos julgadores²⁴⁰. Buscando combater esses males, propôs-se que os códigos fossem redigidos com linguagem simples e sem definições, a fim de que as leis fossem compreendidas e cumpridas por toda a população (se cada um conhecesse seus direitos, ninguém os infringiria) e as normas postas pelo poder soberano (Legislativo) fossem aplicadas de modo imparcial pelo Judiciário.

²³⁹ *Teoria Geral do Direito*, p. 297-298.

Posto nesses termos, o movimento em torno da codificação e da positivação das normas jurídicas isentou as partes e o Judiciário da consideração moral, que haveria de pertencer ao domínio exclusivo do Legislativo. Carl Schmitt cuidou desse tema ao dissertar sobre o Estado legiferante e a confiança depositada pela sociedade na justiça e na razão do legislador e de todos os participantes do complexo processo legislativo²⁴¹. Circunstância que foi agravada com o Positivismo e o Neopositivismo jurídicos.

Contudo, a perda da confiança nas leis²⁴², de um lado, e de outro a força dos fatos – notadamente os ocorridos no século XX – demonstraram que haveriam de ser restaurados os valores éticos e morais e restituído à sociedade o dever de conduzir-se a si mesma conforme esses tais valores que, em último plano, representam o ideal de justiça. Por isso é que no Direito Privado contemporâneo a legalidade associa-se à moralidade. A propósito, recorde-se o artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

E como a moral e a ética não se permitem aprisionar em normas postas e rígidas formulações *a priori*, como imaginado na modernidade, restabeleceu-se muito do que Bentham combatia. A lei existe, mas é geral, abstrata, aberta e lacunosa; cabe às partes e aos juízes interpretar seu conteúdo e preencher-lhe os vazios atendendo ao fim social da vida em harmonia.

²⁴⁰ *O Positivismo Jurídico*, p. 97-100.

²⁴¹ *Legalidade e legitimidade*, p. 17-27.

²⁴² Conforme Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. II, p. 173-180. Vide também Jean Rivero e Hugues Moutouh, *Liberdades públicas*, p. 147-153. E, ainda, Michel Villey, *Filosofia do Direito: definições e fins do Direito: os meios do Direito*, p. 395-403.

Curiosamente, este “passo atrás” parece ser o melhor caminho em direção à fraternidade.

Princípio da legalidade nas Constituições brasileiras

Vistas as origens do princípio da legalidade, sua evolução e o modo como se manifesta no Direito Contemporâneo, cumpre agora contextualizar o disposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, referido no início deste estudo. Tal qual o princípio do qual é decorrente, o dispositivo constitucional tem sua história, cujo conhecimento é necessário para que seja compreendido. Para tanto, é preciso examinar primeiro os textos das Constituições brasileiras, a começar pela Constituição do Império, de 1824, cujo artigo 179 e inciso I, dispunham:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

I - Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

A Constituição Republicana, de 1891, repetiu-lhe os dizeres no artigo 72 e parágrafo 1º:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 1º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Assim também sucedeu com a Constituição de 1934, cujo artigo 113 e correspondente item 2, previam:

Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

2) Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

A Constituição de 1937 nada dispôs a respeito. Já a de 1946, retomou a tradição, dispondo no artigo 141 e parágrafo 2º:

Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

A de 1967 seguiu-lhe os passos, prevendo no artigo 150, parágrafo 2º:

Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Igualmente, a Constituição de 1969 estabeleceu em seu artigo 153 e parágrafo 2º:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 2º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

E, finalmente, a Constituição de 1988 previu em seu artigo 5º e inciso

II:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Percebe-se logo um hiato. Exceto a Constituição de 1937, todas as demais repetiram o previsto no inciso I, do artigo 179, da Constituição do Império de 1824, o que é facilmente explicado: a Carta de 1937 foi imposta por Getúlio Vargas após o golpe pelo qual instaurou a ditadura e o chamado Estado Novo. Inspirou-se nos movimentos nazista e fascista, de índole autoritária, “em que líderes carismáticos, poderosamente apoiados em métodos de propaganda, fascinavam multidões e surgiam como chefes incontestes, eficientes e providenciais”²⁴³.

Por representar um regime de exceção, não previu certas garantias fundamentais. Seu texto seguiu o da Constituição da Polônia de 1935, de Pilsudsky, razão pela qual terminou conhecida vulgarmente como “Polaquinha”. O comentário de Francisco de Assis Alves a esse respeito é muito oportuno:

Era de se esperar que a Constituição de 1937 criasse restrições aos direitos individuais e às garantias. Sua origem depunha contra vários princípios de obrigatoria inclusão nos textos constitucionais regradores de regime democrático. Por isso, nela não foram albergados os princípios da legalidade, de irretroatividade da lei e,

²⁴³ Montoro, *Estudos de Filosofia do Direito*, p. 136-137.

tampouco, o mandado de segurança, orgulhosamente inaugurado pela Carta Política de 1934²⁴⁴.

Além desse hiato, percebe-se uma constante. A previsão contida no inciso I, do artigo 179, da Constituição do Império de 1824 (“I - Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da lei”) foi transcrita quase literalmente nas Constituições do período republicano e foi mantida mesmo durante o regime militar que perdurou de 1964 a 1985. Ela consta no parágrafo 1º, do artigo 72, da Constituição de 1891 (“§ 1º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”); no item 2, do artigo 113, da Constituição de 1934 (“2 - Ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”); no parágrafo 2º, do artigo 141, da Constituição de 1946 (“§ 2º Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”); no parágrafo 2º, do artigo 150, da Constituição de 1967 (“§ 2º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”); no parágrafo 2º, do artigo 153, da Constituição de 1969 (“§ 2º Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”); e no inciso II, do artigo 5º, da Constituição de 1988 (“II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”).

De notar que essa disposição constante tem origem na doutrina de Montesquieu, como mostra o trecho de “O espírito das leis”, transcrito anteriormente, e que convém lembrar:

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode

²⁴⁴ *Constituições do Brasil*, p. 44.

ser tal que ninguém seja forçado a fazer as coisas que a lei não obrigue e a não fazer as coisas que a lei permite²⁴⁵.

Tem igual fundamento na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que também é lembrada:

V - A lei não tem o direito de impedir senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é negado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordenar.²⁴⁶

É clara a identidade entre tais excertos e os dispositivos constitucionais mencionados e não poderia ser diferente. A Constituição Imperial de 1824 sofreu forte influência da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ambas do mesmo ano, cujos ecos ainda se ouviam, particularmente pela voz do publicista francês Benjamin Constant²⁴⁷. O mesmo ocorreu com as Constituições brasileiras do período republicano, nitidamente inspiradas no modelo norte-americano que se inspirou igualmente em Montesquieu. Comentando “O espírito das leis”, Pedro Vieira Mota afirma:

As nossas Constituições republicanas, inclusive a de 1969, inspiraram-se no Direito Constitucional norte-americano, e este não é senão o desdobramento das doutrinas de Montesquieu. Daí que as nossas principais instituições políticas plasmaram-se segundo os ensinamentos do Mestre.

(...)

Por último, as Garantias Individuais. Também aqui seguimos os Estados Unidos, por conseguinte, Montesquieu. De fato, Montesquieu, ao erguer a sua vasta construção político-doutrinária, teve sempre em mira assegurar a liberdade política dos cidadãos. E essa garantia da liberdade é, na Política republicana, a garantia suprema, a garantia das garantias.

²⁴⁵ *O espírito das leis*, Livro Décimo Primeiro, Capítulo IV, p. 166-167, grifamos.

²⁴⁶ O grifo é nosso.

Dela derivam todas as outras garantias, como simples corolários: o princípio da legalidade; a garantia da propriedade privada, em especial a imobiliária; a garantia da livre iniciativa; a liberdade de pensamento em todas as suas manifestações²⁴⁸.

Montoro endossa tais assertivas e com apoio nas opiniões abalizadas de Pontes de Miranda, Oliveira Viana e Costa Manso, bem como no testemunho de Rui Barbosa, um dos seus redatores, tece crítica ao divórcio entre a Constituição de 1891 e a realidade histórica, desde a inadequada cópia da denominação “Estados Unidos do Brasil”, até a competência dos Estados para elaborar seus próprios Códigos de Processo. Afirma que o transplante inadequado do modelo norte-americano provocou a deformação do sistema federativo²⁴⁹, no que tem habitual razão.

Já foi dito mais de uma vez que o idealismo povoa o espírito e a cultura jurídica brasileira. Crê-se num Estado onipresente, onipotente e capaz, por si só, de atender a todos os reclamos e necessidades da população, do mesmo modo que se crê em um “messianismo” político, isto é, que esse Estado seja encarnado por líderes dotados de sabedoria e poder bastantes para impor, com a força da lei, a justiça e a igualdade que a sociedade não consegue promover por seus próprios atos.

Isso parece integrar a tradição dos países, como o Brasil, que não se guiam pela ética da participação e da solidariedade, como os de origem protestante referidos por Max Weber²⁵⁰, ou que não aderem ao mínimo legal mencionado por Eduardo Giannetti²⁵¹. Nestes a desigualdade e a injustiça

²⁴⁷ Conforme Montoro, *Estudos de Filosofia do Direito*, p. 133.

²⁴⁸ *O espírito das leis*, Saraiva, p. 44-45, grifos meus.

²⁴⁹ *Estudos de Filosofia do Direito*, p. 133-136.

²⁵⁰ *A ética protestante e o espírito do Capitalismo*, p. 73.

²⁵¹ *Vícios privados, benefícios públicos?*, p. 144.

prevalecem e se espera que algo venha do alto para corrigi-las. Daí a visão idealista e distorcida da política e da legalidade: como pregado por Platão, espera-se que os reis (governantes) sejam filósofos dotados de elevado espírito público e que ditem leis que moldem a realidade e valham para os demais cidadãos, mas não para si.

Nesse contexto, o Legislativo tem pouca ou nenhuma importância porque, de fato, não representa o poder soberano do povo. A bem dizer, soberania popular não existe, porquanto os cidadãos não se sentem imbuídos de poder algum. Considerando o raciocínio de Locke²⁵², não têm como transferir ao legislador o poder de que não dispõem. Conseqüentemente, não há igualdade, tampouco se pode dizer que a constituição represente o contrato social, como de fato representa a constituição norte-americana para cá transplantada.

Não é demais notar que conseqüência marcante desse panorama é a pequena participação popular na vida política e jurídica do país, desde sua fundação, até os dias de hoje. O fato é que a República e a federação são obras de poucos e sempre houve quem apoiasse o retorno à monarquia ou a instauração de regimes “republicanos” autoritários, tanto pela tortuosa via de golpes de Estado (Estado Novo, regime militar), quanto pela via democrática do voto em lideranças populistas. De lembrar que Getúlio foi novamente eleito, mesmo após de quinze anos de ditadura do Estado Novo. Há muitas razões para isso, todas associadas à origem e ao desenvolvimento da cultura brasileira, mas que são estranhas ao escopo deste trabalho.

²⁵² *Dois tratados sobre o governo*, Livro II, Capítulo XI, p. 504.

De qualquer modo, no plano jurídico-filosófico há dois fatos de grande importância que devem ser mencionados: primeiro, o distanciamento entre o Direito e o povo, desde a colonização, durante todo o Império e por quase toda a República e, segundo, a tradição positivista do pensamento jurídico a partir do século XIX e a adesão ao Neopositivismo jurídico no século XX.

Quanto ao primeiro fato, Lima Lopes narra que no período colonial o sistema judiciário brasileiro integrou-se a uma ordem política e social dominada por privilégios originários do regime feudal e corporativo, o que só foi alterado no século XIX²⁵³ e que, mesmo após a constituição do Império, a jurisprudência foi dominada por matérias concernentes às classes possuidoras, como heranças, compra e venda de terras, forma de tratamento de escravos, sociedades, circulação de mercadorias e títulos, falências e concordatas etc. além, é claro, das questões criminais que sempre existiram²⁵⁴.

Por isso, tanto os bacharéis oriundos das escolas portuguesas, quanto os formados nas escolas nacionais a partir da inauguração dos cursos jurídicos em 11 de agosto de 1827, mantiveram-se próximos à elite e ao Estado²⁵⁵. Quadro que permaneceu de certo modo inalterado até a primeira metade do século XX, quando a classe média ascendente passou a integrar o seletor círculo dos profissionais do Direito e, principalmente, após a década de 1980, quando a democratização do Ensino Superior e a Constituição de 1988 ampliaram as oportunidades de acesso às faculdades e ao Judiciário, a despeito de numerosas falhas. Só então a população passou a frequentar o sistema jurisdicional na condição de cidadã, e não de mera acusada.

²⁵³ *O Direito na História*, p. 268-273.

²⁵⁴ *Idem*, p. 334.

²⁵⁵ *Idem*, p. 226.

Quanto ao segundo fato, cumpre ver que o pensamento dominante na formação dos juristas brasileiros foi positivista. A história teve início no período colonial, com a Lei da Boa Razão, do Marquês de Pombal, de 1769, pela qual se permitiu que as leis das nações polidas da Europa fossem incorporadas como fontes subsidiárias das leis portuguesas e proibiu-se o uso das fontes de direito medievais. Procurou-se concentrar o poder de legislar nas mãos do soberano e, com isso, assegurar o primado das leis e dar fim à pluralidade de costumes e tradições medievos. O objetivo era conferir ordem, clareza, certeza e celeridade aos negócios. Por conseguinte, adotou-se a noção jurídico-positiva de legalidade que já foi mencionada, ou seja, de completude do ordenamento e monopólio da produção legislativa²⁵⁶, noção, repita-se, que ainda povoa o imaginário de nossa sociedade.

No âmbito das reformas pombalinas, a mudança dos Estatutos do Ensino Jurídico, de 1772, proibiu o método escolástico e o ensino indiscriminado do Direito Romano, estabelecendo o “estilo sintético, compendiário, demonstrativo, a apreensão ordenada (*more geométrico*) das matérias básicas, na linha do racionalismo do século das luzes”, que foi posteriormente implantado nos primeiros cursos de Direito de São Paulo e Olinda, inaugurados em 1827. Recomendavam-se as obras de Grócio, Pufendorf, Beccaria e Bentham, entre outras²⁵⁷, o que dá mostra do que e de como era ensinado.

Não obstante as críticas adequadas de Tobias Barreto (1839-1889) e da Escola de Recife à acomodação e à abstração dos juristas, e a despeito da proposta de compreensão do Direito como um fenômeno histórico, cultural e

²⁵⁶ Conforme Lima Lopes, *O Direito na História*, p. 208-209.

²⁵⁷ *Idem*, p. 209 e 337-338.

social²⁵⁸, o método de ensino se manteve e a doutrina positivista prevaleceu na primeira metade do século XX, especialmente na escola paulista, por orientação de Pedro Lessa e outros²⁵⁹. E desaguou no Neopositivismo lógico das lições de Kelsen e sua “Teoria Pura do Direito”, obra recomendada em quase todos os cursos de Filosofia ou de Teoria Geral do Direito na segunda metade do mesmo século.

Nesse contexto, é fácil compreender a maneira como o princípio da legalidade foi estampado nos dispositivos das Constituições brasileiras e recebido em nossa sociedade. Transplantado para a primeira delas, de 1824, e repetido nas subseqüentes, a partir da lição de Montesquieu e da Declaração dos Direitos do Homem, foi convertido na proposição formal “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” que, desde então, nunca foi questionada.

Posta no plano ideal pelo povo, pela classe política e pelos juristas, essa proposição não acompanhou a evolução do Direito e, por esse motivo, não corresponde de modo fiel à realidade. Há pontos de maior ou de menor convergência, mas há outros em que não ocorre.

Trata-se, pois, de um princípio, tão-somente um princípio que tem dupla face. Isso é que se quer demonstrar.

²⁵⁸ Conforme Lima Lopes, *O Direito na História*, p. 341-342.

²⁵⁹ *Idem*, p. 374.

Princípio da legalidade nas Constituições estrangeiras

A fim de propiciar uma visão panorâmica do tratamento dado a esse tema pelas Constituições ou leis fundamentais estrangeiras, segue uma breve descrição de seus textos. Sua escolha não foi aleatória: procurou-se examinar as Constituições e as leis de alguns países europeus, da América no Norte e da América do Sul de tradição romano-germânica, já que neles é muito grande a importância da lei. Afinal, se está a cuidar de legalidade.

Entretanto, por sua importância histórica, também é examinada a Constituição dos Estados Unidos da América, muito embora o sistema jurídico deste país seja de origem anglo-saxônica. Examina-se, ainda, a Carta dos Direitos e Liberdades canadense, uma vez que faz referência expressa ao princípio da legalidade.

As conclusões desse exame são lançadas ao final.

a) Alemanha

Na Alemanha, o texto constitucional não tem a denominação clássica de “Constituição”, adotada por quase todos os países na atualidade. Denomina-se Lei Fundamental e foi aprovada em 23 de maio de 1949²⁶⁰. Seu Capítulo I é dedicado aos chamados direitos e garantias fundamentais e envolve os artigos 1 a 19, dos quais merecem destaque os que asseguram o direito à vida, integridade e liberdade física (art. 2), igualdade (art. 3),

²⁶⁰ Disponível em: <http://www.bundestag.de/htdocs_e/parliament/function/legal/germanbasiclaw.pdf>. Acesso em 24-3-2008.

liberdade de crença, de consciência, de confissão religiosa (art. 4), de opinião, de informação, de imprensa, de expressão artística e científica (art. 5), de reunião (art. 8), de associação (art. 9), de correspondência (art. 10), de circulação (art. 11) e profissional (art. 12), bem como os direitos de inviolabilidade do domicílio (art. 13), de propriedade e sucessão (art. 14), nacionalidade (art. 16) e de petição (art. 17). Esses direitos não podem sofrer limitação ou interferência, senão em virtude de lei.

De maneira muito interessante, o artigo 19 da Lei Fundamental alemã determina que a restrição a tais direitos pela legislação infraconstitucional deve ser aplicada de maneira geral e não apenas a algum caso particular, deve especificar o direito fundamental referido e o artigo que o prevê, não podendo afetar esse direito em sua essência. Além disso, estende os direitos fundamentais às pessoas jurídicas, na medida em que sua natureza o permitir.

b) Bélgica

A atual Constituição da Bélgica (coordenada) é de 17 de fevereiro de 1994²⁶¹. Os direitos e garantias fundamentais são previstos no Título II, que compreende os artigos 8 a 32. Destacam-se as previsões referentes aos direitos de nacionalidade e naturalização (art. 8 e 9), de igualdade e não-discriminação (art. 10 a 11 bis), de respeito ao devido processo legal e ao princípio do juiz natural (art. 12 e 13), de reserva de lei penal (art. 14), de inviolabilidade do domicílio e respeito à vida privada e familiar (art. 15 e 22), de propriedade e proteção ao confisco (art. 16 e 17), de liberdade de culto, de opinião (art. 19 e 21), de trabalho (art. 23), de ensino (art. 24), de imprensa (art. 25), de assembléia (art. 26), de associação (art. 27), de petição (art. 28) e

²⁶¹ Disponível em: <http://www.senate.be/doc/const_fr.html>. Acesso em 24-3-2008.

de correspondência (f. 29). Como consta das Constituições contemporâneas, esses direitos encontram limites e termos nas leis infraconstitucionais, daí a legalidade.

c) Canadá

No Canadá, os direitos e garantias fundamentais são estabelecidos primordialmente pela Carta dos Direitos e Liberdades, de 1982²⁶², que se integra à Constituição de 1867, de origem britânica. O princípio da legalidade vem expresso no artigo 1 da Carta, o qual prevê que só a lei pode restringir os direitos e liberdades nela assegurados, mas dentro de limites que sejam razoáveis e desde que sejam justificados no contexto de uma sociedade livre e democrática. Vale dizer que a lei não vale por si mesma, é preciso que seja impregnada de valor, o que importa negação explícita ao Positivismo comentado nos capítulos anteriores.

Os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta canadense não diferem dos demais países: liberdade de consciência, religião, pensamento, crença, opinião, imprensa, comunicação, reunião pacífica e associação (art. 2), direito à vida, liberdade corporal e segurança pessoal (art. 7), proteção contra buscas e penhoras abusivas (art. 8) e contra a detenção e o encarceramento arbitrários (art. 9), anterioridade da lei penal, devido processo legal, com duração razoável (art. 10 e 11) e duplo grau de jurisdição (art. 24), direito à igualdade e à não-discriminação (art. 15), etc.

²⁶² Disponível em: <<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/>>. Acesso em: 24-3-2008.

d) Espanha

A Constituição espanhola foi sancionada em 27 de dezembro de 1978²⁶³. Em seu artigo 9 estabelece o dever do Estado de promover as condições necessárias à garantia da liberdade e da igualdade entre os indivíduos (parágrafo 1), e assegura, também de maneira expressa, os princípios da legalidade, da hierarquia normativa, da publicidade das normas, da irretroatividade das disposições não favoráveis ou restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a interdição da arbitrariedade dos poderes públicos (parágrafo 3).

Os direitos e garantias fundamentais são os de praxe e, como sempre, delimitados por lei: igualdade e não discriminação (art. 14), direito à vida, integridade física e moral (art. 15), liberdade ideológica, religiosa, de culto (art. 16), de opinião, artística, científica, de ensino (art. 20), de reunião (art. 21), de associação (art. 22), liberdade privada e segurança (art. 17), reserva legal penal (art. 25), direito à honra, intimidade pessoal e familiar, inviolabilidade de domicílio, segredo das comunicações (art. 18), etc.

e) Estados Unidos:

A Constituição norte-americana data de 17 de setembro de 1787 e, por ser anterior à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789²⁶⁴, não sofreu a sua influência. Uma vez que é das mais antigas, não obedece à técnica das Constituições contemporâneas de dispor de um título ou capítulo dedicado exclusivamente aos direitos e garantias fundamentais. Estes são

²⁶³ Disponível em: <<http://www.gva.es/cidaj/cas/c-normas/constitucion.pdf>>. Acesso em: 24-3-2008.

²⁶⁴ Disponível em: <http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm>. Acesso em: 24-3-2008.

previstos principalmente nas Emendas posteriores, que estabelecem a liberdade de religião, de imprensa, de opinião, de reunião, de petição (Emenda I) e de portar armas (Emenda II), a inviolabilidade do domicílio (Emenda IV), o direito ao devido processo legal (Emenda V), ao juiz natural e à ampla defesa (Emenda VI), além de outros.

No tocante ao princípio da legalidade, o sistema jurídico norte-americano é de origem anglo-saxônica, razão pela qual o costume desempenha um papel muito importante naquele país. Neste caso, a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” não tem validade. Mesmo assim, as leis têm grande peso e são exigidas para a criação de impostos (art. I, seção 7 e seção 8), a realização de despesas públicas (art. I, Seção 9) e para a previsão de crimes, uma vez que são proibidos decretos de proscricção ou leis *ex post facto* (art. I, seção 9 e seção 10). De sorte que, nesse particular, o princípio da legalidade se manifesta da mesma maneira que nas Declarações de Direitos.

f) França

A Constituição da França é de 4 de outubro de 1958²⁶⁵ e, logo em seu preâmbulo, ratifica a adesão do povo francês aos Direitos dos Homens e aos princípios da soberania nacional, definidos na Declaração de 1789. Com base nisso, estatui em seu artigo 3º que a soberania pertence ao povo e que a ninguém é dado deixar de exercê-la.

Dada a circunstância acima, a Constituição francesa prescinde descer a minúcias quanto aos direitos e garantias fundamentais e quanto ao princípio

²⁶⁵ Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>>. Acesso em: 24-3-2008.

da legalidade. Mas estabelece, por exemplo, que ninguém pode ser detido arbitrariamente, que o Judiciário deve respeitar a liberdade individual de acordo com os princípios e condições previstos em lei (art. 66), e que incumbe às leis do Parlamento fixar regras relativas aos direitos cívicos, garantias fundamentais, liberdades públicas, determinação de crimes e penas aplicáveis, cobrança de impostos, etc. (art. 34).

g) Grécia

A Constituição grega vigente é a 11 de junho de 1975²⁶⁶, e se mostra bastante moderna e detalhada no tocante aos direitos, garantias fundamentais e sua proteção, sempre na forma da lei, do que se extrai a legalidade. Cuida, assim, de: igualdade (art. 4), liberdades individuais (art. 5), devido processo legal e duração razoável do processo (art. 6), reserva legal penal (art. 7), princípio do juiz natural (art. 8), inviolabilidade do domicílio e da vida privada (art. 9), direitos de petição (art. 10), de reunião (art. 11) e de associação (art. 12), liberdade de religião (art. 13), de expressão e de imprensa (art. 14), sigilo de correspondência (art. 19) etc.

h) Itália

A Constituição da República Italiana está em vigência desde 1º de janeiro de 1948²⁶⁷. Nela a legalidade é bastante evidenciada pela referência constante aos limites da lei no Título I da Primeira Parte do texto, relativa aos direitos e garantias fundamentais. A título de exemplo, não se admite nenhuma forma de detenção, de inspeção, nem qualquer outra restrição à liberdade pessoal, se não por ato motivado da autoridade judiciária e apenas

²⁶⁶ Disponível em: <<http://www.hri.org/MFA/syntaxma/artcl25.html>>. Acesso em 24-3-2008.

nos casos e modos previstos em lei (art. 13), assim como nenhuma prestação pessoal ou patrimonial tampouco pode ser exigida sem base legal (art. 23).

Nesse mesmo sentido são as diversas disposições sobre inviolabilidade do domicílio (art. 14), liberdade e sigilo da correspondência e das comunicações (art. 15), liberdade de trânsito (art. 16), de reunião (art. 17), de associação (art. 18), de religião (art. 19 e 20) e de opinião (art. 21), sobre a reserva legal penal e o juízo natural (art. 25) etc.

i) Portugal

A Constituição de Portugal é vigente desde 25 de abril de 1976²⁶⁸. Ela dita a legalidade textualmente em seu artigo 3º, cujos parágrafos 1 a 3 prevêm que a soberania pertence ao povo, que o Estado subordina-se à Constituição e se funda na legalidade democrática e, ainda, que a validade das leis e dos demais atos do Estado ou das entidades públicas depende de sua conformidade com a ordem constitucional.

Como de hábito entre as Constituições mais recentes, em sua Parte I dispõe de modo minucioso sobre os direitos e garantias fundamentais, como os direitos à igualdade (art. 13º), à vida (24º), integridade física e moral (art. 25º), dignidade e intimidade (art. 26º), liberdade e segurança (27º), reserva legal penal (art. 29º), devido processo legal (art. 32º), inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 34º), liberdade de expressão (art. 37º), de comunicação (art. 38º), artística (art. 42º), de ensino (art. 43), de deslocamento (art. 44º), de reunião (art. 45º), de associação (art. 46º), etc.

²⁶⁷ Disponível em: <<http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>>. Acesso em: 24-3-2008.

²⁶⁸ Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao/>. Acesso em: 24-3-2008.

Semelhante à Constituição alemã, a portuguesa estabelece que só a lei pode restringir os direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição e que as restrições devem limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, além de que essas mesmas leis devem ser de caráter geral e abstrato, não podem ter efeito retroativo e nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos eventualmente disciplinados (art. 18).

j) Chile

No Chile, a Constituição promulgada em 8 de agosto de 1980²⁶⁹ segue o padrão das atuais e, como a italiana, faz freqüentes remissões à lei no Capítulo III, relativo aos direitos e garantias fundamentais. Denota-se assim, o princípio da legalidade. Em seu extenso artigo 19, com vinte e seis parágrafos, assegura na forma e nos limites da lei os direitos à integridade física e psíquica, igualdade, juiz natural, devido processo legal, reserva legal penal, proteção à vida privada, inviolabilidade do domicílio, liberdade religiosa, segurança, liberdade pessoal, liberdade de ensino, de opinião, de reunião, de associação, de trabalho, de manifestação artística, limites à tributação, direito de propriedade, etc.

l) Colômbia

A Constituição Política da Colômbia, de 1991²⁷⁰, segue a mesma linha, ou seja, não torna explícito o princípio da legalidade, mas o manifesta implicitamente ao prever os direitos e garantias fundamentais e submeter a

²⁶⁹ Disponível em: <http://www.camara.cl/legis/constitucion/contitucion_politica.pdf>. Acesso em: 24-3-2008.

²⁷⁰ Disponível em: <<http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>>. Acesso em: 24-3-2008.

sua limitação aos ditames da legislação, embora faça menos referência às leis que as Constituições italiana e chilena. O Capítulo 1 prevê o direito à igualdade (art. 13), intimidade (art. 15), liberdade de trabalho (art. 17), consciência (art. 18), religião (art. 19), opinião (art. 20), circulação (art. 24) ensino (art. 27), reunião e manifestação (art. 37), associação (art. 38), o direito à reserva legal criminal e ao devido processo legal (art. 28 e 29), etc.

m) Costa Rica

Não é diferente a Constituição da Costa Rica, de 7 de novembro de 1949²⁷¹, na qual se extrai o princípio da legalidade a partir das referências à lei do Título referente aos direitos e garantias e que trata da proteção à vida humana (art. 21), inviolabilidade do domicílio (art. 23), intimidade e segredo das comunicações (art. 24), liberdade de locomoção (art. 22), trabalho (art. 20), associação (art. 25), reunião (art. 26), petição (art. 27), opinião (art. 28) e manifestação (art. 29), irretroatividade das leis (art. 34), direito ao juiz natural (art. 35), liberdade pessoal (art. 37 e 38), reserva legal penal e devido processo legal (art. 39), propriedade (45), etc.

n) México

A Constituição do México, publicada em 5 de fevereiro de 1917²⁷², representa um marco no constitucionalismo social, por ter sido a primeira a trazer em seu texto normas de proteção ao trabalho. No entanto, quanto à legalidade não se distingue das que foram examinadas anteriormente. Em seu Capítulo I, proíbe a discriminação (art. 1), a liberdade de trabalho (art. 5), opinião (art. 6), publicação (art. 7), petição (art. 8), associação e reunião (art.

²⁷¹ Disponível em: <<http://www.asamblea.go.cr/proyecto/constitu/const2.htm>>. Acesso em: 24-3-2008.

9), possuir armas (10), locomoção (art. 11) e religião (art. 24), bem como os direitos ao juiz natural, à irretroatividade da lei e à reserva legal penal (art. 14), liberdade pessoal e de comunicação (art. 16), devido processo legal (art. 20), etc. E, de modo geral, os condiciona à letra da lei.

o) Argentina

A vigente Constituição argentina é de 22 de agosto de 1994²⁷³. Como foi visto em relação às outras Constituições examinadas, dispõe sobre direitos e garantias fundamentais em seu Capítulo Primeiro, que inclui os artigos 1º a 35, cujos comentários são abolidos a fim de não tornar a leitura repetitiva e enfadonha.

O que importa é destacar a diferença entre ela e as anteriores no que diz respeito ao princípio da legalidade. Tal diferença refere-se ao fato de que a Constituição Nacional da República Argentina faz parte do pequeno grupo de Constituições dos países sul-americanos em que a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” é expressa, como no inciso II, do artigo 5º, da Constituição brasileira. Assim consta em seu artigo 19, com grifos nossos:

Artículo 19- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. **Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.**

²⁷² Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 24-3-2008.

²⁷³ Disponível em: <http://www.argentina.gov.ar/argentina/portal/documentos/constitucion_nacional.pdf>. Acesso em 24-3.2008.

Essa diferença é assinalada nas Constituições que seguem.

p) Equador

Igual à Constituição brasileira e a Argentina, a do Equador, de 5 de junho de 1998²⁷⁴, dedica seu Título III aos direitos e garantias fundamentais regulados por leis, que não lhes podem restringir o exercício (art. 18). Nela, o princípio da legalidade é expresso, conforme prevê o artigo 23, parágrafo 4 (grifos nossos):

Art. 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

(...)

4. La libertad. Todas las personas nacen libres. Se prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el tráfico de seres humanos en todas sus formas. Ninguna persona podrá sufrir prisión por deudas, costas, impuestos, multas ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias. **Nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.**

q) Peru

Nessa mesma linha, a Constituição do Peru, vigente desde 31 de dezembro de 1993²⁷⁵, dispõe no seu Título I e Capítulo I sobre os direitos e garantias, delimitados por lei, e estatui no artigo 2º, parágrafo 24, alínea *a* (grifos nossos):

²⁷⁴ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>>. Acesso em: 24-3-2008.

²⁷⁵ Disponível em: <<http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>>. Acesso em: 24-3-2008,

Artículo 2º. Toda persona tiene su derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. **Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no se prohíbe.**

r) Paraguai

A Constituição do Paraguai, promulgada em 20 de junho de 1992²⁷⁶, dedica igualmente toda sua Parte I ao que denomina declarações fundamentais, direitos, deveres e garantias. Do mesmo modo que as outras, esses direitos e garantias são estabelecidos em conformidade com a lei. Mas, além disso, a Constituição paraguaia também explicita o princípio da legalidade em seu artigo 9 (grifos nossos):

Artículo 9 - DE LA LIBERTAD Y DE LA SEGURIDAD DE LAS PERSONAS

Toda persona tiene el derecho a ser protegida en su libertad y en su seguridad.

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de lo que ella no prohíbe.

s) Uruguai

Por fim, a Constituição do Uruguai, de 1967²⁷⁷ é outra que reserva toda a Seção I aos direitos e garantias fundamentais, nos termos e limites da lei, e expressa o princípio da legalidade em seu artigo 10, que prevê (grifos nossos):

²⁷⁶ Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/pry/sp_pry-int-text-const.pdf>. Acesso em: 24-3-2008.

²⁷⁷ Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/Constituciones/Const997.htm>>. Acesso em 24-3-2008.

Artículo 10 - Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Pelo exposto se vê que, em regra, as Constituições dos países não contêm disposição expressa acerca do princípio da legalidade. Na maior parte, estabelecem direitos e garantias fundamentais contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os quais devem ser exercidos na forma da lei ou por ela podem ser restringidos. Em alguns casos, isso é feito por leis fundamentais, com *status* constitucional.

Quando assim acontece, isto é, quando as Constituições ou as leis fundamentais não explicitam o princípio da legalidade, mas submetem os direitos e garantias aos ditames da lei, entende-se que o princípio é implícito, uma vez que a subordinação à lei assegura a liberdade, a igualdade, ou seja, tutela o indivíduo em face do Estado, conforme proposto pelos iluministas precedentes à Revolução Francesa.

No entanto, em algumas Constituições o princípio consta expressamente em seus dispositivos, como é o caso da Carta dos Direitos e Liberdades do Canadá (art. 1), da Constituição da Espanha (art. 9) e da Constituição de Portugal (art. 3º). Nestas, porém, nada se assemelha à proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” presente nas Constituições brasileiras, inclusive no inciso II, do artigo 5º, da Constituição de 1988. O princípio nelas previsto refere-se ao primado da lei e, no caso da Carta canadense, aos valores que cumpre à lei respeitar.

Enunciado igual a este, de que só a lei obriga a fazer ou deixar de fazer, é encontrado em poucas Constituições, como as da Argentina (art. 19), do Equador (art. 23, par. 4), Peru (art. 2º, par. 24, *a*), Paraguai (art. 29) e Uruguai (art. 10). Há nisso um traço comum: Brasil, Argentina, Equador, Peru, Paraguai e Uruguai são países da América do Sul, colonizados por Portugal e Espanha, em cujas Constituições o princípio é expresso, mas sem a proposição.

Isto é fruto da tradição jurídica positivista que se manteve nas antigas colônias, que não evoluíram política e juridicamente da mesma maneira que as respectivas matrizes européias. Estas, por sinal, também custaram a desenvolver-se no plano político e econômico e demoraram a se integrar à modernidade pós-Revolução Francesa e, mais recentemente, à Comunidade Européia.

O atraso na evolução política e jurídica dos países da América do Sul parece resultar das mesmas causas apontadas no capítulo anterior, relativo ao Brasil. Diferente das colônias inglesas do norte, cuja reunião espontânea deu origem aos Estados Unidos da América, nas colônias do sul, espanholas e portuguesas, o contrato social não passou de um mito transplantado sem correspondência com a realidade social, um romance lido por intelectuais educados e vestidos à moda européia.

Verdade é que na América do Sul a participação popular nas instituições sempre foi tímida, senão inexistente: cessadas as monarquias, sucederam-se numerosas ditaduras, governos militares ou governos populistas e autoritários, pródigos no personalismo e no messianismo político. Por aqui a democracia é recente a padece da fragilidade de todo novo organismo.

Nesse contexto, liberdade, igualdade, moralidade e, por conseguinte, legalidade, são ainda formais e não substanciais, não são efetivas. Constituem princípios que ainda precisam ser integralmente realizados.

Conclusão: a dupla face do princípio da legalidade

Visto desse modo, é preciso lembrar que o princípio da legalidade encontra-se dentre os mais elevados entre aqueles que compõem o Estado democrático de Direito, pois conduz um valor fundamental para a Democracia, de que o poder emana da sociedade e deve ser exercido em seu benefício, razão pela qual é limitado. Consiste, assim, em um dos numerosos elos entre a Ciência Jurídica e a política. Portanto, um princípio fundamental, mas somente um princípio, não uma regra, tampouco um axioma.

Sua descoberta e desenvolvimento resultam de transformações políticas, filosóficas e econômicas verificadas no decorrer de várias centenas de anos. Algumas datam do século XI e XII, como as bases do poder centralizado e hierarquizado, lançadas por Gregório VII com a reforma da Igreja Católica. Outras datam do século XIII, como o racionalismo inaugurado por Tomás de Aquino e a Magna Carta, de 15 de junho de 1215, por meio da qual João Sem Terra impôs restrições à própria soberania. Porém, as mudanças mais importantes foram as que ocorreram na Europa a partir do século XVI e que só por fragmentos chegaram ao Brasil.

No plano econômico, destacam-se a retomada e o incremento do comércio e a posterior implantação da indústria, ou seja, Mercantilismo e Capitalismo, que desencadearam a multiplicidade e a complexidade das relações jurídicas, exigindo a edição de regulamentos diversos dos havidos na Antigüidade e na Idade Média e que se mostraram insuficientes para tanto.

No plano político, merecem destaque a centralização do poder, as idéias de igualdade e de soberania popular e as concepções do Estado democrático

de Direito e do estado do bem-estar social, o que permitiu que as leis fossem providas de generalidade de modo a assegurar a liberdade e a igualdade entre todos.

E, no plano filosófico devem ser assinalados o incremento do racionalismo e o contratualismo, que deram impulso ao desenvolvimento político, assim como o Positivismo e o Neopositivismo jurídicos promoveram a origem e a evolução da Ciência do Direito.

Nesse contexto, o princípio da legalidade representou inicialmente a liberdade pública do cidadão de não ser submetido ao arbítrio do governante, bem como a igualdade de tratamento, no sentido de que todos haveriam de ser igualmente considerados frente à lei. Portanto, a liberdade e a igualdade, postuladas na Revolução Francesa de 1789. Porém, de acordo com as proposições racionais e a doutrina contratualistas de que a soberania emana do povo e de que o poder deve ser exercido em seu benefício.

Assim, a legalidade foi entendida como *a liberdade e a igualdade perante o Estado*. Que não poderia exigir do povo mais que o consentido por ele próprio por meio dos representantes de seu poder soberano, ou seja, mais que o constante das restritas cláusulas do contrato social. E que não poderia tratar desigualmente aqueles que, de igual modo, outorgavam poderes e eram identicamente representados.

Num segundo momento, Positivismo e Neopositivismo paradoxalmente conduziram o princípio da legalidade à sua maior e à sua menor dimensão.

A intenção de regular toda e qualquer conduta, vale dizer, o ideal de completude da escola de pensamento jurídico positivista que predominou no

período das codificações, importou que a legalidade fosse estendida além da relação entre Estado e particulares, atingindo também as relações de Direito Privado. Afirmou-se então que a parte não poderia exigir de seu semelhante e nem estaria obrigada perante ele, se tal não fosse previsto pela legislação estatal. O Estado deixou de constituir o único ente contra o qual a lei haveria de garantir proteção, ao mesmo tempo passou à condição de fonte de todo o Direito e detentor do monopólio da produção das regras jurídicas.

Firmou-se, assim, o dogma da completude do ordenamento estatal: tudo seria regulado por lei e todas as leis resultariam da Constituição dos Estados. Nada poderia ser exigido que não fosse aprovado pelo Legislativo, único organismo capaz de redigir e editar normas. Ao Judiciário incumbiria tão-somente aplicá-las à moda da Revolução Burguesa, como “la bouche de loi”. Aos particulares, por sua vez, caberia cumprir a legislação, que tudo preveria e tudo estabeleceria.

Nessa época, a proposição de que ninguém seria obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei tornou-se o limite da atuação do Direito: comportamentos obrigatórios ou proibidos passaram a corresponder estritamente ao determinado ou ao vedado pela norma posta. Com isso, a ampliação do princípio da legalidade: de limite ao poder do governante ao postulado da *plenitude do ordenamento*.

O Neopositivismo jurídico, por seu turno, impôs a pretensão lógico-formal de considerar Direito apenas as regras produzidas segundo os critérios de validade do próprio sistema. O apogeu dessa formulação se deu com a formulação kelseniana do sistema piramidal de normas jurídicas, em que a validade de qualquer delas haveria de ser determinada por uma outra de grau superior e, em última instância, pela Constituição, expressão máxima da

legalidade. Com isso, o princípio da legalidade reduziu-se ao mínimo, vale dizer *à conformidade com o sistema*.

Pois, o princípio da legalidade estampado nas Constituições brasileiras data desses dois últimos períodos em que predominaram as concepções do Positivismo e do Neopositivismo jurídicos. A idéia da norma estatal como única fonte de direitos e obrigações encontra-se impregnada de tal maneira em nossa cultura, que constou de todas as Constituições, exceto a ditatorial de 1937, e ainda fez parte do ensino acadêmico e foi reproduzida como mantra, reza, profissão de fé até hoje muito acreditada. Não raro a proposição *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”* é invocada pela doutrina ou consta dos argumentos forenses das partes ou dos julgadores.

Entretanto, o princípio da legalidade deve ser entendido de outro modo, que não sob a ótica positivista mencionada, isto é, de completude do ordenamento e de monopólio da criação de normas pelo Poder Legislativo.

À norma jurídica incumbe regular conduta. Nas sociedades simples, as normas emanam dos indivíduos ou dos organismos legitimados a exercer o poder soberano. São editadas em pequeno número e com simplicidade equivalente ao meio em que circulam. Por esse motivo, geralmente correspondem aos anseios do povo e são dotadas de alto grau de eficácia, do qual são dependentes.

Em tais sociedades, legalidade e legitimidade são confundidas. Por sua vez, vigência e validade são conceitos irrelevantes: as regras existem e são seguidas e, se não são seguidas tornam-se, por isso, inexistentes. Existência e eficácia social são fenômenos paralelos, com exceção dos períodos anteriores

à consuetude ou à dessuetude, quando a norma posta ou o costume porventura não se tenham consolidado ou quando se encontrem em desuso progressivamente acentuado.

O mesmo não ocorre nas sociedades complexas, em que a função legislativa é atribuída ao Estado – o Congresso ou outro órgão que exerça o Poder Legislativo – ao qual incumbe regular as condutas dos mais variados tipos. Em tais sociedades, as relações apresentam-se numerosas e intrincadas, basta lembrar os temas relativos à criminalidade, ao comércio, ao trânsito de veículos, ao patrimônio, aos tributos, ao trabalho etc.

Evidentemente, é impossível antever por completo as situações merecedoras de regulação ou manter atualizada a regulamentação existente, visto que as necessidades e os anseios sociais estão sempre adiante da capacidade do Estado de acompanhá-los. Por conseguinte, o ordenamento jurídico de tais sociedades é inexoravelmente falho, pecando pela omissão, do que resultam as lacunas jurídicas, ou pecando pelo excesso, legislando mais do que o necessário.

Por sinal, a pretensão de completude nas sociedades complexas revela-se normalmente mais perversa que a imprecisão da Idade Média ou do período anterior à Revolução Francesa. Se, naquela época a insegurança resultava da existência de diversas regras costumeiras em cada condado ou vilarejo, da edição intempestiva de normas ou de julgadores venais, hoje ela se revela pela quantidade exagerada de normas, nem sempre coerentes ou suficientes, pela frequência com que são modificadas e por decisões conflitantes, conseqüência do emaranhado em que se transformou a legislação.

Não obstante o ideal positivista jamais deixou de haver fontes normativas extralegais, não emanadas do Estado. Premido pela realidade da vida, sempre se admitiu de um ou de outro modo que outras espécies de normas pudessem manifestar o Direito, seja como fontes primárias ou como meios supletivos de lacunas legislativas, de que são exemplos os princípios e os costumes.

Na doutrina, veja-se Hart admitir os princípios.

Na Constituição, veja-se o parágrafo 2º, do artigo 5º, o qual que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”. Vale dizer, consente que a lei não seja a única fonte de direitos e obrigações, os quais podem derivar de princípios gerais – boa-fé, não lesão a outrem etc. – ou de princípios particulares de cada disciplina jurídica, como o princípio de proteção ao hipossuficiente do Direito do Trabalho ou do Direito do Consumidor.

Do mesmo modo, a legislação infraconstitucional permite o recurso a esses meios, o que fazem o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o artigo 127 do Código de Processo Civil e o artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que elegem os princípios e os costumes como fontes supletivas, ou o artigo 5º, da Lei n. 5.889/73, que estabelece o costume como fonte primária de obrigação.

Por outro lado, é sabido que a clássica tripartição das funções do Estado foi abrandada, visto que o Legislativo também executa e julga, pois detém autonomia administrativa, assim como investiga e decide no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito; o Executivo legisla e julga, porquanto

expede decretos, portarias etc. e processa inquéritos administrativos etc.; e o Judiciário executa e legisla, uma vez que dispõe de igual autonomia administrativa e dita normas, inclusive processuais, como as constantes de seus regimentos internos. Portanto, a noção positivista do princípio da legalidade deve ser sepultada.

Já a concepção neopositivista, de conformidade da norma com o sistema, merece ser preservada, porque a distinção entre vigência, eficácia e validade da norma jurídica representa uma contribuição inestimável à Ciência do Direito. Diferentemente das sociedades primitivas, em que as regras emanam do povo ou daqueles que lhe são próximos e são válidas ou inválidas conforme a legitimidade ou a respectiva efetividade, nas sociedades complexas contemporâneas as normas existem em profusão e o poder de editá-las é conferido a um organismo impessoal, de sorte que há risco considerável de descompasso entre elas e o sistema ou a sociedade. Desse modo, é preciso saber se existem, se são aptas a produzir efeitos e se têm validade ou não. Para esse último mister, as noções de sistema e de pertinência fornecidas pelo Neopositivismo jurídico são imprescindíveis.

Entretanto, como garantia fundamental, a legalidade não pode ser reduzida a isso, tampouco pode ser entendida como correspondência entre a ação e as normas jurídicas, conforme proposto por Kant²⁷⁸. Seu valor e sua função transcendem a condição de simples critério de aferição de validade normativa perante o sistema ou de mera conformidade entre o ato e a lei. Portanto, cumpre restaurar-lhe a importância política e jurídica adquirida na modernidade, mas, ao mesmo tempo, incumbe fazer-lhe o reparo de acordo com o Direito Contemporâneo.

²⁷⁸ *Doutrina do Direito*, p. 23.

Nesses termos é que se afirma que, no contexto atual, o princípio da legalidade tem dupla face.

No Direito Público, ele ainda representa os ideais de liberdade e de igualdade originais. Neste, a proposição “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*” tem maior dimensão e maior abrangência e se aproxima mais da verdade no Direito Penal e no Tributário, coincidentemente, os referidos na Magna Carta de 1215. Mas dela se afasta em parte no Direito Administrativo em que, frente à lacuna da lei, o governante pode valer-se de princípios, analogia e equidade, desde que em benefício do interesse público primário²⁷⁹.

Convém ressaltar que a proteção do indivíduo em face do Estado ainda se faz necessária. Os direitos e garantias fundamentais são hoje tão importantes quanto o foram na Renascença, de modo que continuam a ser ampliadas. De tal sorte, no Direito Público a legalidade mostra a face que é mais visível.

Porém, no Direito Privado, o princípio revela seu outro lado que precisa ser mais conhecido e desenvolvido: o da liberdade condicionada pela moral e pela ética a que parece conduzir a lei na atual fase da evolução do Direito.

Enfim, a face da liberdade guiada pela fraternidade.

²⁷⁹ Conforme a distinção de Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, p. 197-198.

Bibliografia

ABRÃO, Bernadette Siqueira. *História da Filosofia*. São Paulo: Nova Cultural, 2004. 480 p.

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 537 p.

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1960. 846 p.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p.

ALVES, Francisco de Assis. *Constituições do Brasil*. Brasília: Instituto dos Advogados do Brasil, 1985. 78 p.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Edipro. 1995. 311 p.

_____. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 238 p.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O Direito: Introdução e Teoria Geral: uma perspectiva luso-brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 732 p.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 1063 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 1040 p.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 110 p.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. I. 765 p.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 1983. 117 p.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 139 p.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.

_____. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

_____. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. 96 p.

_____. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2007. 285 p.

_____. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 321 p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000, v. 2, 1318 p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 809 p.

BRETONE, Mario. *História do Direito Romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1998. 381 p.

CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, 252 p.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 195 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. 311 p.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Lisboa: Almedina, 2003. 165 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, 1414 p.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 288 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. 134 p.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. 657 p.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. 416 p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 551 p.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente e COSTA JR., Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. 259 p.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 577 p.

COMTE, Auguste. *Discurso sobre o espírito positivo*. São Paulo: Martins Fontes, 1990. 132 p.

_____. *Curso de Filosofia Positiva. Discurso Preliminar sobre o conjunto do Positivismo. Catecismo positivista*. São Paulo: Nova Cultural, 2005. 336 p.

COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 1027 p.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 556 p.

DESCARTES, René. *Discurso do método*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 102 p.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 535 p.

DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 165 p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568 p.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988. 393 p.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A Ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111 p.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.

FILHO, Expedito. *Menos de um terço das 181 mil leis brasileiras estão de fato em vigor*. O Estado de São Paulo, 15-04-2007, p. A12.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I. 426 p.

FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965. 297 p.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 288 p.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. 425 p.

GENY, François. *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1919, tomo II. 422 p.

GIANETTI, Eduardo. *Vícios privados, benefícios públicos?* São Paulo: Companhia das Letras, 1993. 244 p.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001. 813 p.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. 415 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II. 352 p.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. 348 p.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. 329 p.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 400 p.

_____. *Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000. 487 p.

JAEGER, Werner. *Paidéia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, 1413 p.

KANT, Emmanuel. *Doutrina do Direito*. São Paulo: Ícone, 2005. 224 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637 p.

_____. *Teoria pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 427 p.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. 257 p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*; 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*; 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. 53 p.

LEITE, Flamarion Tavares. *O conceito de Direito em Kant (na Metafísica dos Costumes)*. São Paulo: Ícone, 1996. 93 p.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. *O Direito na História*. São Paulo: Max Limonad, 2000. 487 p.

LIMA LOPES, José Reinaldo de; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo e ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Método, 2006. 783 p.

LLOYD, Dennis. *A idéia de lei*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 440 p.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 639 p.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 191 p.

LOSANO, Mario Giuseppe. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paul: Martins Fontes, 2007. 676 p.

LOTUFO, Renan (coord.). *Cadernos de Teoria Geral do Direito*. Curitiba: Juruá, 2000. 240 p.

MACHADO NETO, Antônio Luís. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1975. 217 p.

MARSH, Norman S. (prep.). *Le principe de la légalité dans une société libre – Rapport sur lês travaux du Congrès International de Juristes Tenu à New Delhi*. Genève: Comission Internationale de Juristes. 1959. 371 p.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crítica da legalidade e do Direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2003. 222 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. 701 p.

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Filosofia do Direito: o homem e o Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. 512 p.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis: as formas de governo, a Federação, a divisão dos Poderes*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 227 p.

_____. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 851 p.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 24. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 620 p.

MONTORO, André Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 343 p.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 549 p.

PALOMBELLA, Gianluigi. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 387 p.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A Teoria Geral do Direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, 173 p.

PERELMAN, Chaïm e OLDBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 653 p.

PISTORI, Gerson. *História do Direito do Trabalho: um breve olhar sobre a Idade Média*. São Paulo: LTr, 2007. 136 p.

PLATÃO. *As leis*. São Paulo: Edipro, 1999. 543 p.

_____. *A República*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 419 p.

PONTES DE MIRANDA. *Sistema de Ciência Positiva de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000, Tomo I. 358 p.

_____. *Sistema de Ciência Positiva de Direito* Campinas: Bookseller, 2000, Tomo IV. 519 p.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1997, 430 p.

_____. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, 1997. 192 p.

_____. *Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 232 p.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 749 p.

_____. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 323 p.

_____. *Nova fase do Direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 239 p.

_____. *Horizontes do Direito e da História*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 348 p.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981. 615 p.

RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 680 p.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000. 432 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 330 p.

_____. *O contrato social: princípios do direito político*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 186 p.

SANCTIS, Frei Antonio de. O. F. M. Cap. (org. e anot.). *Encíclicas e Documentos Sociais*. São Paulo: LTr, 1991, v. 1. 516 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157 p.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2001. 91 p.

SCHIMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. 132 p.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *A filosofia contemporânea no Brasil: conhecimento, política e educação*. Petrópolis: Vozes, 1999. 255 p.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 1023 p.

SOARES JUNIOR, Antonio Coêlho. *O princípio da legalidade penal – o que se fala e o que se cala*. São Luís: Associação do Ministério Público do Maranhão. 2005. 147 p.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. 327 p.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do Direito: os meios do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 464 p.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 755 p.

WEBER, Max. A “objetividade” do conhecimento nas Ciências Sociais. In: COHN, Gabriel (org). *Max Weber*. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 79-127.

_____. *A ética protestante e o espírito do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. 335 p.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, 768 p.