

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Luis Henrique MADALENA

Uma Teoria da Discrecionalidade Administrativa

2ª edição
Revista e atualizada

2020

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

A DISCRICIONARIEDADE (ADMINISTRATIVA) COMO TRUNFO ARGUMENTATIVO¹ PARA A (DES) CONSTRUÇÃO DO PODER ABSOLUTO

De início importante retomarmos alguns apontamentos heideggerianos, essenciais para a justificação da tônica do texto, especificamente em face da Crítica Hermenêutica do Direito. A confrontação que se realizará entre diversos autores nacionais e de alhures e que por fim alcançará, já no terceiro capítulo Heidegger e Nietzsche, sempre se dá de forma histórica. Isso, pois interpretar específico pensador a partir de uma determinada abertura do ser do ente na totalidade (de um mundo, sempre), já aponta pensar a articulação de tal abertura em face das anteriores aberturas, que restam indissociavelmente articuladas.

O sentido da história de que aqui se fala, advindo de Heidegger, jamais pode ser confundido com uma análise metodologicamente fundada nos eventos ocorridos no passado, levando-se em conta seus traços estruturais específicos. A confrontação histórica referenciada não se atém ao passado como algo que se encontra distante do presente e do futuro. A ligação que se faz é com a dimensão do passado decisiva para o presente e que encerra as possibilidades para o futuro. Ao olhar para trás não se está a falar sobre um determinado acontecimento do passado, mas do próprio acontecimento do ser, que sempre continua vigente no momento que atrai e condiciona todo o futuro, de modo que a confrontação histórica se mostra dependente de uma intelecção que veio à tona de maneira inicial.

Tal projeto é o do Estado moderno, ainda vigente em seus primordiais fundamentos, como a legalidade moderna (e contemporânea!), o individualismo, determinada noção de liberdade e o positivismo, todos derivados da metafísica ocidental e da filosofia da consciência. Deste caldo surge a

1. A conotação que aqui se busca dar à noção de “trunfo” argumentativo é diversa daquela que Dworkin provê, tida como algo positivo e utilizada para enaltecer a igualdade na condição de um trunfo. No caso de que aqui se trata a ideia de trunfo remete a um álibi argumentativo que possibilita ao intérprete dar o sentido que melhor entender à prescrição normativa, que exatamente pode servir como violação da igualdade preconizada pela Constituição, especialmente em um país de modernidade tardia como o Brasil.

contemporânea (e moderna!) noção de discricionariedade administrativa, que privilegia o indivíduo como seu manipulador e conseqüente controlador, o que resta potencializado com o acoplamento de estruturas cada vez mais complexas no intuito de realizar tal domínio. Por isso iniciar-se-á a (des) construção que se pretende levar a cabo a partir da Revolução Francesa, desembocando no Brasil dos dias atuais.

Para que se possa falar sobre as origens e fundamentos da legalidade e da discricionariedade administrativa, com vistas a efetivamente desvelar o fenômeno e suas “obviedades”, o senso comum teórico² que a “contamina”, se faz importante que tratemos do Estado na Teoria Política Moderna³ e sua perspectiva contratualista, origem de toda esta *ratio*.

O moderno contratualismo surge no período compreendido pelos séculos XVI a XVIII⁴, possuindo estrutura básica assentada na contraposição entre o Estado de Natureza⁵ e o Estado Civil, relação esta mediada pelo Contrato Social⁶. Na tradição contratualista, a visão instrumental de Estado faz com que tal instituição seja vista como uma criação artificial dos homens⁷, constituindo-se em “instrumento” da vontade racional de seus “inventores”, verdadeiramente utilizado como ferramenta para o atingimento de determinados fins que acabam por condicionar sua criação.⁸

Desta forma, a ideia contratualista de Estado pretende se estabelecer concomitantemente a fundação do mesmo e projetar-se como alicerce do poder político partindo de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que acabe pondo fim ao estado de natureza⁹, dando início à sociedade política, ou seja, ao estado civil.¹⁰

Daí o advento trazido pelo conceito de Estado Moderno, especialmente em razão do fato de que previamente, no medievo, o Poder era individualizado,

-
2. WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I**. Porto Alegre: Fabris, 1994.
 3. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28-67.
 4. Hobbes, **Leviatã** – 1651; Locke, **Dois Tratados sobre o Governo Civil** – 1690; Rousseau, **Contrato Social** – 1762.
 5. Abstração que serve para justificar a superação do momento não contratualista e para legitimar a existência da sociedade política organizada, retratando estado de pretensa desordem, um ambiente dominado pelas paixões, em que configurar-se-ia situação de total insegurança e incerteza, predomínio da violência (guerra de todos contra todos) e conseqüente domínio dos mais fortes.
 6. Em uma visão hobbesiana (que será utilizada em razão do corte metodológico útil ao desenvolvimento das ideias presentes nesta abordagem), o Contrato Social configura-se como um pacto estabelecido em favor de terceiro, firmado pelos indivíduos que no intuito de preservar de suas vidas acabam por transferir a este favorecido todos os seus poderes, expectando segurança.
 7. Diversamente do que entendido pela concepção orgânica, que vê a sociedade como “natural” ao homem.
 8. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 28-29.
 9. HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 3. ed. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2008.
 10. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 28-29.

ou seja, integralmente concentrado em apenas uma pessoa, que detinha os instrumentos de potência, exercício, e a própria justificação de tal concentração, ao passo que com a ruptura de que se fala a dominação passa a deter fundamento lógico-racional, decorrente do próprio Contrato Social. Deriva daí a chamada “dominação burocrática” weberiana¹¹, onde pode ocorrer a criação ou modificação de qualquer direito mediante estatuto sancionado pela forma/procedimento correto. Em suma, separa-se a potência da justificação do Poder, pelo que se obedece ao soberano em decorrência da regra estatuída por meio do acordo de vontades.¹²

Nessa linha, é importante registrar que, naquilo que se passou a denominar de Estado Moderno, o Poder se torna instituição (uma empresa a serviço de uma ideia, com potência superior à dos indivíduos). É a ideia de uma dissociação da autoridade e do indivíduo que a exerce. O Poder despersonalizado precisa de um titular: o Estado. Assim, o Estado precede da institucionalização do Poder, potência e autoridade. Esses elementos dão origem à ideia de Estado. Ou seja, o Estado Moderno deixa de ser patrimonial. Ao contrário da forma estatal medieval, em que os monarcas, marqueses, condes e barões eram os donos do território e de tudo que nele se encontrava (homens e bens), no Estado Moderno passa a haver identificação absoluta entre Estado e monarca em termos de soberania estatal.¹³

Disso, o que verdadeiramente nos interessa é a ideia de justificação do Poder, que passa diretamente para o estatuto, para o Contrato Social, em imediata decorrência do acordo de vontades. Em outras palavras, o Estado passa a ter uma determinada finalidade, diretamente relacionada aos indivíduos que alienaram seus poderes expectando algo em contrapartida (no caso a segurança) que sempre estará posta no acordo firmado. Com isso, caso haja descumprimento, não mais haverá justificativa sustentável para manutenção do Estado, de modo a que a relação de poder passa de *ex parte principis* para *ex parte principii*.

Reflexo disso é o Estado Absolutista, onde o rei não mais é proprietário de tudo, mas constitui-se no próprio Estado, dada sua condição de representante divino na Terra, não respondendo a quaisquer limitações de autoridade terrenas. Todavia, o rei não era proprietário dos indivíduos, como ocorria com o senhor feudal e os servos da gleba, sendo estes seus

11. WEBER, Max. Os três tipos de dominação legítima. In: **Sociologia**. Gabriel Cohn (org.). São Paulo: Ática, 1986.

12. *Ibid.*, p. 40-41.

13. *Ibid.*, p. 42

súditos. Esta noção impede a confusão entre o absolutismo e a tirania, pois o primeiro é ilimitado externamente, apenas respondendo internamente aos valores e crenças da época, não podendo ser violada sua justificação divina, ou seja, a vontade de Deus não pode ser ignorada.¹⁴

Em razão de tal ideia é que consideramos a afirmação de que o poder do rei não conhecia quaisquer tipos de controle, firmada nos postulados de que “the king can do no wrong” e “Le roi ne peut mal faire”, minimamente ingênua, vez que tais limitações não se traduzem apenas em prescrições normativas que naquele determinado momento histórico da Europa sequer refletia as aspirações da maioria, que efetivamente acabou por dar fim ao ciclo absolutista.

Neste momento novidade também era a instituição do monopólio da tributação¹⁵ e da violência nas mãos de apenas uma instituição: o rei/Estado. Isto indubitavelmente provia condições de segurança para o desenvolvimento das atividades da classe burguesa. Exatamente em razão da identificação entre o Estado e o rei, é que o monopólio da tributação e da força física consistia em um verdadeiro monopólio privado¹⁶. Isso, pois mesmo que o monarca fosse tido como uma instituição, alçado a posição de emissário de Deus, como representação do poder divino, conforme a paradigma filosófico da escolástica medieval, em especial com fundamento no argumento ontológico de Santo Anselmo¹⁷, da quinta via de demonstração da existência da Deus e da filosofia de Estado de São Tomás de Aquino¹⁸, ao fim e ao cabo, o poder restava ao alvedrio de um indivíduo¹⁹.

Tal também restava reafirmado pelo paradigma renascentista, onde não se pode dizer que há uma verdadeira ruptura com a filosofia do medievo, vista a impossibilidade de “quebra” da tradição, conforme aponta Gadamer. O que efetivamente se deu foi um renascimento da antiguidade, exatamente por meio de uma releitura desta.²⁰ Nesta esteira, especialmente em seu Tratado das leis, Suárez nega a teoria do direito divinos dos reis, reafirmando a tese da “soberania” popular, ou seja, de que a autoridade se funda no consentimento do povo (visto que os homens foram criados a imagem e semelhança de Deus), real detentor do poder advindo de Deus, de modo que em razão disso seria capaz de destituir “soberanos” indignos de governar.

14. Ibid., p. 45-46.

15. Especificamente nos moldes do Estado Moderno.

16. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 14.

17. Rejeitado pela filosofia tomista Cf. MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 184.

18. Ibid., p. 141-186.

19. Isso visto sob o paradigma racionalista, moderno e, naturalmente anti-histórico.

20. MARÍAS, Julián. **História da filosofia**. p. 205.

Inobstante a mudança representada por Suárez, o fundamento para que se exerça o poder absoluto permanece em Deus, o que não muda com Descartes, que além de fazer uso do mesmo fundamento divino para “viabilizar” a ideia do cogito, recupera o argumento ontológico de Santo Anselmo.²¹

A fuga do fundamento divino ocorre apenas em Hobbes, visto que sua doutrina de Estado resta especialmente fundada no naturalismo, mesmo que deste ainda derive o movimento religioso do deísmo, segundo o qual Deus é conhecido pela razão e não o contrário.²²

A segurança provida pelo Estado Absolutista foi crucial para o desenvolvimento da burguesia e de seus interesses nos primórdios do capitalismo, também por isso (e principalmente, talvez), ou seja, por questões econômicas, é que se deu a “alienação” do poder político em favor da entidade estatal e sua consequente delegação ao soberano.

Entretanto, na passagem do século XVIII para o XIX, a mesma “classe” já não mais se contentava em deter segurança para exercício de seu poder econômico, de modo que buscava obter o poder político detido pela aristocracia. Para tanto buscou legitimar tal tomada em um poder legal-racional, fundado em uma estrutura normativa legal, partindo de documento fundamental, chamado de “Constituição”, configurado como verdadeira expressão jurídica do Contrato Social. Este processo culminou com a Revolução Francesa de 1789, que iniciou o sepultamento da ideia de Estado Absoluto.²³

Contribuindo para tal soterramento, o monopólio pessoal da violência e de tributação acabou por tornar-se público, exatamente em razão do afastamento das figuras do rei e do Estado.

Esse empoderamento apenas foi possível em face da crescente supremacia do poder legislativo, causando o que é possível chamar de um desequilíbrio no equilíbrio de poderes proposto por Montesquieu, o que já se pode ver em Locke, mesmo sendo este anterior ao primeiro. Não se pode deixar de considerar as contribuições de Rousseau e Kant para a ressaltada hipertrofia do legislativo e do princípio da legalidade, que possibilitou que aí passasse a residir a referência e justificação de poder que antes era posta sobre a figura do rei. A ideia é básica, visto que repousa na expressão da vontade popular por meio da representação realizada pelos ocupantes do parlamento que é encarregado por formalizar essa vontade por meio da lei, especificamente por meio da afirmação dos direitos do homem e na limitação do poder executivo, ainda protagonizado pela figura do monarca.²⁴

21. *Ibid.*, p. 223-243.

22. *Ibid.*, p. 272-276.

23. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria do estado*. p. 51-54.

24. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 53.

O que se chama de princípio da legalidade administrativa surge como decorrência do “conceito democrático de lei”, especificamente calcado em três postulados: a) supremacia da legalidade “democrática” sobre a legitimidade monárquica, donde advém a supremacia da instituição parlamentar sobre o executivo; b) absolutização do valor da lei, enquanto expressão da vontade popular e repositório da vontade popular, dotado do que Otero chama de uma “onipotência decisória” em face a todas as demais fontes de Direito, de modo que apenas o legislativo poderia criar o direito, também encaminhando uma hipertrofia do positivismo (exegético); c) Subordinação integral da Administração Pública à vontade expressada pelo legislativo, ou seja, da lei; de modo que o executivo restaria destituído de qualquer poder de normação não subordinado à legalidade, além de impossibilitado de atuar na ausência de norma que assim determine²⁵⁻²⁶.

Essa ideia de vinculação da administração, do executivo, conforme será possível observar de maneira mais específica em momento ulterior, apresenta-se com um viés procedimentalista de democracia e pertencente ao que Ferrajoli chama de paleojuspositivismo, ou seja, ao positivismo primevo, exegético. Claro que a partir disso não apenas surge, mas potencializa-se a brecha para o relativismo que será exercido de sua forma plena, inicialmente no positivismo normativista, de forma confessa, para posteriormente passar ao velamento proporcionado pelas teorias da argumentação.

Em termos cronológicos Locke foi o primeiro dos pensadores que lançou as raízes filosóficas da formulação da legalidade administrativa asentada na supremacia do poder legislativo, o que fez diretamente fundado no entendimento de que é no consenso alcançado no seio da sociedade que se firmam os pilares fundamentais e a autoridade da lei. Por isso todos os poderes dimanariam do legislativo, visto que diretamente subordinados à sua produção. Mesmo assim, o próprio Locke subordina o exercício do poder legislativo à certas limitações, em que a primeira e mais significativa delas é de que este próprio não pode converter-se em um poder arbitrário e tirânico, devendo se orientar pela busca do bem comum da sociedade.²⁷

Outra das destacadas limitações é a preservação da propriedade, que não seria passível de subversão pelo legislativo por ser, junto da liberdade e dos bens, a razão justificativa dos homens viverem em sociedade. Isso apresenta de forma clara a raiz liberal de toda a ideia aqui tratada e da derivação da discricionariedade.²⁸

25. KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

26. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. p. 53-54.

27. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 162.

28. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. p. 55-56.

Partindo da ideia de “bem da sociedade”, que deve ser perseguida incessantemente pelo legislativo, o próprio Locke demonstra como esta espécie de princípio teleológico pode servir de trunfo argumentativo, sendo capaz de justificar qualquer tipo de postura na medida em que o “intérprete” ou, no caso, utente, pode preenchê-lo com o sentido que melhor entender. Propugna Locke que deva se atribuir ao executivo a gestão de diversos assuntos, mesmo à míngua de regramento posto pelo legislativo ou mesmo em contrariedade ao que posto, que pode eventualmente perder normatividade em face do “bem da sociedade”.²⁹ Com isso, desde seu nascedouro Locke reconhece a insuficiência (ôntica) da lei para cobrir todos as situações que a vida apresenta, de modo que aí já se encontra o gérmen da discricionariedade como liberdade argumentativa, diretamente derivada da pretensa indeterminação e insuficiência do direito.³⁰

Invocando o direito natural Locke defende que necessariamente seja deixado, pelas leis, campo de livre atuação para o executivo, desde que subordinado à figura do “bem público”, de modo que inclusive menciona a necessidade de que o “governante tenha poder para mitigar a severidade da lei e perdoar algumas transgressões”, com o que a letra da lei poderia ser contrariada “sempre e quando favoreça o bem público e conte com a aquiescência da sociedade”.³¹

Tendo isso em conta, a concepção de Locke, fundada na mencionada “prerrogativa”, torna-a muito mais compatível com um “absolutismo do bom rei”³², conforme trata Bonavides, do que um modelo político de verdadeira supremacia do legislativo e, em certa medida, democrático.

Já em Rousseau, a legalidade administrativa resta fundada na ideia de indivisibilidade da soberania, com o que se identifica com o próprio exercício da vontade geral³³, de modo que o poder legislativo aparece como único poder verdadeiramente soberano, ou o “coração do Estado”³⁴. Por isso, exatamente em razão das leis serem a expressão da vontade geral, a obediência das mesmas sempre se mostra como uma expressão da liberdade³⁵. De tal forma, o indivíduo encontra-se em uma relação de duas vias com o Estado, sendo uma enquanto legislador, visto que membro da coletividade soberana, e outra na condição de súdito (da lei), dado que destinatário das prescrições

29. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 181-186.

30. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. p. 56-57.

31. LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 181.

32. BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 49.

33. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 33-36.

34. *Ibid.*, p. 107-108.

35. *Ibid.*, p. 25-26.

impostas pelas leis e às quais deve obediência exatamente em razão de ser seu autor. Donde falar-se em expressão da liberdade.³⁶

A vontade da maioria é ideia que se apresenta como fundamento de uma democracia totalitária³⁷, exatamente por ser o maior número de indivíduos que a determina, impondo-se, desta feita, a liberdade³⁸. Em consequência de tais características a lei acaba por não poder disciplinar objetos individuais, sendo muito mais adequada para tratar de questões postas em termos gerais, donde exsurge a necessidade de generalidade e abstração. Essa especificação do caso concreto, no entendimento de Rousseau, deve ser dada pelo poder executivo, que seguindo a necessidade de manutenção da liberdade por meio da vontade geral (lei) nada mais seria do que “a força aplicada da lei”³⁹.

Isso muito bem demonstra Paulo Otero:

O princípio da legalidade da administração encontra aqui os alicerces que o relacionam directamente com a legitimidade democrática, a formulação de um sentido material de lei e, por último, uma postura meramente executiva da função administrativa: a centralidade do poder legislativo e, em consequência, da lei, enquanto expressão da vontade geral, fazem da função executiva uma função de segundo plano, sem qualquer espaço autónomo e normativo de decisão e sem uma legitimidade política própria.⁴⁰

O problema é que ao se esvaziar o conteúdo material da atividade administrativa, reduzindo-a a mera concretizadora das determinações legais, também se lhe retira qualquer tipo de controle, afinal será apenas o executivo o encarregado de dizer o direito no caso concreto e adequá-lo à situação que lhe é apresentada. Ao reduzi-la, em verdade se está hipertrofiando-a e ignorando sua importância, retirando-lhe qualquer tipo de freios, numa atividade de mitificação das leis, que posteriormente será retomada neste livro. O próprio Rousseau assim enxerga⁴¹, ou seja, a insuficiência da lei e a necessidade de intervenção, completamento e adaptação da mesma aos casos concretos, na medida em que reconhece a necessidade de concentrar poderes no governo.⁴²

Se Rousseau aposta todas as suas fichas no indivíduo, seja pela prevalência da legalidade e do poder legislativo, seja pela necessidade corretiva da

36. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. p. 59-61.

37. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. p. 61-62.

38. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 23-25.

39. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 112-116.

40. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. p. 64.

41. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. p. 149-152.

42. OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. p. 64-65.

ditadura e da admissão da censura, Kant não faz diferente. Como terceiro precursor de uma concepção liberal de legalidade administrativa assentada na supremacia do poder legislativo, Kant parte de pressupostos como o iluminismo e a revolução francesa para chegar à conclusão que o homem não é uma coisa, mas um fim em si mesmo. De tal modo o homem resta dotado de uma dignidade que não tem preço, donde aparece a autonomia da vontade como expressão da liberdade humana e princípio supremo da moralidade.⁴³

A “transformação” dos monopólios pessoais em monopólios públicos, apenas se opera em termos institucionais, ou seja, formais, pois o soberano acaba materialmente substituído pela burguesia que é quem efetivamente assume o controle do Estado, o qual passa a servir diretamente a seus interesses.⁴⁴

Com a tomada do poder político pela burguesia na Revolução Francesa, apesar de utilizar toda a massa popular que não compunha a França e não era pertencente ao clero e à nobreza, este imenso contingente continuou relegado, de modo que os proprietários foram os efetivamente beneficiados, transformando todo o resto em meros proletários/operários, o que acabaria por culminar nos futuros embates políticos, que resultariam no modelo do Estado Social.

O Estado Liberal restava profundamente calcado no individualismo, especialmente como forma de romper a ideia central do absolutismo de poder emanado do soberano, enviado de Deus na Terra. Isso acabou por gerar profundo impacto na vida econômica e política dos indivíduos, consequentemente, em razão do sufrágio e do alargamento da participação eleitoral, o que acaba por alterar o conteúdo das demandas políticas, as quais passam a ser preenchidas com reivindicações sociais, muitas (ou quase todas) advindas da exploração econômica e social das classes menos favorecidas (e mais numerosas, obviamente) em decorrência da política liberal. Como não poderia deixar de ser tais demandas sociais desaguam em prestações positivas e necessário crescimento por parte do Estado, fazendo com que o liberalismo seja claramente autofágico, especialmente em razão do alargamento político proporcionado e utilizado como alavanca de seu desenvolvimento, que acaba por gerar possibilidade, ou uma necessidade, de que a “teoria antiestado” propugnada pelo mesmo seja ceifada, ou seja, alarga-se a participação política, o que gera aumento das demandas sociais em face dos “abusos liberais”, exigindo intervenção estatal com o intuito de refrear tais “abusos” e assim diminuir em muito a própria liberalidade das relações econômicas.⁴⁵

43. Ibid., p. 67.

44. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. p. 15.

45. Ibid., p. 63-69.

Este é o início do chamado *Welfare State*⁴⁶, que deverá atender de modo prestacional e interventivo (especialmente no domínio econômico) as necessidades dos indivíduos que o liberalismo deu voz, encerrando a pretensa separação entre economia e política presente no “pacote” ideológico liberal.

O Direito terá papel fundamental em todas estas transformações, especialmente por meio do advento do Estado de Direito⁴⁷, desde a passagem do absolutismo para o Estado Liberal e deste para o *Welfare State*. Preliminarmente como limitador da intervenção estatal na vida dos indivíduos como modo de liberá-los dos grilhões do soberano absoluto e, posteriormente, após a implementação do autofágico liberalismo, assume a função de disciplinar a excessiva liberalidade concedida aos indivíduos, o que exige intervenções econômicas e políticas por parte do Estado. O Direito acaba por ser o meio pelo qual todas estas modificações advindas da política são efetivamente levadas a cabo e transformadas em realidade.

O Estado Liberal de Direito⁴⁸ surge como expressão jurídica da democracia liberal, o qual acaba por possuir como primordial função o estabelecimento e manutenção do Direito, cujas prescrições são definidas com o intuito de fazer com que o próprio Estado tenha seu poder limitado, com o que se acaba por separar a ideia de Estado de Direito e Estado Legal, onde o conteúdo das prescrições normativas é desimportante, de modo que apenas o confinamento de todos em face do Ordenamento, inclusive do Estado, é que se faria importante.⁴⁹

Em suma, o Estado (Liberal) de Direito possui o intuito de limitar a atuação estatal, a intervenção do Poder Público na esfera privada, dando espaço para o desenvolvimento do indivíduo e suas potencialidades.

46. Importante diferir o Estado de bem-estar social ou *Welfare State* do Estado Assistencialista que se funda na característica assumida de promover a regulação em troca das garantias pela liberdade pessoal, vez que o beneficiado pela chamada “*caritas protestante*” era visto como não iluminado pelas bênçãos divinas, ao passo que no modelo de Bem-Estar as prestações públicas são percebidas e construídas como um direito conquistado por meio da cidadania. *Ibid.*, p. 78.

47. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 92-94: “Este Estado que se juridiciza/legaliza é, todavia, mais e não apenas um Estado jurídico/legal. Não basta, para ele, assumir-se e apresentar-se sob uma roupagem institucional normativa. Para além de uma legalidade estatal, o Estado de Direito representa e referencia um algo mais que irá se explicitar em seu conteúdo. Ou seja: não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado mas, e sobretudo, a ela agregam-se conteúdos. (...) Assim, o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção formal de ordem jurídica, mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição.

48. Importante anotar que o conceito de Estado de Direito possui nascimento concomitante e diretamente aliado ao próprio liberalismo, de modo a desembocar no Estado Liberal, ou seja, o ideário liberal passa a ser identificado com o princípio da legalidade.

49. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 94.

Exatamente em razão de tais características, especialmente a de não exigir qualquer prestação positiva do Poder Público ou intervenção na esfera econômica, é que a Constituição do Estado Liberal era consideravelmente desprovida de normatividade⁵⁰, sendo geralmente tomada como documento de teor político, e doutrinariamente reconhecida como “Constituição Semântica”⁵¹.

A transição do Estado (Liberal) de Direito para o Estado (Social) de Direito, já em sua “versão” de Estado Constitucional⁵², se dá exatamente em razão da autofagia do primeiro, acima referenciada. Isso faz com que o segundo se erija sobre o próprio conteúdo do Estado de Direito orientado pelo individualismo liberal⁵³, de modo que a liberdade vai sendo paulatinamente suplantada pela igualdade, como “valor” fundante do ordenamento⁵⁴.

Com tal advento o Estado não mais deve apenas abster-se de invadir a esfera privada, ou seja, no que diz respeito ao Poder Público, o ordenamento não mais o impede de intervir na liberdade dos indivíduos, mas efetivamente

-
50. Para Hesse, “a Constituição não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassale”, que a entenda como desprovida de força normativa, à luz dos valores predominantes no liberalismo. In: HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 09 e 25.
51. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. De Alfredo Gallego Anabiarte. Barcelona: Ariel, 1975. p. 218.
52. Momento em que a Constituição deixa de ser formada e compreendida a partir do Estado e que este passa a ser conformado a partir da Constituição: “Como se explica então que, a partir do início do século XIX, a constituição passa a ter como referente o Estado e não na sociedade? Como é que a constituição é transmutada de constituição da República em constituição do Estado? Poderemos avançar três razões fundamentais, embora se deva ter em conta que não se trata de um processo linear nem de uma história conjugada no singular. A primeira razão – de cariz histórico-genético – reporta-se à evolução semântica do conceito. Quando, nos processos constituintes americano e francês, se criou a constituição como lei conformadora do corpo político passou a entender-se que ela “constituía” os “Estados Unidos” dos americanos ou o “Estado-Nação” dos franceses. A segunda razão – de natureza político-sociológica – relaciona-se com a progressiva estruturação do Estado Liberal cada vez mais assente na separação Estado-Sociedade. Os códigos políticos – as constituições e os códigos administrativos – diziam respeito à organização dos poderes do Estado; os códigos civis e comercial respondiam às necessidades jurídicas da sociedade civil. Em terceiro lugar, pode apontar-se uma justificação filosófico-política. Sob a influência da filosofia hegeliana e da juspublicística germânica, a constituição designa uma ordem – a ordem do Estado. Ergue-se, assim, o Estado a conceito ordenador da comunidade política, reduzindo-se a constituição a simples lei do Estado e do seu poder. A constituição só se compreende através do Estado. O conceito de Estado Constitucional servirá para resolver este impasse: a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 88-89.
53. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. p. 96.
54. Nesse passo é que se afirma que “(...) em meados do século XIX, atribui-se ao Estado a missão de buscar a igualdade entre os cidadãos; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos, a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.” In: DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. A defesa do cidadão e da res publica. **Revista do Serviço Público**, Fundação Escola Nacional da Administração Pública, Brasília, ano 49, n. 2, abr./jun. 1998, 1998. p. 127.