

Algumas Notas para a Reconstrução do Princípio da Legalidade

EROS ROBERTO GRAU

1 — O princípio da legalidade tem sido visualizado, pela maior parte da doutrina, como expressivo de uma regra de **limite** para a atuação estatal. Penso deva essa concepção ser objeto de revisão, o que conduzirá à própria reconstrução do princípio.

Esta perspectiva, que adoto, pode eventualmente sujeitar os que a ela se filiam a críticas alinhadas no sentido de apontá-los como detratores do princípio. A postulação de tais críticas, contudo, não é justa nem adequada.

O que se pretende, desde a perspectiva a que me refiro, é, no fundo, recuperar as virtualidades do princípio, de modo que passe ele a expressar garantia **material** — e não apenas **formal** — para os indivíduos e a sociedade.

É evidente que a exposição de tal perspectiva transita pela consideração de inúmeros pontos e aspectos, que não cabem nos lindes destas pequenas notas que passo a enunciar, sublinhando o caráter mítico do princípio. Compõe-se elas, no entanto, entre as emergentes desde uma — e não a única, evidentemente — das vertentes para a análise do princípio.

Tratando-se meramente de notas, não ficarei constrangido por dispô-las de modo sintético, cuidando tão somente de preservar o adequado encadeamento que as relaciona.

2 — Em sua origem, o princípio consubstancia um dado fundamental para a construção da noção de Estado de Direito,¹ esta enquanto noção meramente formal. E, desde aí, opera-se como que uma causação circular entre ambos, de modo que a **legalidade**, na acepção liberal, passa a cumprir a função de garantia dos particulares contra a atuação estatal — o que implica no impedimento de que o Executivo, por ato seu, possa estabelecer restrições à liberdade e à propriedade dos indivíduos, ou seja, em defesa dos indivíduos contra o Poder Público.² O princípio é então visualizado em termos estritamente formais, como corolário da separação dos poderes, importante exclusivamente na oposição de um limite à atuação do Estado.

Na falaciosa crença de que a teoria da separação dos poderes deveu-se, no seu lento processar, exclusivamente à necessidade de preservar as liberdades, à legalidade atribui-se o desempenho de duplo papel: o de instrumento ancilar dessa preservação e o de substituto do princípio da legitimidade.

3 — Disso resultam algumas conseqüências, que me parece estejam a reclamar análise bem detida.

A primeira, na institucionalização — com a consagração do princípio da legalidade — da cisão entre o Estado moderno e a sociedade civil, que a noção de **liberdade pública**, tida só como noção formal, evidencia.

A segunda, no necessário — para que a consistência do princípio possa ser mantida — escamoteamento da evidência de que as liberdades modernas são **liberdades jurídicas**, ou seja,

1. Como observa FRANCESCO GALGANO (*Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*, Zanichelli, Bologna, 1979, pág. 39), o conceito de Estado de Direito exprime, em relação ao burguês singular, aquela mesma exigência — de um limite à ação pública, para salvaguarda à iniciativa privada — que o conceito de **Estado Liberal** exprime em relação à burguesia no seu todo.

2. Vide CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1981, pág. 83 e ss. Note-se, contudo, que esta visão, estrita, da legalidade, resulta superada pelo próprio CELSO ANTÔNIO em seu mais recente **Controle Judicial dos Atos Administrativos**, in RDP 65/27 e ss.

definidas pelo Direito, laicizadas.³ E, no desdobramento deste escamoteamento, na fuga à compreensão de que a legalidade pode prestar-se, inúmeras e incontidas vezes, a servir como instrumento de opressão e opóbrio.

Daí uma conclusão que me parece bem nítida: a da insuficiência da concepção da legalidade em termos estritamente formais para prover a garantia das liberdades.

4 — A transformação (na verdade, involução) pela qual passa o princípio, desde a sua enunciação inicial, é desenhada por MASSIMO SEVERO GIANNINI.⁴

Originariamente implicava em que todo elemento de um ato da Administração deveria estar expressamente previsto como elemento de alguma hipótese normativa, devendo a norma fixar poderes, direitos, deveres, etc., modos e seqüência dos procedimentos, atos e efeitos em cada um dos seus componentes e requisitos de cada ato — do que resultava a concepção do Poder Executivo como **administração** e da Administração como **execução**.

Modernamente o princípio assume significado diverso, na expressão de GIANNINI «mais limitado num certo aspecto, porém mais afinado em outro»: atem-se à atividade administrativa enquanto esta se exprime em atos que possuem conteúdo autoritário.

Daí porque mudou o valor do princípio, que deixa de ser — se é que não foi apenas teoricamente — **regra de conteúdo** da atividade administrativa, para sobreviver como regra do seu **limite**, inserida na dialética da autoridade e da liberdade.

Por isso que — como expõe GIANNINI — o princípio respeita aos procedimentos administrativos não já **em si**, mas tão somente enquanto a eles seja correlata uma situação subjetiva

3. Vide meu **Autorização para o exercício de iniciativa econômica — Agências de Turismo**, in Revista de Direito Mercantil, nº 49, pág. 23.

4. **Diritto Amministrativo**, volume primo, Giuffrè Editore, Milano, 1970, págs. 81/83.

5. Ob. cit., pág. 39.

do particular, sobre a qual tenha incidência um efeito de extinção ou limitação. Por isso, ainda, é que, nos casos em que a atividade administrativa não expressa aquela dialética, o princípio não é aplicado — tal como no caso da atividade de programação do Estado e de outros entes públicos, que não se exprimem em atos autoritários.

Conseqüência disso é a de que — repita-se — o princípio, atualmente, é concebido apenas como regra de **limite** para a ação da Administração, não operando, como observa GALGANO,⁵ qualquer **garantia de fins públicos**, já que visa tão somente à **proteção do interesse privado**.

Inescondíveis, destarte, nesta concepção do princípio da legalidade, as marcas profundas do pensamento liberal, que ideologicamente a estruturam.

Na consagração da legalidade como critério meramente formal, pois, a ereção de pilastra hábil a dar justificativa ao Direito posto, independentemente de qualquer valoração a propósito do seu conteúdo. Já não compete ao estudioso do Direito, desde então, a avaliação da justiça do poder — tal como exercido sob o manto da legalidade — ou da norma. Incumbe-lhe, pelo contrário, colocar o seu saber a serviço do objetivo de reduzir o quanto mais se possa a ação estatal e, na impossibilidade disso, ao sabor de valores bem definidos.

A política da legalidade, desta sorte, conduz à neutralidade axiológica do Direito e à anulação do direito de resistência contra o Direito injusto. O que importa, desde a perspectiva instalada na consagração do princípio, tal como atualmente concebido, é que as normas jurídicas sejam rigorosamente cumpridas. Por conseqüência, a legalidade assume o caráter de dogma.

Em um passo seguinte, a legalidade — tal como a noção de Estado de Direito — passa a funcionar como estereótipo e, de imediato, como mito do liberalismo burguês.

Alcançado este momento de minha exposição, posso — e devo — nela prosseguir por uma senda específica, na consideração da legalidade como expressão ideológica ou mítica.⁶

6 — Podemos aludir à ideologia como estrutura que se refere ao **modo** pelo qual os homens vivem o **todo** de suas **relações** com o mundo.⁷ Para que essas relações se traduzam em **ações** — no sentido, aí, da palavra grega **dianóia** — devem ser mediatizadas pela linguagem.

A ideologia, mediatizada pela linguagem, é uma fonte de produção de sentido. Não, porém, na acepção comum de **sentido**, mas como **valor de referência**.

A ideologia não produz **significados** que valham por si mesmos, mas valores-verdade que se auto referenciam, ou seja **valores referenciais** que são verdadeiros ou falsos conforme sua relação com as pautas ideológicas que compõem a sua instância de enunciação, seja como conformidade, seja como contraste. O valor do **verdadeiro** ou **falso**, assim, no âmbito da ideologia, é arbitrário, formal — não ontológico, conteudístico. Por isso mesmo a ideologia é **referencial** ou **monossignificativa**, desconhecendo no real, por não reconhecer, tudo quanto seja com ela incompatível.

Nisto é que o discurso ideológico e o discurso mítico se aproximam: ambos instauram um horizonte objetivo para os comportamentos e atitudes do homem, embora o primeiro se insira e viva da história e o segundo se desenvolva em uma realidade não-histórica, atemporal e sem espaço. Note-se que o mito aparenta ser uma **revelação** do que foi e permanece sendo.

6. «O mito é uma forma específica de manifestação do ideológico no plano de discurso» (cf. LUIS ALBERTO WARAT, *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*, Editora Síntese, Porto Alegre, 1979, pág. 127).

7. Foi de extrema valia, para a exposição que segue, minha frequente troca de idéias e debate informal com PAULO AMÉLIO DO NASCIMENTO SILVA, professor de lingüística da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, bem assim a leitura de sua tese de livre-docência, **Referência e Significação**, Rio, 1976, ed. mimeografada.

— Não obstante, o mito funciona como recurso lingüístico no discurso ideológico de quem tem condições de, através dele, exercer dominação.

7 — Os mitos são descritos como formas de fé popular que não nasceram da reflexão racional do povo, mas de sentimentos pré-rationais, emotivos.

Desvendados, porém, desnuda-se a racionalidade deles em quem os **inventa**, o que evidencia não serem senão uma manifestação cultural. O mito, em verdade, não passa de uma **invenção**, consciente ou inconsciente, do homem ou de um grupo de homens, cuja finalidade é a de instauração de uma (nova) ordem.

Penso possamos sustentar, assim, que o momento da «desmitização da cultura», no iluminismo racionalista, sustentado sobre a afirmação da obscuridade dos mitos, característica — conforme se alegou — das Idades Antiga e Média, não consubstanciou senão um momento de **substituição de mitos**. Mitos irracionais ou inconscientes são então substituído por outros, mitos também, porém definidamente conscientes e racionais nos que os inventam.

Invenção do homem (ou de um grupo de homens), os mitos modernos — não o mito para o **homem**, como o mito drummondiano de «fulana», mas o mito **para o povo ou para a sociedade civil** — são como expressões exotéricas, a serem «consumidas» pela sociedade. São impostos à sociedade, assim, funcionando como instrumentos lingüísticos de dominação, que tanto mais prosperam quanto mais são acreditados.⁸

8 — Tanto quanto o discurso ideológico, o discurso mítico é exclusivamente referencial.

A proposição «Pégaso é um cavalo alado», em si mesma, não é logicamente falsa nem verdadeira. Vale dizer: não tem **significado**, mas valor de referência **verdadeiro** quando na

8. De WARAT (ob. cit., pág. 127) também a observação de que consubstanciam estereotipação semiológica da ideologia e instrumento de reprodução de formas sociais hegemônicas.

instância de enunciação da mitologia, **falso** quando em qualquer outra instância de enunciação.

Assim, assumindo a legalidade o caráter de mito, a proposição «a democracia só conhece a legalidade, não a legitimidade»,⁹ na instância de enunciação jurídica, não é, em si mesma, verdadeira nem falsa. Não tem **significado**, mas tão só valor de referência: é tomada como verdadeira **naquela instância**.

Eis então a legalidade erigida em mito do liberalismo burguês, sob o qual repousa a afirmação, extraída à falaciosa leitura de MAX WEBER,¹⁰ de que ela (legalidade), enquanto **legitimidade racional**, foi e permanece sendo. A legalidade, destarte, enquanto noção que substituiu — execrando-a — a de legitimidade, opera a exclusão do âmbito dos debates jurídicos, de qualquer consideração a respeito desta última.

O mito da legalidade, assim, retém o estudioso do Direito em um universo de «dever ser» axiologicamente neutralizado. No discurso jurídico,¹¹ esvazia o real e pacifica a consciência dos juristas, inclusive dos juízes, fazendo com que todos se conformem com a situação que lhes foi imposta por quem detem o poder de criar o Direito.

9. Nesta estrutura, a proposição é formulada por ALVARO D'ORS (**Legitimidad**, Revista Chilena de Derecho, 1981, vol. 8, pág. 43).

10. WEBER (Economia y Sociedad, vol. I, trad. de JOSÉ MEDINA ECHAVERRIA e outros, Fondo de Cultura Economica, México, 1969), em realidade, embora superponha as idéias de legitimidade racional e de legitimidade (pág. 30), em trecho posterior de sua obra (pág. 640) afirma: «Direito Natural é o conjunto de normas vigentes preeminente-mente frente ao direito positivo e independentemente dele, que não devem sua dignidade a um estabelecimento arbitrário, mas, pelo contrário, legitimam a força obrigatória deste. Isto é, o conjunto de normas que valem não em virtude de porvir de um legislador legítimo, mas em virtude de qualidades puramente imanentes: forma específica e única conseqüente da legitimidade que fica quando decaem a revelação religiosa e a santidade hereditária da tradição. O direito natural é por isso a forma específica da legitimidade do ordenamento jurídico **revolucionaria-mente criado**» (grifo no original). Nisso, evidentemente, a alusão de WEBER a uma legitimidade que não se identifica, estando acima dela, com a legalidade.

11. A afirmação é de WARAT, ob. cit., pág. 129.

9 — Em vista disso cumpre, a cogitarmos da reconstrução do princípio da legalidade, preliminarmente tratarmos de desmitificá-lo. Esse exercício, contudo, importa desmitificação também da noção de Estado de Direito.

Este — Estado de Direito — não pode ser visto como um sistema fechado e fixo, com valor em si próprio, mas como conceito temporalmente condicionado, aberto.¹² Há que substituir a noção de Estado de Direito Formal pela de Estado de Direito Material, sustentado sobre a concreção do princípio democrático e de uma ordem jurídica legítima. Por isso que a noção de Estado de Direito não consubstancia um fim em si mesmo, mas o meio virtual para a realização da democracia e a construção de uma ordem jurídica legítima.

Pois bem: neste contexto, do Estado de Direito Material, é que se pode — e deve — operar a desmitificação do princípio da legalidade.

Por certo que a sua validade é inquestionável, mesmo enquanto garantidora da forma jurídica, inimiga declarada da arbitrariedade e irmã gêmea da liberdade, na inesquecível dicção de von IHERING.¹³ Imperioso é que não se faça uso da legalidade como mecanismo de escamoteamento do **conteúdo** da noção de Estado de Direito Material.

10 — De outra parte, a desmitificação da legalidade há também de nos levar, na sua conseqüente reconstrução, à instauração dela não como mera pauta de limite da atuação estatal, mas — tal como afirmei inicialmente — como regra de predeterminação do **conteúdo** dessa atuação.

Na tarefa a ser desenvolvida tendo em vista tal reconstrução, muito do que temos a fazer não apresenta sabor de inovação, antes, pelo contrário, consubstanciando mera recuperação de noções já consagradas no nível teórico, mas que, estranhamente, jamais foram levadas plenamente a concreção. Assim, v. g., com

12. Vide JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional**, vol. II, Almedina, Coimbra, 191, pág. 14.

13. **O Espírito do Direito Romano**, vol. III, trad. de Rafael Benaion, Alba Editora, Rio de Janeiro, 1943, pág. 115.

a recusa de acatamento à **vinculação negativa** da Administração pela lei. Esta — a doutrina do **negative Bindung** — é pacificamente substituída, no pensamento jurídico moderno, pela de **positive Bindung**, nos termos da qual a lei é **pressuposto** do atuar da Administração.¹⁴

De outra parte, nele visualizando a predeterminação do **conteúdo** da Administração, há de o princípio ser referido, como enfatiza EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA,¹⁵ não a um tipo de norma específica e determinada, mas ao ordenamento todo, ao que HAURIOU chamou «bloco da legalidade». De onde, por conseqüência, a imperiosidade de concebermo-lo como alcançando a Administração também pelos efeitos contidos na fórmula «*legem patere quam fecisti*».

11 — As breves observações assim produzidas podem, segundo penso, ao lado de inúmeras outras, a serem colhidas desde outras perspectivas, efetivamente subsidiar a revisão construtiva do princípio, que se reclama. Que não se prestem, no entanto, a justificar senão o repúdio que se confira à concepção meramente formal da legalidade. A recuperação desta, para que subsista consagrada em termos materiais, tenho-a como indispensável à realização das vocações autênticas do Direito.

14. Vide, a propósito, a exposição de EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (**Curso de Derecho Administrativo**, vol. I, quarta edición, Civitas, Madrid, 1983, págs. 413 e ss.).

15. Ob. cit., pág. 413.