

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL^{*}

Por uma abordagem dialética

THE LEGALITY PRINCIPLE IN THE WELFARE STATE – A
dialectic approach

MARIO GOMES SCHAPIRO

Advogado. Mestrando em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi bolsista da Fapesp no programa de iniciação científica, tendo desenvolvido a pesquisa na Cadeira de Direito do Estado, como também na Faculdade de Direito da USP.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A noção adjetiva e substantiva do Estado de Direito – A legalidade liberal – 3. Apontamentos do Estado de Bem-Estar Social – 4. Novos parâmetros para o exercício do poder do Estado – A legalidade do Estado de Bem-Estar Social – 5. Conclusão.

RESUMO: O propósito deste artigo é discutir o princípio da legalidade, tido como uma característica essencial do Estado de Direito. Este artigo pretende mostrar que, assim como ocorrido com o Estado de Direito, que se modificou desde o Liberalismo, também o princípio da legalidade sofreu modificações. No passado, o Estado Liberal de Direito demandava um tipo específico de legalidade, apta a permitir um desenvolvimento da sociedade livre de intervenções. A partir da década de 30 surge uma nova conformação de Estado de Direito, conhecido como Estado de Bem-Estar Social, provido de novas finalidades. Naturalmente, com isso, o princípio da legalidade sofreu alterações, a fim de permitir uma ação estatal voltada à consecução do desenvolvimento dos campos sociais e econômicos. De forma alguma esta transformação do Estado significa a morte do princípio da legalidade, ao contrário, significa sua nova conformação. Do ponto de vista deste artigo, uma abordagem dialética pode explicar como esta nova conformação de um mesmo princípio pode ocorrer.

* Neste trabalho apresento uma consideração perto de uma distinção entre aspectos adjetivos e substantivos do Estado de Direito, que é fruto de uma pesquisa de iniciação científica realizada no ano de 1999, financiada pela Fapesp, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Sendo certo que esta é uma adequada oportunidade para agradecer à Fundação pelo fomento proporcionado.

PALAVRAS-CHAVE: Estado. Liberalismo. Estado de Bem-Estar Social. Direito. Políticas públicas. Ordem econômica. Democracia.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the legality principle, ordinarily thought an essential feature of the rule of law. This article intends to show that not only has the form of the modern state changed from liberalism to its current version, but the legality principle has also been transformed. In the past, the liberal state required a kind of legality to allow Society's free development. In the early 1930's, we saw the birth of a new form of state known as the welfare state, bringing with it new intentions. Naturally, the legality principle had to change to allow society and the economy to develop. In fact, this transformation did not mean the death of the principle: what it did mean was its new conformation. We argue that a dialectic study should be able to explain how this new conformation could happen.

KEY WORDS: State. Liberalism. Welfare state. Law. Regulation. Public policies. Economic policy. Democracy.

Recebido para publicação em janeiro de 2004.

1. Introdução

Aparentemente decorreria apenas do recente debate sobre as “Agências Reguladoras”, vedetes da Reforma do Estado no Brasil, a temática sobre a legalidade e os poderes normativo e regulamentar do Executivo. De fato, diante da novidade regulatória de referidas agências, muito se tem abordado sobre a questão da legalidade e a atividade normativa extraparlamentar. O recente interesse é compreensível: deve-se ao fato de que o princípio da legalidade, ao lado do princípio da divisão dos poderes, é dos mais basais pressupostos do Estado de Direito, sendo que este é conceito posto e pressuposto de diversos sistemas político-constitucionais do Ocidente.

A bem da verdade, é de se ter em conta que o debate acerca da legalidade e do poder normativo do Executivo é tema latente do direito público construído a partir da noção de Estado de Bem-Estar Social ou Estado Social de Direito.

Nessa medida, este pequeno texto busca defender que o surgimento de um tal *Welfare State*, como sucedâneo do Estado Liberal de Direito, representou uma “estatização” do financiamento da economia capitalista, do que decorrem alterações nos princípios substanciais formadores do Estado Direito. Por óbvio, como um destes princípios substanciais, não podia a legalidade restar imutável ao longo do tempo, sobretudo diante de uma nova adjetivação do Estado.

Como a seguir será delineado, o Estado de Bem-Estar Social proporcionou uma substituição à exclusividade do conceito de lei formal como estatuição primária, originada do Parlamento. Com a nova modalidade de Estado passou a figurar um conceito de lei material, que abarca tanto a acepção (i) formal clássica, como uma noção de (ii) estatuição primária a cargo do Executivo, realizada por derivação.

Em suma, para efeitos desta Introdução, pode-se aduzir que a participação do Es-

tado nos processos econômicos e sociais determinou um deslocamento no pólo legiferante, que antes residia exclusivamente no Legislativo. Esta passagem funcional, por sua vez, não ocorreu de modo a que o Executivo passasse a legislar sob delegação. O ato fenômeno deste processo é justamente que não só o Executivo assumiu funções normativas, como ao fazê-lo alterou a própria noção de lei, incluindo nesta uma vertente material. Como resultado veremos que não só o Executivo ganhou preponderância, como também os regulamentos passaram a figurar ao lado da lei formal como estatuições primárias.

Nas linhas a seguir, demonstraremos as características deste Estado de Bem-Estar Social, com isso será possível compreender a necessidade de um papel normativo extraparlamentar, e por fim trataremos especificamente desta característica normativa, sua relação com a legalidade e com o poder regulamentar, escopo sincero deste artigo.

2. A noção adjetiva e substantiva do Estado de Direito – A legalidade liberal

É de se ter em conta que o Estado de Direito se constitui em uma categoria de análise, e como tal formada por aspectos substanciais. A esses aspectos substanciais agregam-se características adjetivas, consentâneas ao contexto histórico, mas que não têm o condão de alterar substancialmente o conceito. Bem por isso, o Estado de Direito, como categoria, conviveu com duas básicas adjetivações – a Liberal e a Social.¹ De acordo com o momento histórico, um ou outro traço afloraram, dando diferente plasticidade ao conceito substancial de Estado de Direito.

É, ainda, prudente de se salientar que o Estado de Direito, como categoria, coinci-

de em um primeiro momento com a sua adjetivação Liberal, mas não se esgota nesta.

Originalmente o conceito de Estado de Direito surgiu em um ambiente demarcado pelas necessidades socioeconômicas havidas com a emergência da burguesia como classe social, no contexto do século XVIII, as quais tinham como pressuposto a realização controlável e segura do poder estatal. Daí a pretérita sobreposição dos elementos substantivos com os adjetivos.

De maneira mais precisa, a sobreposição aludida decorreu do fato de que o Estado de Direito, representando uma organização jurídica das atividades do Estado, surgiu, lembra Legaz y Lacambra, como uma “aspiração política”² de uma única classe social – a burguesia.

Com a alteração do momento histórico e o surgimento de outras classes no espaço público, a sobreposição foi desfeita. Disto pôde-se vislumbrar o que era traço adjetivo e o que seriam os elementos essenciais desta categoria de Estado. Estes, por sua vez, compõem-se na noção de que o Poder Político é imanente e racional e, portanto, passível de ser limitado juridicamente. Nada autoriza o arbítrio imponderado do Poder Político no Estado de Direito, a atuação deste é procedimentalizada e institucionalizada, não prevalecendo jamais a vontade pessoal do titular do exercício da soberania. Enfim, no Estado de Direito, há regras públicas para atuação do Estado.

Já a tutela da autonomia individual, como meta única do Estado, e a separação deste do domínio econômico ou a noção de que o âmbito econômico obedece a uma lei natural são traços adjetivos do Estado de Direito, correlatos ao ambiente histórico do Liberalismo.

Marcando, pois, a distinção entre o conceito de Estado de Direito e a sua

conformação liberal, poder-se-ia dizer que o Estado Liberal de Direito “se funda, em última análise, numa mundividência construída em torno do pressuposto duma ideal separação entre o Estado e a sociedade ou, mais especificamente, naquilo que se pode designar como a ideologia das três separações”:³ (i) a separação Estado e economia (Smith); (ii) a separação Estado e sociedade (Humboldt); e (iii) e a separação Estado e moralidade (Kant). Ao passo que, como elementos substantivos que, “independentemente da circunstância histórica, individualizam o ideal do Estado de Direito”,⁴ se podem identificar o princípio da legalidade, como racionalização e juridicização da atuação do Estado, e a tutela dos direitos humanos.

Pois bem, no que cinge especificamente à legalidade, deve-se fazer idêntica disjunção: concebida como instrumento de controle e racionalização do Poder do Estado, mantém-se presente como princípio basilar do Estado de Direito; mas, compreendida como instrumento da classe burguesa para circunscrição da atuação do Estado, como desdobramento natural do Liberalismo, esta legalidade adjetiva não tem mais assento no Estado Social de Direito.

Em outros termos: admitido que o Estado de Direito apresenta categorias essenciais, às quais se justapõem características adjetivas; admitido, ainda, que a legalidade figura tanto como elemento essencial quanto como elemento adjetivo –, trata-se de considerar as alterações vivenciadas pela legalidade em seu caráter adjetivo, próprio do contexto liberal.

Natural, portanto, que, no contexto liberal, à limitação racional do poder e à juridicização das relações Estado/cidadão, agregou-se uma peculiar conformação do princípio da legalidade, calcada nas concepções contratualistas, dando proeminên-

cia absoluta ao Parlamento como ente emanador e à lei, propriamente dita, como fonte primária de sujeições e direitos. Não por outra razão que no Estado Liberal também tenha havido uma coincidência entre a legalidade e a noção de reserva legal, segundo a qual somente a lei pode versar sobre determinada matéria.

Ora, se toda a atuação do poder público estava fadada ao cumprimento e ao respeito da lei, o corolário disto é o princípio da reserva legal absoluta, pois todas as questões careciam de tratamento legal e exclusivamente legal. É notável, então, que a legalidade liberal tinha na lei formal o critério exclusivo de conformação da atuação do Estado, vale dizer: a intenção de se racionalizar o exercício do poder político, outrora transcendente, se traduziu, no século XVIII, na atuação legislativa parlamentar.

Isto porque, a lei era concebida como fruto da “vontade geral”, o que fazia dela não apenas um critério, mas o mais adequado critério para limitação do poder político estatal,⁵ aos moldes liberais.

A vontade geral, que é cunhada por Rousseau no *Contrato social*, seria o resultado da constituição havida entre os homens para o surgimento do governo civil, resultado do pacto social. O pacto teria sido estabelecido em virtude da necessidade dos homens, os quais teriam “chegado àquele ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no Estado de Natureza sobrepujam, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para se manter nesse Estado. (...) Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não têm meio de conservar-se senão formando, por agregação um conjunto de forças que possa sobrepujar a resistência, aplicando-as a um só móvel e fazendo-se agir em comum acordo”.⁶ Por seu turno,

a composição desta sociedade civil deveria garantir ao homem, que antes era livre, que pudesse continuar gozando deste estado, ou seja, a questão central do pacto era “encontrar uma forma de 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”.⁷

A forma encontrada para a manutenção desta liberdade típica do Estado de Natureza é a “alienação total de cada associado, com todos os seus direitos”,⁸ o que garantiria a igualdade de condições. A citada liberdade seria alcançada se todos os associados tivessem a mesma condição para conduzir os rumos da associação, de modo que a contrapartida da alienação de todos os direitos do Estado de Natureza seria a possibilidade de participação da “vontade geral”, que designaria a direção deste corpo moral e coletivo. Nas palavras de Rousseau: “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo”.⁹

A lei, neste contexto, concebida teoricamente como produto da “vontade geral” teve como primeira característica o fato de versar sobre questões universais, pois não existe vontade geral sobre objetos particulares. Disto ressalta uma das características marcantes da legislação do Estado Liberal, qual seja, o fato de ser abstrata e universal. Este ponto se revela, também, como um limite à ação de Estado. Como será demonstrado, o Estado para intervir no domínio da sociedade e da economia requer uma legislação particularizada, que verse sobre casos concretos, permitindo a sua atuação.

Compreensível também o porquê da proeminência parlamentar. Dado o caldo

de cultura do contratualismo, a disposição diretiva de todo corpo social e político era concebida de forma a evitar a decisão unilateral do *Príncipe*, a fim de que a atuação da Administração tivesse o assentimento de todos os participantes do pacto, o que, de seu turno, se realiza no âmbito exclusivo do legislativo. De acordo com Paulo Bonavides na “construção do Estado jurídico, cuidavam os pensadores do direito natural, principalmente os de sua variante racionalista, teriam encontrado a formulação teórica capaz de salvar, em parte, a liberdade ilimitada de que o homem desfrutava na sociedade pré-estatal”.¹⁰

Bem assim, a incorporação das teses de Rousseau e Locke, para a reorganização do poder do Estado, trouxe o desejável elemento de agregar, à limitação jurídica do poder político, uma tal limitação que resultou na ansiada circunscrição do Estado. Para tanto se contou com a reserva total de lei, de modo que a atividade estatal estava vinculada à permissão de um ato legislativo emanado do parlamento.

Pois, enfim, sob a égide do Liberalismo, a par do controle jurídico do *Príncipe*, a legalidade garantiu, em sua vertente adjetiva, a abstenção do Estado dos processos econômicos e sociais.

3. Apontamentos do Estado de Bem-Estar Social

O Estado de Bem-Estar Social, conceito plasmado em diversas Constituições ocidentais, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, veio socorrer e salvar o modo de produção capitalista das contradições do Liberalismo. Na verdade, muito antes da metade do século XX, as contradições geradas e explicitadas pela sociedade industrial, fruto da Revolução Industrial, processo radical de transformação do modo

de produção, que ocorreu no mundo a partir da metade do século XVIII, determinaram uma progressiva revisão do Liberalismo e da conseqüente abstenção do Estado.

A partir da crescente industrialização, o Liberalismo sustentado em um Estado abstencionista foi gradativamente relegado, tomando o seu lugar a construção de uma participação crescente do Estado nos processos econômicos e na elaboração de políticas sociais.

Da mesma forma como ocorrido na superação do Estado absolutista, em virtude da consolidação de um novo contexto, a sociedade industrial traz características e contradições ímpares à realidade liberal, mormente desafios e novas aspirações para os grupos sociais e para a vida econômica.

Com efeito, se o século XVIII e o início do século XIX foram demarcados pela necessidade de garantia de independência perante o Estado, desde o final do século XIX e, sobretudo no século XX, a independência antes almejada é negativamente potencializada pela industrialização, transformando-se paradoxalmente em uma ampla dependência do Estado.

No âmbito da reprodução da força de trabalho, a necessidade de políticas sociais universais decorreu, em parte, da concentração excessiva do capital que determinou uma ampla desigualdade social e uma árida condição de vida para os substratos mais pobres, ou como assinala Pelayo: “pésimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población”.¹¹

Com a concentração do capital e a situação de desamparo, os membros das classes mais pobres tiveram agravada a sua condição de dependência e vulnerabilidade, constituindo-se em “situaciones de dependência artificiales, tales como el

desempleo, la jubilación obligatoria o la exagerada prolongación del período de formación”.¹²

Este fato foi acentuado com o fenômeno da exacerbada competitividade no âmbito do trabalho. O imenso número de desempregados configurava um verdadeiro exército de reserva para a produção. Fazia-se, assim, uma incorporação do conceito de seleção natural para as relações sociais, segundo a qual poucos teriam êxito diante das dificuldades decorrentes daquele período.

A estes fatores impeditivos do desenvolvimento de uma vasta porção de indivíduos, a que Heller denominou irracionalidades do sistema capitalista,¹³ o episódio das Guerras Mundiais agregou fatores determinantes para a construção de um novo modelo de Estado. A economia de guerra exigiu uma participação do Estado na direção dos processos econômicos, rompendo efetivamente com a tradição liberal da “tríplice separação”, e a desconsideração da fisiocracia, segundo a qual as leis econômicas seriam leis naturais, intocáveis.¹⁴

Demais disso, um outro fator de caráter estritamente sociopolítico contribuiu para a negação do modelo de Estado Liberal de Direito. Trata-se da inclusão de novos protagonistas na ordem social, como sindicatos e associações, que terão influência decisiva para alteração dos propósitos do Estado. Estes novos protagonistas passam a figurar como grupos organizados, e suas demandas vão se concretizando em conquistas, na direta proporção da transformação do caráter abstencionista do Estado. “En efecto, la presión de los sectores ‘sumergidos’ a través de nuevos protagonistas (partidos políticos de masas y sindicatos de reivindicación sectorial) más el uso de nuevas herramientas de lucha

general (el sufragio y el derecho de huelga) conmueven la estructura de los Parlamentos y alcanzan para la ‘cuestión social’ el estamento de los órganos decisorios del Estado”.¹⁵

Em suma, as transformações desencadeadas pela Revolução Industrial, em especial o recrudescimento dos conflitos de classe, fizeram surgir ao lado do a-histórico “sujeito de direito”, a noção do homem concreto, do “homem situado”.¹⁶ O “homem situado” é concebido ante a sua situação de contingência, não por meio de uma abstração, de um tipo ideal. Natural, assim, que passe a demandar e exigir do Estado a participação deste na realidade sensível, a fim de mitigar as carências materiais de consideráveis extratos da população. Desta feita, as necessidades de uma economia de guerra, trazendo consigo o efetivo rompimento da posição de isolamento do Estado das questões econômicas e sociais, junto com as reivindicações de uma classe de indivíduos marginalizados ou em difíceis condições vitais, provocaram, definitivamente, a superação dos pressupostos liberais de autonomia e independência individual.¹⁷

É, no entanto, a partir da crise de 29 que a negação aos pressupostos liberais alcançam uma formulação positiva, especialmente na teorização de John Maynard Keynes. Ao lado dos interesses das classes trabalhadoras, dos “homens situados”, em um Estado provedor de políticas universais, a própria economia capitalista passou a exigir uma atuação pública que articulasse e organizasse a economia, a fim de sanear ou evitar o surgimento de crises cíclicas. E, depois disso, a partir dos 50, o advento de um capitalismo crescentemente tecnológico trouxe a necessidade de maiores e maciços investimentos, que tornaram a auto-acumulação capitalista insu-

ficiente para a reprodução daquele modo de produção. Na metade do século XX, então, do lado do capital, também houve uma procura do Estado, e especificamente de seus fundos públicos,¹⁸ que assumiram o papel de um antivalor, pois ainda que não fossem capital, permitiram a acumulação financeira, a partir da qual foi possível a realização da reprodução do próprio capitalismo.

Assim, a formatação conceitual do Estado de Bem-Estar Social, construída desde os anos 50, do século passado, representou a participação do Estado no financiamento da economia capitalista – garantindo de um lado a acumulação do capital, diante da nova fase de desenvolvimento capitalista; e de outro, garantindo a reprodução da força de trabalho, ante as necessidades crescentes de políticas sociais universais.

Em resumo: no âmbito do capital, o lucro já era insuficiente para dar consecução às novas possibilidades de inovação tecnológica, típicas da 3.^a Revolução Industrial, fato que determinou o acesso cada vez mais crescente das receitas públicas. No âmbito da força de trabalho, o Estado agiu provendo serviços públicos, como educação e saúde, o que representou um salário indireto para toda a população. Vale dizer: “Ora, o desenvolvimento do *Welfare State* é justamente a revolução nas condições de distribuição e consumo, do lado da força de trabalho, e das condições de circulação, do lado do capital. Os gastos sociais públicos mudaram as condições da distribuição dentro de uma relação social de produção que parecia ter permanecido a mesma; o fundo público como financiador, articulador e ‘capital em geral’ mudou as condições da circulação de capitais”.¹⁹

Pois enfim, como ente político organizado para oferecer respostas aos problemas

surgidos no modo de produção capitalista, o Estado de Bem-Estar Social teve como seu pressuposto necessário uma reorganização na atividade do Poder Público. A extrema limitação deste, promovida pelo Estado Liberal, impedia uma atuação prestativa na direção da execução das políticas públicas e do financiamento do capital. Se o exercício do poder no século XVIII era limitado como meio de atingir as finalidades da incipiente classe burguesa, nesta nova adjetivação de Estado, o exercício de suas atividades será o de ampla participação nos negócios sociais e econômicos.

Ora, isso trouxe conseqüências em alguns aspectos próprios do Estado Liberal – como a radical divisão de poderes e a concepção exclusivamente formal do Princípio da Legalidade. Sem sombra de dúvida o exercício do Poder manter-se-á racionalizado e juridicizado, sendo a legalidade um princípio presente para tanto. Entretanto, por certo, a legalidade não será mais um instrumento de circunscrição do Estado, concebida exclusivamente no seio do Parlamento.

4. Novos parâmetros para o exercício do poder do Estado – A legalidade do Estado de Bem-Estar Social

No âmbito do exercício do poder político, o que parametriza o Estado de Bem-Estar Social é a preponderância do Executivo. Diante da assunção de tarefas positivas e conjunturais, natural o relevo deste Poder, por excelência focado nas questões pontuais e conjunturais – verdadeiras questões de Governo.

Como conseqüência destas alterações, o princípio da legalidade sofreu mutações. Isto, como estudado, não significa a abolição de limites ao Estado, tornando o Estado social em um Estado absolutista, ou

modernamente, totalitário. Mas, significa que a legalidade terá uma atuação diferenciada, qual seja, a de racionalizar o exercício do Poder do Estado, sem deixar de instrumentalizar a atuação do governo naqueles âmbitos antes deste cindidos.

Como visto, no Liberalismo, o princípio da legalidade tinha como pressuposto o pensamento político contratualista de Locke e Rousseau; certo que, concebido como instrumento de proteção dos direitos naturais, fizesse-se coincidir integralmente com outro princípio, o da reserva de lei. Com a politização do Direito e a publicização dos conflitos sociais no âmago do Estado, características típicas do Estado de Bem-Estar Social, o princípio da legalidade destaca-se do princípio da reserva de lei, sendo uma considerável e primeira constatação da nova adjetivação assumida pela legalidade.

Isto, pois, com a necessidade do Estado de dar respostas para casos concretos, não poderia contar apenas com leis formais, que não instrumentalizassem sua ação. O fundamento peculiar da lei parlamentar, como aludido, sempre foi o seu caráter geral e abstrato, nunca particularizado, justamente para impedir a atuação pontual do Estado no caso concreto. A esse respeito assinala García Pelayo: “El Estado há de utilizar la legislación, no sólo para crear un orden general para la acción, sino también como instrumento de acción, entonces las leyes no pueden tener siempre carácter general y abstracto, sino frecuentemente específico y concreto, de acuerdo con la singularidad y, a menudo, con la temporalidad del caso a regular o del objetivo a conseguir”.²⁰

É acima de tudo lógico e, *per se*, evidente que não apenas a lei formal, geral, abstrata e emanada do parlamento possa figurar como o instrumento de estatuição

primária em um tal Estado Social de Direito. Daí que, *ex ante*, pode-se deduzir que, se não apenas a lei cria sujeições e positiva direitos, não mais há que se identificar a reserva de lei com a legalidade. Daí também que operada a distinção, pode-se preliminarmente compreender que: determinadas matérias sofram incidência do princípio da reserva legal, isto é, somente por lei possam ser disciplinadas; já outras matérias estejam excluídas desta reserva, podendo ser tratadas por normas que não são leis formais.

Como resultado, resta a circunstância que, ao lado da lei concebida numa acepção formal, isto é, leis emanadas do Legislativo, advenha a noção de legalidade material, na qual há estatuições primárias realizadas pelo Executivo voltadas a instrumentalizar as suas ações e consubstanciadas em regulamentos, editados por meio da função normativa atribuída a este Poder.

As normas editadas pelo Executivo assumem, via de regra, um caráter técnico, pontual e conjuntural. A necessidade de disciplina do processo de circulação capitalista, problema por excelência do *Welfare State*, não prescinde de normas particularizadas, editadas celeremente, na exata velocidade de movimentação do capital. De seu turno, a garantia de extensão das políticas sociais exige a atenção e constante adaptação técnica das condições de fruição, sob pena de se frustrar o caráter socializante dos direitos sociais e econômicos.

A atuação do Estado como agente econômico e hóspede da resolução dos conflitos sociais tem como pressuposto, portanto, sua capacidade normativa de intermediação e direção. A singularidade das questões e a necessidade de intervenções pontuais reclamam que, a um só tempo, o princípio da legalidade seja capaz tanto de instrumentalizar tarefas normati-

vas, como de se manter como elemento substancial do conceito de Estado de Direito. Noutros termos, mantendo-se como princípio de racionalização e controle do exercício do Poder deve, a legalidade, permitir a atuação do Estado. É justamente desta consideração dialética, de um princípio que, negado, se altera para se manter, que surge como síntese o conceito de atribuição de função normativa ao Executivo, marca do *Welfare State*.²¹

Como resultado dialético, o Executivo não exerce verdadeiramente função legislativa, esta, concebida como a promulgação de leis parlamentares, permanece a cargo do Legislativo. Todavia, não mais todas as matérias merecem tratamento exclusivamente legal. Há casos vários em que as especificidades envolvidas ou a celeridade dos trâmites é tal que determina um tratamento normativo não por meio de lei. Trata-se do que o Prof. Eros Roberto Grau denomina de “capacidade normativa de conjuntura”.²²

Como conseqüência, a emanção de atos ordenadores pelo Executivo, no exercício da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, intervenção por direção,²³ não constituem uma atuação legislativa delegada, mas, sim, uma atividade normativa autorizada.

Note-se, assim, que se trata de uma deslegalização e não de uma delegação de competência legislativa. É de se observar também que a deslegalização nada tem a ver com as recentes defesas por desregulação das atividades estatais.

A deslegalização de temas ou matérias é, assim, o resultado dialético, que atualiza o princípio da legalidade, dando-lhe nova consecução. Trata-se de atribuir, por meio de lei, atribuição ou autorização para que o Executivo edite atos normativos voltados à verdadeira disciplina de determinada

matéria. A lei que autoriza tal faculdade o é apenas em um sentido formal, pois proveniente do Parlamento, mas em verdade não traz em si qualquer vinculação coativa, podendo-se diferenciar também lei de norma. A lei que autoriza o Executivo a disciplinar uma questão concreta não é uma norma, na acepção de proposição coativa, na medida em que não estipula um dever, não cria uma vinculação.

Sem o ato normativo do Executivo, a lei atribuidora ou habilitadora de competência não se completa, ela é sim dependente da edição de uma norma particularizada, para uma dada situação concreta. Pode-se, assim, dizer que a saída dialética para o princípio da legalidade operou-se com base na distinção entre normas origem e normas derivadas. Na lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior: “quanto à subordinação, podemos distinguir entre normas-origem e normas-derivadas. Normas-origem, por definição, são as primeiras de uma série. As demais normas da série, que remontam à norma-origem, são derivadas. Por exemplo, a norma que estabelece os poderes de um órgão para editar outras normas é norma-origem; as editadas conforme ela são derivadas”.²⁴

O Executivo ao editar atos normativos age por derivação, dando sentido e mesmo eficácia plena à lei origem. Está-se aqui no campo das denominadas Leis-medida, padrão legislativo coerente com a proeminência de atuação do Governo. As tais Leis-medida estipulam contornos e autorizam o Executivo a desempenhar, naquela moldura, a função normativa. Diante de uma Lei-medida, cabe ao Executivo não apenas a incumbência regulamentar, isto é, dar operatividade à lei; compete-lhe mais: editar normas, não voltadas à própria lei, mas dirigidas aos receptores, constituindo com estes o que é próprio de

uma norma jurídica, uma relação vinculante, de sujeição, que envolve um cometimento (autoridade) e um relato (conteúdo obrigatório da norma).²⁵ Portanto, no exercício de seu papel normativo, o Executivo não apenas dá operatividade à lei, atribuição da atuação regulamentar, mas estatui de forma primária, cria obrigações e inova na ordem jurídica. Voltando uma vez mais à dialética, ressalte-se que esta atuação normativa do Executivo pressupõe a plena vigência do princípio da legalidade, pois é por meio de lei que se habilita a competência para regular.

Saliente-se que a deslegalização acima referida não significa uma eliminação da lei parlamentar como fonte de estatuição primária; como cuidamos de tratar, a adaptação do princípio da legalidade é dialética, decorrendo da síntese alcançada a manutenção da reserva legal para determinadas matérias. Conforme se aludiu, a habilitação de competência não é o único papel reservado à legalidade no Estado de Bem-Estar Social; ao lado da lei como autorizadora da função normativa, exsurge um segundo papel, e de muito interesse, qual seja o que decorre da manutenção do princípio da reserva de lei. Assim como é verdade que o *Welfare State* procedeu a uma disjunção de ambos os princípios, é igualmente verdade que não eliminou nenhum deles. Conquanto possa ter mitigado a necessidade de lei formal para dispor de todas as matérias, isso não significa que determinados conteúdos não mais exijam tratamento formal de lei parlamentar.

Nessa toada, as Constituições que positivaram a nova adjetivação social do Estado mantiveram determinadas questões reservadas a um tratamento legal, para estas permanece a lei formal como instrumento primário de estatuição.

Refletindo especificamente sobre a Constituição Federal de 1988 notar-se-á que as assertivas acima desenvolvidas adquirem validade. De fato, a Carta Magna construiu um Estado de Bem-Estar Social. Os arts. 1.º e 3.º e ainda as Ordens Econômica e Social não permitem ilação diferente. Trata-se da posituação de um Estado de Democrático de Direito cujas finalidades são, entre outras, a erradicação da pobreza e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A ordem econômica, fundada na livre iniciativa, prescreve a justiça social e a existência digna como suas finalidades. Demais disso, como princípios da Constituição Econômica estão presentes alguns típicos de um Estado de Bem-Estar, tais como a busca pelo pleno emprego e a distribuição de renda – garantida de forma reflexa no inciso VII do art. 170 – “redução das desigualdades regionais e sociais”. Mesmo a propriedade privada, tutelada na ordem econômica, indica se tratar de um Estado de Bem-Estar, dado que o *Welfare State* não se constitui em um Estado Socialista, muito ao contrário, é sim um modelo de Estado que integra e garante a economia capitalista.

De forma coerente com o *supra* exposto, a Constituição Federal cuidou de desfazer a sobreposição entre a legalidade e a reserva de lei. Determinadas matérias podem ser tratadas por meio de Leis-medida e conseqüente ato normativo da Administração, outras, por sua vez, apenas e tão-somente por meio de leis formais. Como exemplo de ambas pode-se mencionar a ordem tributária, tida sempre como capítulo da legalidade extrema. De fato, por razões óbvias, em regra, as matérias tributárias são reservadas à lei, veja-se o disposto no art. 150, I, da CF:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é ve-

gado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I – exige ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça”.

Inequivocamente está-se diante do princípio da reserva de lei, uma vez que, não pode, sob nenhum pretexto, o Executivo, instituir tributo por regulamento, e se uma lei atribuir-lhe tal autorização cuidar-se-á de lei francamente inconstitucional, pois a Constituição foi peremptória na necessidade de lei formal para instituição de tributo.

Isso não significa que, mesmo na ordem tributária, não tenha havido a disjunção mencionada, de modo que tornaria a haver a sobreposição de princípios típica do Liberalismo. Em absoluto, o art. 153 da Constituição desfaz essa inquietude, pois para determinados impostos, como o de importação e o de exportação, admite-se a manipulação de alíquotas por meio de decreto do Executivo. Eis o texto:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

- I – importação de produtos estrangeiros;
- II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
- III – renda e proventos de qualquer natureza;
- IV – produtos industrializados;
- V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
- VI – propriedade territorial rural;
- VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”.

Desta forma, se o art. 150 é peremptório na afirmação da reserva de lei, o art. 153 é igualmente clarividente quanto à autorização de poder normativo ao Executivo. No entanto, o que mais chama atenção a respeito da disjunção de princípios, que se ora relata, é o pressuposto desta. Como se aduziu acima, o motivo de transformação do princípio da legalidade foi justamente a passagem do Estado circunscrito para o Estado atuante nos processos econômicos e sociais. Disse-se ainda que a atuação normativa nestas searas deveria ser célere, técnica e pontual, o que determinava uma deslegalização e uma atuação via regulamentos. Pois bem, os exemplos constitucionais são absolutamente didáticos: o imposto de importação e o de exportação, para além de sua caracterização como tributos, são verdadeiros instrumentos de política econômica e como tais requerem uma atuação nos moldes *supra* elencados: célere, pontual e precisa. O desequilíbrio da balança de pagamentos, motivada pelo excesso de importações, por exemplo, pode resultar em um aumento da dívida externa e mesmo em uma pressão inflacionária, decorrente de um crescente endividamento. A efetividade das diretrizes da política econômica depende, pois, de uma atuação normativa célere, capaz de ajustar adequadamente as alíquotas destes impostos, o que no caso sugerido se materializaria em um aumento da alíquota, a fim de reduzir o volume das importações.

Já a instituição ordinária de tributos envolve uma relação direta do cidadão ante o Estado e se enquadra na consideração de que, no Estado de Direito, o exercício do Poder é exercido racionalmente e de forma controlada. A propriedade privada é assegurada e protegida pelo Estado de Direito, não por outra razão que a instituição de

tributos receba controle máximo, ou seja, somente por lei possa o Estado tributar.

5. Conclusão

Os exemplos constitucionais permitem visualizar que no Estado de Bem-Estar convivem a legalidade e o princípio da reserva de lei de forma dissociada. Permite mais: notar que a legalidade é um princípio basilar do Estado de Direito, que assegura o cidadão e controla o Poder, mas é também um princípio histórico que se adapta nos diversos contextos, ou nas diversas “adjetivações”.

É, portanto, um equívoco se pressupor que há uma antinomia entre um Estado de Direito e um Estado Social. O Estado Social de Direito é sim uma superação e não uma negação do Estado de Liberal de Direito. Sendo, pois, superação, não nega os princípios basilares daquele; dá a eles nova conformação.

Tornando à legalidade, outra conclusão não há. Com a superação promovida pelo Estado Social e Democrático de Direito, o princípio da legalidade não foi recusado, mas transformado. Isso significa que convivem em harmonia tanto a reserva de lei, para matérias de competência exclusivamente legal, como as leis-medida e a emanção de atos normativos do Executivo.

Enfim, a transformação do Estado e a politização do direito própria do Estado de Bem-Estar Social desempenharam uma releitura do princípio da legalidade, de modo a combinar neste formas clássicas de atuação parlamentar com as instrumentalizações necessárias para a atuação do Executivo na intermediação pontual das demandas sociais e econômicas, seja na reprodução da força de trabalho, seja promoção da acumulação capitalista.²⁶

NOTAS

1. Não desconhecemos a aceção de Elias Díaz em *Estado de derecho y sociedad democrática*, 5. ed., Madrid: Edicusa, 1973, na qual o autor sugere a noção do Estado Democrático de Direito, como contraposição ao Estado Social. Todavia, para efeitos de compreensão das alterações da legalidade julgamos suficiente a contraposição entre o Estado Liberal e o Estado Social.

2. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *El estado de derecho en la actualidad*. Madrid: Reus, 1934, p. 81.

3. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito – Do Estado de direito liberal ao Estado social e democrático de direito*. Coimbra, 1987. p. 51.

4. Idem, *ibidem*, p. 212.

5. Com relação a esta identificação da lei com a vontade geral, Novais ensina que a “lei – entendida como estatuição da vontade geral – se resolvia o problema político, (...) ou mais significativamente, o problema político resolvia-se, afinal, em termos jurídicos. Como antes exposto, a questão da limitação do poder político estatal se traduz em uma limitação jurídica deste” (NOVAIS, Jorge Reis, *ob. cit.*, p. 88).

6. ROUSSEAU, Jean Jaques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 20.

7. Idem, *ibidem*.

8. Idem.

9. Idem, p. 22.

10. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 40.

11. GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad. p. 18.

12. PELAÉZ, Francisco José Contraeras, *ob. cit.*, p. 14.

13. GARCÍA PELAYO, Manuel, *ob. cit.*, p. 17.

14. A esse respeito ver Alberto Venâncio Filho. *A intervenção do Estado no domínio econômico – O direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, edição fac-similar da de 1968.

15. VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1982. p. 29.

16. VENÂNCIO FILHO, Alberto, *ob. cit.*, p. 11.

17. “En terminos generales, el Estado social significa históricamente el intento de adaptación del Estado tradicional a las condiciones sociales de la civilización industrial y postindustrial con sus nuevos y complejos problemas, pero también con sus grandes posibilidades técnicas, económicas y organizativas para enfrentarlos” (GARCÍA-PELAYO, Manuel, *ob. cit.*, p. 18).

18. A esse respeito ver Francisco Oliveira. *Os direitos do antivalor – A economia política da hegemonia imperfeita*. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

19. OLIVEIRA, Francisco, *ob. cit.*, p. 37.

20. GARCÍA PELAYO, Manuel, *ob. cit.*, p. 63.

21. Acerca da identidade entre uma função normativa do Executivo e um Estado de Bem-Estar Social, vale a lição de Eros Grau: “Observe-se que não há, na hipótese, atribuição de função legislativa, mas sim de função normativa (regulamentar) a esses órgãos e entidades; adiante retornarei a esse ponto. Resultam enriquecidas, destarte, as funções atribuídas à Administração, que já não se bastam no mero exercício do poder de polícia, consubstanciado na fiscalização do exercício de atividades pelos particulares, mas agora compreendem também o poder de estatuir normas destinadas à regulação desse mesmo exercício. Ao exercerem função normativa que lhes incumbe, órgão e entidades da Administração dinamizam o que tenho denominado *capacidade normativa de conjuntura*” (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 231).

22. GRAU, Eros Roberto. Crítica da separação dos poderes. *O direito posto e o direito pressuposto*, *cit.*, p. 231.

23. A respeito da distinção entre as formas de intervenção do Estado no e sobre o domínio econômico – Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

24. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* – Técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 126.

25. Para uma conceituação de cometimento e relato ver Tercio Sampaio Ferraz Jr., ob. cit.

26. Para uma conceituação do *Welfare State* como Estado de Bem-Estar Social dirigido à reprodução da força de trabalho e à acumulação do capital e seu papel de mediação entre ambos, ver Francisco Oliveira. O surgimento do antivalor. *Os direitos do antivalor* – Economia política da hegemonia imperfeita. Petrópolis-Rio de Janeiro: Vozes, 1998.

Referências

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito* – Técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Crítica da separação dos poderes. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Coimbra, 1988.

OLIVEIRA, Francisco. O surgimento do antivalor. *Os direitos do antivalor* – Economia política da hegemonia imperfeita. Petrópolis: Vozes, 1998.

PELAÉZ, Francisco José Contraeras. *Defensa del Estado social*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Universitaria de Buenos Aires, 1982.