

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM CONCEITO COMPLEXO E EQUÍVOCO

Luiz Regis Prado

“As formas das instituições constitucionais têm menos importância do que as crenças políticas; a experiência demonstra que nenhuma forma de instituição tem por si só a virtude de realizar o justo equilíbrio entre o poder, a ordem e a liberdade” (M. Hauriou, *Précis de Droit Constitutionnel*, 1929).

“Amo a liberdade, grita entusiasmado Mazzini, amo-a talvez mais que a própria pátria. Sem a liberdade, a pátria é somente uma prisão” (*Il do veri dell'uomo*, 1860).

De primeiro, é conveniente notar que o conceito de Estado pertence a um registro histórico, sendo importante sublinhar de imediato sua singularidade: evoca ele essencialmente a forma moderna do poder político.¹

Em termos genéricos, o Estado² se apresenta como um ente social organizado juridicamente em determinado território.³ Ou, ainda, como “toda ordenação jurídica territorial soberana, isto é, originária”.⁴

¹ GOYARD-FABRE, S. *L'État*. Paris: Armand Colin, 1979, p. 7

² No concernente à formação do Estado moderno, no Ocidente, Miguel Reale relata minuciosamente o seu nascimento como uma história de integrações: “Verifica-se essa integração em múltiplos sentidos que a análise minuciosa a muito custo consegue individualizar. Surge, historicamente, pelo alargamento dos domínios das monarquias absolutas por meio de guerras intermináveis, de atos felizes de diplomacia, de casamentos e laços de parentescos, de compras, cessões e trocas de territórios, de golpes de audácia de políticos e frios cálculos de mercadores; pela consolidação das coroas reais relativamente às pretensões dos cetros e das tiaras; pela supressão das prerrogativas baroniais, dos entraves corporativos e das franquias das comunas; pela fixação de fronteiras que se consideram intocáveis, sagradas como os lindes da propriedade quiritária; pelo predomínio de um dialeto que se torna o idioma oficial, consagrado pela literatura das artes e das ciências; pelo intercâmbio mercantil que transborda dos limites municipalistas até colher em suas redes de interesses a todos os habitantes do reino; pela constituição de um aparelhamento administrativo correspondente aos interesses que se cruzam e se alargam exigindo a certeza e a segurança de um Direito objetivo único; pelos exércitos que se adestram como elementos garantidores desses interesses e desses direitos; pelo primado da lei sobre o primitivo direito consuetudinário que era pluralista e regional por excelência; pela unificação progressiva da jurisdição segundo o imperativo do princípio fundamental da igualdade de todos perante a lei; pela formação de uma raça histórica surgida dos cruzamentos étnicos seculares; pela elaboração de uma consciência de individualidade nacional, feita de tradição, de lembranças de fatos militares e de conquistas gloriosas na arte e na ciência, de reveses que não raro unem mais que as vitórias, de sentimentos que as famílias acalentam desde o berço e a vida robustece no choque de contrastes e das lutas. Assim surgiu o Estado Moderno, com um território que um povo declarou seu, com um povo que se proclamou independente perante outros povos, com um poder que, pela força e pelo direito, se organizou para a independência do território e do povo” (REALE, M. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.41-42).

³ BISCARETTI DI RUFFIA, P. *Derecho Constitucional*. Trad. Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1973, p. 101-102.

⁴ ROMANO, S. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 92.

Na Antiguidade, a ideia de Estado, como sociedade político-legal organizada (Grécia – *polis*; Roma – *civitas*, republica), aparece, ainda que com outra denominação e roupagem.

Em Aristóteles, o termo grego *koinônia*, isto é, comunidade que dispõe de um território e de leis, retrata a ideia mais próxima de Estado. A *polis* (cidade), para ele, vem a ser a união de famílias ou casas, que “formam uma comunidade independente, com leis e costumes próprios, em uma dimensão muito menor que a de um Estado moderno”.⁵ Diz Aristóteles: “Quando observamos que toda cidade é um tipo de comunidade, e que toda comunidade é estabelecida por causa de um bem (pois todos realizam muitas coisas em vista daquilo que lhes parece ser um bem), e é evidente que todas buscam um bem, e, sobretudo, porque este é o fim mais importante de todos; a comunidade mais poderosa dentre todas abraça os interesses de todas as outras. E essa é a chamada cidade, também comunidade política”.

Na Roma antiga, a *civitas* significa cidade-Estado. Entendida como “um agrupamento de homens livres, estabelecidos em um pequeno território. Todos eles dispostos a defendê-lo contra toda ingerência externa, e que, em conjunto, são partícipes das decisões que dizem respeito ao interesse comum.”⁶

Em princípio, na Idade Média, não viceja a ideia de Estado, haja vista o caráter fragmentário do poder, com o seu exercício sendo compartilhado entre a autoridade religiosa (papa), os senhores feudais e o rei. Ainda não há um órgão ou instituição que reúne em si todo o poder, de modo supremo e único.

No Estado, assim forjado, especialmente na Alta Idade Média, não há uma estrutura estável e permanente, sendo vigente uma concepção privatística de poder, em que o interesse da comunidade está adstrito a determinado grupo (senhores feudais), que administra a justiça e arrecada os tributos. É a ordem feudal (denominado por alguns de Estado patrimonial, por outros Estado estamental), anterior ao aparecimento do Estado, em sentido moderno.

Ao depois, ocorre o fortalecimento do poder do monarca (rei, imperador, príncipe), que detém o monopólio da atividade de legislar (fonte de produção jurídica - lei, decreto, etc.), e se caracteriza ainda pela formação de um corpo burocrático próprio e centralizado, num esforço de superar a fragmentação do período feudal.

O poder é exercido pelo soberano sem nenhum limite ou restrição (*legibus solutus*), com ressalva feita pela lei divina. Afirma-se o conceito de poder como *supra legem; sub Deo*. Com o passar do tempo, acaba ele por se impor, de modo absoluto, sobre tudo, e todos.

Para Thomas Hobbes (1588-1679), defensor da aludida concepção, o soberano vem a ser a fonte de toda lei, e a única garantia de paz.⁷ É o nascimento do Estado Absoluto (Séc. XV-XVII).

⁵ Maria Aparecida de Oliveira Silva, em nota à obra Política de Aristóteles (nota1). Aristóteles. *Política*. Tradução e notas de Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019, p. 29.

⁶ IGLESIAS, J. *Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 1972, p. 11-12.

⁷ “A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimentar-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos,

O problema do Estado moderno, como antítese do Estado Absoluto, diz Bobbio, “é o problema dos limites do poder estatal. Grande parte das teorias elaboradas no curso dos séculos e que levaram à formação do Estado liberal e democrático estão inspiradas em uma ideia fundamental: a de estabelecer limites ao poder do Estado. O Estado, entendido como a forma suprema de organização de uma comunidade humana, traz consigo, já a partir das suas próprias origens, a tendência para colocar-se como poder absoluto, isto é, como poder que não reconhece limites, uma vez que não reconhece acima de si mesmo nenhum outro poder superior”.⁸ Assevera ainda o citado autor, que “no Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o estado dos cidadãos”.⁹

Na época que medeia entre os Séculos XVII e XVIII, o absolutismo aparece racionalizado como Estado de Polícia (*Polizeistaat*)¹⁰, de caráter autoritário, e que predomina especialmente na Áustria e na Prússia, como forma contrária ao Estado de Direito (*Rechtsstaat*).

Em sede etimológica, o termo “Estado” é introduzido na Europa nos Séculos XV e XVI, sem que se possa precisar exatamente a época de sua aparição.

Na realidade, é preciso esperar até ao Renascimento¹¹ para que a palavra “Estado” emerja, e seja incorporada à doutrina e à literatura política, graças, sobretudo, a Nicolò Machiavelli (1469-1527), na obra *Il Principe*, 1513. Diz ele: “*Tutti li stati è dominii che*

a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do testado, a qual pode ser assim definida: Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum. Àquele que é portador dessa pessoa se chama soberano, e dele se diz que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos” (HOBBS, T. *Leviatã*, II, cap. XVII).

⁸ BOBBIO, N. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Edunb, 1969, p. 11.

⁹ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. São Paulo: Gen, 2004, p. 6.

¹⁰ Carré de Malberg conceitua Estado de Polícia, nos termos seguintes: “O Estado de polícia é aquele no qual a autoridade administrativa pode, de maneira discricionária e com liberdade de decisão mais ou menos completa, aplicar aos cidadãos todas as medidas que julgue útil, tomar por si mesmo a iniciativa diante das circunstâncias e alcançar a cada momento o fim por ela proposto: este regime de polícia está fundado sobre a ideia que o fim justifica os meios” (CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution à la théorie générale de l'État*. Paris: Sirey, 1920, I, p.488).

¹¹ GOYARD-FABRE, S. *L'État*, p. 8; MACHIAVELLI, N. *Il principe*, p. 3.

hanno avuto e hanno imperio sopra li uomini, sono stati e sono o repubbliche o principati".¹²

Posteriormente, há o advento da noção de soberania como elemento fundamental do Estado moderno, definida por Jean Bodin (1530-1596), no livro *Les six livres de la République* (1576) como: "*summa in cives ac subditos legibus soluta potestas*" ("o poder supremo sobre cidadãos e súditos, livre das leis"), sendo "*une puissance absolue et perpétuelle d'une République*". Para o mencionado autor, a soberania encontra seu limite nas leis natural e divina.

A partir daí com o Tratado de Westfalia, 1648, se estabelece a paridade entre todos os Estados, no plano internacional.

Com a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, pode-se sustentar, de uma parte, que os valores do humanismo como a liberdade, a igualdade e a propriedade encontram-se inscritos na carta oficial do Estado e, de outro lado, o Estado do Direito se firma como o Estado de Direito que, pelo seu direito positivo, garante os direitos individuais.¹³ Surge, desse modo, em oposição ao Estado Absoluto, o Estado moderno, como Estado Liberal de Direito.

A expressão "Estado de Direito" (*Rechtsstaat*) é devida à doutrina alemã. Cabe inicialmente a Robert von Mohl (1799-1875), na obra *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtstaats*, de 1832, a autoria da referida expressão. Nela, estão reunidas a segurança jurídica do indivíduo e a administração da providência, conforme ao antigo sentido da noção de polícia. Bem por isso que a fórmula *Recht-und-Polizei-Staat* é bem mais eloquente.¹⁴ No contexto de uma perspectiva liberal, dá o referido autor um sentido material ao conceito de Estado de Direito, buscando, em reação ao Estado autoritário, restringir a sua esfera de ação, e, assim, melhor proteger as liberdades individuais.¹⁵ Na mencionada conceituação, congregam-se os sentidos formal e material do Estado de Direito.

No entanto, em realidade, antes disso, em 1813, o liberal Carl Theodor Welcker traz precisão ao conteúdo da noção de Estado de Direito, com as seguintes etapas de desenvolvimento do Estado: o despotismo como Estado da sensibilidade, a teocracia como Estado da crença, e, por fim, o Estado de Direito como Estado da razão. "Esta sequência de etapas deixa transparecer o Estado de direito como um desenvolvimento genético e sistemático do Estado em si, que, segundo a tradição aristotélica, deve ser considerado no ciclo das formas de Estado que se repetem sem parar".¹⁶

Em decorrência do vínculo sintético estabelecido entre a legalidade, a liberdade, a igualdade e a propriedade é mais que evidente, correlativamente, tornar-se o Estado, um Estado liberal de Direito, visto que só assim se pode passar do Estado absoluto ao Estado de Direito¹⁷.

¹² GOYARD-FABRE, S. Op.cit., p. 7, 9-18.

¹³ GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 91.

¹⁴ MONHAUPT, H. L'État de droit en Allemagne. *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 24, p.78-79.

¹⁵ LUCAS VERDÚ, P. *La lucha por el Estado de Derecho*. Madrid: Real Colegio, 1975, p.20-21. Também, MONHAUPT, H. Op. cit, p. 79.

¹⁶ MONHAUPT, H. Op. cit., p. 78.

¹⁷ Pode o Estado de Direito ser conceituado como aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, a tripartição de poderes, as

O Estado liberal de Direito, que arranca sobretudo a partir do Século XIX, encontra o seu fundamento no movimento racionalista e iluminista bem como na corrente política do liberalismo. Esta última se desenvolve na Inglaterra, (Séc. XVII), depois, nos Estados Unidos da América do Norte (1776), e, na Europa continental, após a Revolução Francesa (1789).

Demais disso, a *Déclaration* (1789) lança as bases do Estado liberal de Direito, dos direitos do homem, e proclama os direitos políticos: “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux em droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune” (art. 1º); “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression” (art. 2º); “Le principe de toute souveraineté reside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’em émane expressément” (art. 3º); “La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi” (art. 4º); “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution” (art.16). À respeito da ideia de universalidade, verbaliza-se que “les droits de l’homme en société sont éternels [...] invariables comme la justice, éternels comme la raison; ils sont de tous les temps et de tous les pays”.

Então, com o Estado liberal, assinalam-se a supremacia da lei, o princípio da legalidade, a divisão de poderes, a soberania popular, a garantia dos direitos fundamentais, a não intervenção econômica, os princípios de liberdade e igualdade, o pluralismo político, entre outros aspectos.

Após distinguir os limites dos poderes e os limites das funções, lembra Bobbio que, “enquanto o Estado de Direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como *legibus solutus*, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado máximo: deve-se, então, dizer que o Estado liberal se firma na luta contra o Estado absoluto e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente. Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais), e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido ou refutado o abuso ou excesso de poder”.¹⁸

Com efeito – e melhor esclarecendo –, pode-se falar em três fases, etapas ou gerações do Estado de Direito, às quais correspondem igualmente três fases dos direitos fundamentais.

Assim, no Estado liberal de Direito (1ª geração), são principalmente garantidas as liberdades individuais (= direito fundamental de 1ª geração); no Estado social de Direito (2ª geração), são assegurados também os direitos sociais, culturais e econômicos e no Estado constitucional de Direito (3ª geração), manifestam-se os direitos fundamentais

liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.

¹⁸ BOBBIO, N. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17-18. De modo similar, GARCÍA PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1995, p. 52.

de terceira geração (qualidade de vida, meio ambiente, liberdade de informática, biotecnologia, paz etc.).¹⁹

No seu processo evolutivo, apresenta-se como o horizonte teleológico-valorativo que as espécies históricas de Estado de Direito buscam representar e garantir.²⁰

Os direitos humanos de primeira geração são considerados direitos de defesa da liberdade individual, ao passo que os de segunda se traduzem em direitos de participação, que requerem uma política ativa do poder público no sentido de garantir seu exercício e são realizados por meio de prestações e serviços públicos.²¹

Na atualidade, surge a terceira geração de direitos humanos, que vem complementar as fases anteriores.

O crescente desenvolvimento tecnológico, além de alterar profundamente as relações humanas em todas as suas facetas (homem/homem, homem/natureza, homem/cultura), acaba por incidir também na esfera dos direitos humanos.

Em rigor, formata-se uma nova âncora para tais direitos. Assim sendo, os direitos de primeira e segunda geração têm como base a liberdade e a igualdade, respectivamente, ao passo que os de terceira geração assentam-se na solidariedade. Encartados na Constituição, consubstanciam uma ordem ou sistema de valores, que orienta e impulsiona todo o ordenamento jurídico.

Jorge Miranda alude a quatro grandes períodos sucessivos relativamente aos direitos humanos. No primeiro, consigna-se a distinção famosa de Benjamin Constant entre a noção de liberdade dos antigos e liberdade dos modernos, depois do Cristianismo. “Para os antigos, a liberdade é, antes de mais, participação na vida da Cidade; para os modernos, antes de mais, realização da vida pessoal”; no segundo, “refere-se à tutela dos direitos própria da Idade Média e do Estado estamental e à tutela dos direitos própria do Estado moderno”; no terceiro, a “contraposição dá-se entre direitos, liberdade e garantias e direitos sociais e patenteia-se nas grandes clivagens políticas, ideológicas e sociais dos séculos XIX, XX e XXI”; o quarto período “prende-se com a proteção interna e a proteção internacional dos direitos do homem”.²²

Destarte, convém observar que os direitos humanos não encerram um catálogo fechado, mas sim aberto ao surgimento de novas necessidades que dão lugar a novos direitos. Não são apenas categorias utópicas, meramente programáticas, mas devem encarnar modelos históricos de liberdade. Vale dizer: sem a dimensão utópica, os direitos humanos perderiam sua função legitimadora, mas fora da experiência e da história perderiam seus próprios contornos de humanidade.²³

Nessa perspectiva, a Constituição brasileira giza uma nova dimensão: “plasma-se determinado sistema de valores da vida pública, dos quais é depois indissociável. Um conjunto de princípios filosófico-jurídicos e filosófico-políticos (embora de inspirações algo diversas) vem-na justificar e vem-na criar”.²⁴ Identifica-se com a ordem democrática, pois, opera uma autolimitação para resguardar os direitos fundamentais.

¹⁹ Cf. PÉREZ LUÑO, A-E. *La tercera generación de Derechos humanos*, p. 75-77.

²⁰ IBIDEM, p. 77.

²¹ IBIDEM, p. 28.

²² MIRANDA, J. *Direitos fundamentais*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2018, p. 17-18.

²³ PÉREZ LUÑO, A-E. *La tercera generación de Derechos humanos* p. 42-43.

²⁴ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996, v. I, p. 85.

A doutrina constitucional apresenta como requisitos do Estado de Direito: “a) a definição rigorosa e a garantia efectiva, no mínimo, dos direitos à vida e à integridade pessoal, da liberdade física e da segurança individual, da liberdade de consciência e religião, bem como da regra da igualdade jurídica entre as pessoas; b) a pluralidade de órgãos governativos, independentes ou interdependentes quanto à sua subsistência, e com funções distintas, competindo, nomeadamente, ao Parlamento o primado da função legislativa; c) a reserva da função jurisdicional aos tribunais, independentes e dotados de garantias de independência dos juizes; d) o princípio da constitucionalidade, com fiscalização, de preferência jurisdicional, da conformidade das leis com a Constituição; e) o princípio da legalidade da Administração, com anulação contenciosa dos regulamentos e atos administrativos ilegais; f) a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelos seus órgãos e agentes”.²⁵ Ou ainda, de modo mais objetivo, são indicados como suas características: o império da lei, a divisão de poderes, a fiscalização da Administração e a proteção dos direitos e liberdades fundamentais.²⁶

Nessa linha de pensar, com razão se nota que o Estado de Direito não é mais considerado apenas como um dispositivo técnico de limitação do poder, resultante da ordenação do processo de produção das normas jurídicas: mas, também, uma concepção em base das liberdades públicas, da democracia e do papel do Estado, que constitui o fundamento subjacente da ordem jurídica.²⁷

Ao Estado de Direito cabe o grande mérito de haver “instituído, na maioria dos países ocidentais, uma garantia constitucional de direitos e liberdades fundamentais, e de ter em termos filosóficos baseado essa garantia sobre um misto de naturalidade e de racionalidade que é própria do homem”.²⁸

Entretanto, saliente-se, que não pode ser conceituado apenas sob ângulo meramente formal, pela estrita legalidade, sendo imprescindível a presença de efetiva legitimidade, ancorada no plano axiológico. A propósito, tanto a legalidade como a legitimidade são requisitos de justificação do poder: a primeira do exercício e a segunda da titularidade.²⁹

A ideia de Estado formal de Direito, ou simplesmente Estado legal³⁰, oriunda do positivismo jurídico, e que dá lugar a uma construção mais rigorosa do ordenamento

²⁵ MIRANDA, J. Op. cit., p. 178-179.

²⁶ Cf. DÍAZ, E. Op. cit., p. 81-88.

²⁷ CHEVALIER, J. *L'État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1999, p.72.

²⁸ GOYARD-FABRE, S. Op. cit., p. 95.

²⁹ Com outras palavras: o Estado de Direito não pode ser visto tão somente como arquétipo formal, técnico e vazio, de restrição do poder, mas também como concepção que fundamenta e garante as liberdades públicas, a democracia e o papel do Estado (CHEVALIER, J. *L'État de Droit*, p. 72).

³⁰ “*Etat légal*, c'est-à-dire un État dans lequel tout acte de puissance administrative suppose une loi à laquelle il se rattache et dont il soit destiné à assurer l'exécution” (CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution à la théorie générale de l'État*, p. 490). Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o Estado legal “recusa a subordinação do Estado a um Direito a ele superior. Mais, identifica Direito com o comando do Estado, de tal sorte que os direitos do homem são os direitos que o Estado lhe quiser reconhecer, que as leis são feitas pelo Estado, sendo irrelevante cogitar de seu conteúdo de justiça ou injustiça. E que a Constituição não passa de uma lei, mais alta que as outras, que se estabelece por um procedimento mais complexo do que o ordinário. O Estado legal guarda o princípio de que, por meio de lei, é ditada a conduta dos particulares, que a lei é condição e limite da atuação dos órgãos públicos, todavia a encara como um instrumento para a realização de objetivos politicamente definidos” (FERREIRA FILHO, M. G. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.41). Trata-se de um Estado mínimo e não-intervencionista, de acordo com os princípios do liberalismo econômico. É sintetizado na fórmula de Benjamin Constant: “Il ne faut pas d'État hors de sa sphère, mais dans cette sphère, il ne saurait en exister trop”.

jurídico, reforçando os mecanismos de controle, vai sendo envolvida progressivamente por uma orientação mais ampla, de aspecto material. Isso quer dizer que tal noção “não tem sentido senão em relação a um determinado significado; a hierarquia das normas não passa de uma roupagem formal de certa doutrina substancial do poder e das liberdades, e que ela, ao mesmo tempo, transcreve e preserva”.³¹ Nele, vigoram em sua plenitude o princípio da legalidade – reserva e primazia das leis -, a tripartição dos poderes, a soberania popular e a independência do Poder Judiciário.

Explicando de outro modo: o Estado formal se refere à maneira de realização da atividade estatal, ou seja, reduz seus atos à lei ou à Constituição, com princípios e mecanismos próprios, decorrentes dos postulados liberais estruturados pela técnica jurídica³² (v.g., princípio da legalidade).

Já, o Estado material – denominado “conceito político do Estado de Direito” – se refere “ao conteúdo da relação Estado-cidadão, sob a inspiração de critérios materiais de justiça; não gira em torno da legalidade, mas a considera lastreada na legitimidade, na ideia do Direito como expressão dos valores jurídico-políticos vigentes em uma época”.³³ Nessa versão, questiona-se sobre o conteúdo e a orientação da atividade estatal. O poder estatal deve se encontrar vinculado aos princípios e direitos fundamentais e aos valores superiores.³⁴

De outro lado, no Estado social, as estruturas econômicas do capitalismo subsistem, mas são admitidas intervenções públicas no sentido de corrigir eventuais distorções – propiciando condições de liberdade e de igualdade que o indivíduo muitas vezes não pode conseguir isoladamente. Conseqüentemente, busca-se promover amplamente os valores supremos da dignidade, liberdade e igualdade, de forma material e concreta, no sentido de propiciar a todos os indivíduos o exercício efetivo dos direitos fundamentais e o livre e pleno desenvolvimento da personalidade.

Ao Estado liberal de Direito segue-se o modelo do Estado social, que “pode reconduzir-se a um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais”.³⁵

Originário da Carta mexicana (1917) e, sobretudo, da alemã (Constituição de Weimar, 1919), encontra-se presente, na atualidade, nas Constituições francesa (1946),³⁶

³¹ CHEVALLIER, J. *L'État de Droit*, p. 94-95.

³² Cf. GARCÍA PELAYO, M. Op. cit., p. 54.

³³ IBIDEM, p. 54.

³⁴ Cf. BENDA; MAIHOFFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 490.

³⁵ MIRANDA, J. Op. cit., p. 95

³⁶ Pelo art. 1.º da Constituição Francesa de 1946, define-se o país como uma “República indivisível, laica, democrática e social”.

italiana (1947),³⁷ alemã (1949),³⁸ venezuelana (1961), portuguesa (1976),³⁹ espanhola (1978)⁴⁰ e brasileira (1988).⁴¹

Dotada de conteúdo particular, a cláusula constitucional que qualifica o Estado como social não só delinea seu sistema político, como informa todo ordenamento jurídico. Além de ser parâmetro de constitucionalidade, seu valor jurídico reside também no fato de proporcionar critérios interpretativos para todo direito positivo.⁴²

O que se pretende no Estado social⁴³ de Direito, como segundo momento da evolução da própria noção de Estado de Direito, é conexionar determinados direitos e garantias, que visam à proteção da autonomia individual, com direitos sociais, que têm por fim alterar – para melhor – as condições materiais e espirituais de vida das pessoas.

Nessa modalidade de Estado, procura-se “articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada), e segurança jurídica com segurança social”⁴⁴, e de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político e democracia.

Como se salienta, “trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessários, para concretizar comandos normativos de isonomia”.⁴⁵

Pode-se dizer que o Estado social de Direito constitui expressão que designa uma realidade pensada anteriormente quando da incorporação dos direitos sociais às constituições europeias. Trata-se da intenção louvável de converter em direito positivo velhas aspirações sociais, elevadas à categoria de princípios constitucionais protegidos pelas garantias do Estado de Direito.⁴⁶

³⁷ A Itália é conceituada como uma “República democrática, fundada no trabalho” (art. 1.º da Constituição de 1947).

³⁸ A Lei Fundamental alemã estabelece que a “República Federal da Alemanha [Alemanha] é um Estado federal, democrático e social” (art. 20.1).

³⁹ A Carta lusitana de 1976 dispõe em seu art. 2.º, *ipsis litteris*, o que se segue: “A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e de organização política democráticas, que tem como objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

⁴⁰ De seu turno, a Constituição espanhola de 1978 declara de modo emblemático: “Espanha constitui-se em um Estado Social e Democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político” (art. 1.1).

⁴¹ A Constituição da República Federativa do Brasil proclama solenemente em seu Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”.

⁴² Cf. GONZÁLEZ MORENO, B. *El Estado social*. Madrid: Civitas, 2002, p. 28-29.

⁴³ A fórmula do Estado social de Direito vem a ser um princípio constitucional que obriga e legitima o legislador e a administração para o exercício de tarefas de cunho social em prol da comunidade, conforme a legalidade democrática. Assim, a Constituição alberga as realidades do desenvolvimento técnico, econômico e social, normatiza o exercício de encargos dele resultantes, e o coloca sob o manto do Estado de Direito (HESSE, K. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2004, p. 173).

⁴⁴ IBIDEM, p. 96.

⁴⁵ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 304.

⁴⁶ LUCAS VERDÚ, P. *La lucha por el Estado de Derecho*, p. 84. Ainda, BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 203 e ss.; DÍAZ, E. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Edicusa, 1975, p. 95-106.

A qualificação “social” referida só tem razão de ser quando ínsita juridicamente em uma democracia constitucional fundada no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Fica assente que “o Estado social da democracia se distingue, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer concomitantemente, na sua feição jurídico constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”.⁴⁷

O Estado social se integra no Estado de Direito, no qual rege o princípio democrático que estabelece a necessária coesão interna entre os requisitos e garantias do Estado de Direito e as exigências materiais do Estado social.⁴⁸

Na atualidade, o Estado social supõe uma intervenção estatal, que assume, através do Direito, uma função promocional para criar condições de igualdade e liberdade, que não pode ser obtida pelo indivíduo isoladamente, sendo os processos econômico, industrial e comercial disciplinados por lei, e novos direitos fundamentais de caráter econômico e social são agregados aos tradicionais direitos do indivíduo.⁴⁹ Numa palavra: a noção de Estado social de Direito significa primordialmente Estado orientado ao bem comum.⁵⁰

Na sequência, por Estado democrático⁵¹ se entende aquele em que os governos têm legitimação democrática, essencialmente à base de eleição por sufrágio universal de assembleias representativas, com a participação livre de uma pluralidade de partidos e com um mínimo de informação e debate político.⁵²

A adição do conceito qualificativo “democrático” à ideia de Estado significa a exigência de respeito aos princípios fundamentais do Estado de Direito, como o do império da lei, da divisão de funções, da legalidade da Administração, da lei como expressão da vontade geral, e, finalmente, do respeito, garantia e realização material dos direitos e liberdades fundamentais.⁵³

Em outro dizer: as condições primordiais de um Estado democrático de Direito podem ser resumidas como “a maioria democrática não decide com caráter absoluto; a maioria democrática, além de não dispor de uma competência global, está vinculada pelas formas jurídicas; a democracia só pode existir respeitando a divisão de poderes; a decisão da maioria não é justa *eo ipso*; a democracia não é uma ordem quase religiosa, mas sim uma ordem humana; o Estado de Direito é a ordem na qual um povo politicamente maduro reconhece seus limites”.⁵⁴

⁴⁷ BONAVIDES, P. Op. cit., p. 233.

⁴⁸ Cf. GONZÁLEZ MORENO, B. Op. cit., p. 43-44.

⁴⁹ PECES-BARBA, G. *Los valores superiores*, p. 59.

⁵⁰ Cf. BENDA; MAIHOFFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. *Manual de Derecho Constitucional*, p. 557-559.

⁵¹ A democracia compreende todo sistema político que permite a participação livre e esclarecida dos cidadãos na gestão dos negócios públicos (JEANNEAU, B. *Droit Constitutionnel et institutions politiques*. Paris: Dalloz, 1975, p. 15). A propósito, assevera Radbruch que “a democracia é certamente um bem precioso, mas o Estado de Direito é como o pão de cada dia, como a água potável e o ar que se respira; e o melhor da democracia é precisamente isto: que é a única forma de governo apropriada para garantir o Estado de Direito” (*Leyes que no son Derecho y Derecho por encima de las leyes*. In: RADBRUCH, SCHMIDT & WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*. Madrid: Aguilar, 1971, p. 21).

⁵² Vide a crítica ao Estado democrático de Direito, de inspiração marxista, feita por FERREIRA FILHO, M. G. *Estado de Direito e Constituição*, p. 63-64. Na realidade, os Estados socialistas ou comunistas não se coadunam bem com as ideias de liberdade e pluralismo político, próprias à verdadeira democracia. A história assim o revela.

⁵³ DÍAZ, E. Op. cit., p. 54.

⁵⁴ BENDA; MAIHOFFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. Op. cit., p. 496.

De forma complementar, pontifica-se que o adjetivo “democrático” acresce determinado critério em relação ao problema da residência da soberania, uma concepção plural da sociedade e uma paralela visão participativa do processo político.⁵⁵

No que concerne à expressão “Estado de Direito democrático”, constante do artigo 2º da Constituição de Portugal (1976), e que antecede e serve de inspiração à Constituição brasileira de 1988 (art. 1º, CF – “Estado democrático de Direito”), bem se sublinha que o “Estado de Direito democrático traduz a confluência de Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito – por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito aos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria [...], mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição [...].⁵⁶ Há uma interação de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade”[...]. “Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efetivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão através do exercício de direitos fundamentais”.⁵⁷ Também, e em continuação, assinala-se que o Estado democrático de Direito se vincula “à democracia econômica, social e cultural, cuja realização é objetivo da democracia política”.⁵⁸

No âmbito espanhol, a Carta de 1978 reza no artigo 1.1 que: a “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Explica a doutrina que: “En ese mosaico dogmático prevalece, aunque matizada, una concepción liberal de los derechos en el sentido de que, ante todo, son ‘derechos de libertad’”.⁵⁹ Além disso, o Estado social e democrático de Direito completa a apontada concepção, facultando que os direitos fundamentais sejam considerados nas dimensões subjetiva e objetiva, “como elementos essenciais de um ordenamento objetivo da comunidade nacional, perspectiva que é corroborada no artigo 10.1 da Constituição espanhola”⁶⁰ (que diz expressamente: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”).

O Estado de Direito como Estado democrático surge fundado na ideia de liberdade dos indivíduos, das comunidades, dos povos, e por ela busca-se a limitação do poder político. Na ideia de liberdade plasma-se um estado de espírito: o homem como centro onipresente da esfera política.⁶¹

⁵⁵ Cf. PECES-BARBA, G. Op. cit., p. 61.

⁵⁶ MIRANDA, J.; MEDEIROS, R. *Constituição portuguesa anotada*. Lisboa: UCP, 2017, I, p. 75.

⁵⁷ IBIDEM. Op. cit., p. 75.

⁵⁸ IBIDEM. Op. cit., p. 75.

⁵⁹ BASTIDA FREIJEDO, F.J. *et alii*. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Madrid: Tecnos, 2012, p.78.

⁶⁰ IBIDEM, p. 79.

⁶¹ GOYARD-FABRE, S. *L'État*, p. 84.

Trata-se do Estado da cidadania, através do qual o indivíduo é feito cidadão, a democracia se institucionaliza jurídico-politicamente e o sistema de valores é convertido em legalidade, base fundante da legitimidade democrática.⁶²

No Estado tirano ou despótico, diz Bobbio, “os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o estado dos cidadãos”.⁶³

Nesse passo, importa precisar a que espécie de democracia se alude, visto que se trata de termo equívoco, aplicável a uma pluralidade de acepções ou sentidos.

A democracia emerge como princípio legitimador do Direito e, ao mesmo tempo, forma de sua produção.

É dizer: a democracia liberal, pluralista e representativa, em que impera a soberania popular (governo da maioria em dialética com a minoria). Este aspecto não significa a submissão pura e simples da maioria à minoria, em nome da democracia, ou, em oposição, a denominada “ideologia” da maioria.

⁶² Cf. DÍAZ, E. *Estado de Derecho y legitimidad democrática*, p. 75.

⁶³ BOBBIO, N. *A era dos direitos*, p. 61. A tirania, o despotismo e o arbítrio podem se impor das mais variadas (e sub-reptícias) formas, inclusive, sob a égide da legalidade, aparente ou não. A história dos povos é pródiga em exemplos. Em princípio, a tirania designa o governo exercido por um tirano (ou déspota), cuja autoridade depende tão-somente de sua própria vontade, de, seus caprichos, “sans loi et sans règle”, como afirma Montesquieu. É um regime que atenta contra o Estado de Direito e a democracia. Em ensaio notável, “Idées sur le despotisme”(1789), Condorcet (1743-1794) disserta sobre o tema da seguinte forma: “Despotisme vient du mot (δ εσπ ó τ η ζ), qui signifie maître. Il y a despotisme toutes les fois que les hommes ont des maîtres, c’est-à-dire sont soumis à la volonté arbitraire d’autres hommes (I); “Le despotisme d’un seul homme est un être de raison: mais le despotisme du petit nombre sur le grand nombre est très commun; et il a deux causes: la première que le petit nombre a de se réunir, et ses richesses, avec lesquelles il peut acheter d’autres faorces...(II); “Il y a deux sortes de despotisme qu’on pourrait appeler de droit et de fait, si le mot de droit pouvait s’unir à celui de despotisme, mais que j’appellerai despotisme direct et despotisme indirect. Le despotisme direct a lieu dans tous les pays où les représentants des citoyens n’exercent pas le droit négatif le plus étendu, et n’ont pas des moyens suffisants pour faire réformer les lois qu’ils jugent contraires à la raison et à la justice. Le despotisme indirect existe lorsque, malgré le vœu de la loi, la représentation n’est ni égale ni réelle, ou lorsqu’on est assujéti à une autorité qui n’est pas établie par la loi” (III); “Il faut pas confondre le despotisme avec la tyrannie. On doit entendre par ce mot toute violation du droit des hommes, faite par la loi. Au nom de la puissance publique. Elle peut exister même indépendamment du despotisme.. Le despotisme est l’usage ou l’abus d’un pouvoir illégitime, d’un pouvoir qui n’émane point de la nation ou des représentants de la nation; la tyrannie est la violation d’un droit naturel exercé par un pouvoir légitime ou illégitime”.(XVII). Da mesma forma, em outro texto essencial, Étienne de la Boétie (1530-1563), em seu “Discours de la servitude volontaire” se pronuncia, em defesa da liberdade, que existem três espécies de tiranos: “Les uns règnent par l’élection du peuple, les autres par la force des armes, les derniers par succession de race. Ceux qui ont acquis le pouvoir par le droit de la guerre s’y comportent – on le sait et le dit fort justement comme en pays conquis. Ceux qui naissent rois, en général, ne sont guère meilleurs. Nés et nourris au sein de la tyrannie, ils sucent avec le lait le naturel du tyran et ils regardent les peuples qui leur sont soumis comme leurs serfs héréditaires”. A arbitrariedade vem a ser o ato ou o procedimento contrário, ou independente de lei, executado por mero capricho. Aliás, sobre a questão, Alexis de Tocqueville, no Século XIX, escreve: “É necessário distinguir a arbitrariedade da tirania. A tirania pode-se exercer por meio da própria lei, e então não é arbitrária; a arbitrariedade pode-se exercer no interesse dos governados, e então não é tirânica. A tirania serve-se ordinariamente da arbitrariedade, mas, em caso de necessidade, pode prescindir dela” (*Da democracia na América*. Campinas: Vide Editora, 2019, p. 323).

A ideia de democracia que se deve ter em conta é aquela realmente adstrita aos direitos fundamentais, aos direitos humanos, como democracia em liberdade.⁶⁴

Trata-se da modalidade de democracia constitucional (liberal, social e humana) fundada nos postulados essenciais da liberdade, igualdade, legitimidade, divisão de funções, pluralidade e soberania popular, entre outros aspectos.

A propósito da democracia, impende mencionar a distinção feita por Ferrajoli sobre determinadas concepções de democracia (especialmente em certos espaços, v.g., América Latina). Explicita-se que a democracia não deve ser entendida como democracia majoritária ou plesbicitaria, em que vigora a “ideologia da maioria” – governo dos homens *versus* governo das leis –, mas sim como democracia constitucional.⁶⁵

Na democracia plesbicitaria, vigora a ideia de que o consenso da maioria legitima qualquer abuso – impera a banalização das regras e limites ao poder executivo (= representante da maioria) –, o que por certo dá lugar a uma concepção atentatória ao Estado democrático e à Constituição, visto que esta última implica um sistema de limites e vínculos a todo poder.⁶⁶

Além disso, os termos “democracia” e “Estado democrático” são bastante equívocos, e podem dar lugar a engano (haja vista que alguns países denominados “democráticos”, são, na verdade, ditaduras ou regimes autoritários – v.g. a “República democrática Alemã (RDA), Deutsche Demokratische Republik -, de 1949 a 1990.

Também, convém advertir, que o Estado democrático de Direito, instituído formalmente, pode ser ou estar corrompido, com a transgressão dos princípios ou elementos já deduzidos, que são a essência mesma do regime democrático, e que, aliás, está longe da perfeição. Nesse caso, não há mais como se falar em Estado democrático ou em democracia plena.

Não obstante todas disfunções⁶⁷, é certo que a democracia como regime político não é perfeita, mas, é certo também, que de todos os regimes políticos do passado e do presente constitui ela o menos ruim ou o menos imperfeito.⁶⁸

⁶⁴ Com detalhes, BENDA; MAIHOFFER; VOGEL; HESSE & HEYDE. Op. cit., p. 219 e ss.

⁶⁵ FERRAJOLI, L. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008, p. 25.

⁶⁶ IBIDEM, p. 26. “A ideia de democracia implica ausência de chefes”.

⁶⁷ Cf. FERREIRA FILHO, M.G. *A ressurreição da democracia*. Santo André: Dia a Dia Forense, 2020. p. 27 e ss.

⁶⁸ Nesse ponto calha a transcrição das formas de governo mencionadas por Aristóteles, em sua *Política*, especialmente no Livro III, 1279 a-b. Diz o filósofo: “Visto que o regime e o governo significam a mesma coisa, e o governo é algo soberano dentre as cidades, é necessário que o poder soberano seja exercido por um só, por poucos, ou por muitos. Quando um só poucos ou muitos exercem o poder no interesse comum, temos necessariamente as constituições (regimes) retas; quando o exercessem no interesse particular, temos desvios (...). Denominamos monarquia ao governo monárquico que se propõe a fazer o bem público; aristocracia, ao governo de poucos, quando tem por finalidade o bem comum; quando a massa governa visando ao bem público, temos a *polítia*, palavra com que designamos em comum todas as constituições (regimes). Os desvios de finalidade dos regimes que já mencionamos são a tirania da monarquia, a oligarquia da aristocracia, e a democracia da república. Pois, a tirania é uma monarquia voltada para o interesse do monarca, e a oligarquia para o dos ricos, enquanto a democracia está voltada para o interesse dos pobres, mas nenhum deles está voltado para o proveito comum”. Então, três são as formas de governo e três são os desvios ou corrupções [são formas: monarquia, aristocracia, *polítia* ou “timocracia”; são desvios das formas: tirania, oligarquia, democracia]. Por sua vez, Montesquieu acrescenta à classificação aristotélica (critério quantitativo) o modo de exercício da autoridade, distribuído em: república, monarquia e despotismo. A conformidade a uma legalidade distingue a república e a monarquia, de um lado, e a tirania, de outro. Assim se exprime Montesquieu, *ipsis litteris*: “Il y a trois espèces de gouvernements: le républicain, le monarchique

A fórmula Estado democrático e social de Direito (art. 1.º e 3.º da CF) revela três facetas ou exigências de uma única definição constitucional da forma de Estado brasileiro, sendo um princípio estrutural, extrínseco, do ordenamento jurídico constitucional.

Assinala-se, em referência ao texto maior espanhol, que o conceito da citada modalidade de Estado é a face política, enquanto os valores superiores são a face jurídica de uma mesma realidade ou, ao menos, de uma realidade inseparável: na primeira, o poder legítimo, e na segunda, a ideia de Direito justo.⁶⁹

A Constituição, nos referidos Estados, agasalha de modo conjunto tanto os mecanismos formais de garantia do Estado de Direito como o princípio democrático e a dimensão relativa aos direitos sociais, próprios do Estado democrático e social de Direito.

No concernente à matéria, acentua-se que “o binômio ‘Rechtsstaats/Sozialstaatsprinzip’ encontra-se na base das indicações constitucionais relativas ao conteúdo da lei penal, vale dizer, da influência que as Constituições exercem não somente sobre os aspectos formais e estruturais do sistema de tutela penal, mas sobre a matéria objeto da precitada tutela, penetrando, assim, em território originalmente de domínio exclusivo da política criminal, e escandindo, analiticamente, o vínculo constitucional do legislador”.⁷⁰

No Estado de Direito clássico, liberal, a Constituição aparece como expressão suprema da ordem jurídica estatal (concepção formal e intrínseca); já, no Estado democrático e social de Direito, ela se vincula e se orienta “aos dados econômico-sociais e às relações entre os cidadãos desenvolvidas no âmbito da sociedade civil”.⁷¹

Assim concebida, a Constituição, além de elidir a quase sempre nefasta separação entre Estado e sociedade (concepção material e extrínseca), acaba por se tornar o “marco jurídico básico da própria sociedade civil”.⁷²

Como elementos que compõem o Estado democrático e social de Direito, são elencados os seguintes: a) soberania popular, da qual emanam os poderes do Estado; b) legitimação dos governantes por meio de eleições periódicas pós-sufrágio universal, com pluralismo de opções; c) submissão dos governantes à lei, hierarquia das normas, controle judicial de suas decisões e responsabilidade por seus atos e decisões; d) preservação da Constituição pelo Tribunal Constitucional (Supremo Tribunal Federal); e) separação de poderes (funções)⁷³; f) reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, com a incorporação dos novos direitos econômicos, sociais e culturais; g) função promocional

et le despotique. Pour en découvrir la nature, il suffit de l'idée qu'en ont les hommes les moins instruits. Je suppose trois définitions, ou plutôt trois faits: l'un que 'le gouvernement républicain est celui où le peuple en corps, ou seulement une partie du peuple, a la souveraine puissance; le monarchique, celui où un seul gouverne, mais par les lois fixes et établies; au lieu que, dans le despotique, un seul, sans loi et sans règle, entraîne tout par sa volonté et par ses caprices' “(De l'esprit des lois, Cap.II. In: *Oeuvres complètes*, p. 532).

⁶⁹ PECES-BARBA, G. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 58.

⁷⁰ PALAZZO, F. *Valores constitucionais e Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989, p. 77.

⁷¹ PÉREZ LUÑO, A.-E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 150-151.

⁷² IBIDEM, p. 152.

⁷³ A partir de Locke, Montesquieu e da Declaração de 1789, é inquestionável que a separação dos poderes não diz respeito apenas à divisão do trabalho no seio da organização estatal, mas, também, cabe-lhe uma função de garantia da liberdade. É “elemento constituinte da Constituição democrática e elemento central da promessa de coerência e transparência da Modernidade” (FRANKENBERG, G. *Técnicas do Estado*. Trad. Gercelia Mendes. São Paulo: Unesp, 2018, p. 226). Não resta a menor dúvida que a sua transgressão fere de morte o Estado democrático de Direito.

dos poderes públicos para propiciar as condições e remover os obstáculos para a igualdade entre os cidadãos; h) intervenção dos poderes públicos na organização econômica; i) potencialização das organizações sociais e culturais, favorecendo a participação e controlando os serviços que afetem a qualidade de vida.⁷⁴

A formação do Estado de Direito antes da grande transformação mundial ocasionada pela técnica, pela industrialização e, mais modernamente, pela telemática está vinculada aos condicionamentos do tempo em que se origina.

Daí a tensão patente com a situação atual, cada vez mais conflitiva e multifária (v.g., exigências de segurança, liberdade de comunicação, uso da internet, sociedade digital, etc.).

Aliás, é oportuno ressaltar que o Estado democrático de Direito tem sido alvo de constante agravo, padecendo de crises e instabilidades, onde os governos pervertem seus princípios e elementos numa aproximação perigosa ao Estado de exceção, de cunho ditatorial. Isso ao mesmo tempo em que é objeto de defesa, com o intuito de evitar a perenização do autoritarismo das denominadas “épocas emergenciais”, sob o manto dos mais diversos argumentos justificativos.

Apesar de notória a ambiguidade, faz-se necessário evidenciá-la a fim de salvaguardar-se a todo custo o primado do Estado democrático de Direito.

É bem por isso que a temática, ora anunciada, tem sido objeto de análise e discussão na moderna ciência política. Explicita-se, a propósito, que as teses de um totalitarismo constitucional, “partem do princípio de que crises extraordinárias não podem ser solucionadas com o instrumental do direito constitucional normal. Por conseguinte, autoriza-se a proclamação do caso excepcional ditatorial, ainda que apenas para finalidades legítimas, sobretudo para a proteção e reabilitação das condições constitucionais (...). Desde a metade do século XIX, é possível observar a tendência intensificada após a Primeira Guerra Mundial, de integrar no ordenamento jurídico regimes distintos de um direito de exceção jurídico-público como poder de preservação do direito. Com isso, empreende-se a tentativa, na teoria e na prática da legislação de criar uma relação interna entre Estado de direito e estado de exceção, entre regra e exceção, que se reproduz estruturalmente em programas condicionais constitucionais ou infraconstitucionais e em instituições e ordenamentos de competência especiais, criados nos moldes da situação excepcional (...). Com a internalização constitucional da exceção, o Estado de direito e o estado de exceção desenvolvem entre si uma relação parasitária interdependente e recíproca. O Estado de direito incorpora em si o estado de exceção – não levemente, mas por precaução (ou melhor: para prever abusos) e para prevenção de perigos”. E, ainda, continua o autor sobre a teoria: “Sua internalização desencadeia uma dinâmica e um processo de familiarização: é próprio dessa dinâmica o fato de a institucionalização jurídica dos estados de necessidade antecipáveis e dos poderes emergenciais atribuírem furtivamente aos poderes estatais, especialmente ao Executivo, uma responsabilidade plena de criar situações de segurança almejadas de todos os tipos. A classe política reage a isso com promessas de segurança francamente ritualísticas em todas as situações de perigo possíveis, fazendo aumentar, assim, a necessidade de segurança da população. Do mesmo modo que, de um lado, a sociedade torna-se uma ‘sociedade da segurança’, com uma nova formação de controle e conjuntura social com

⁷⁴ PECES-BARBA, G. Op. cit., p. 62-63.

necessidades de segurança acrescidas, de outro, o Estado de direito transforma-se em ‘Estado securitário’. O efeito de familiarização é aprofundado e prolongado por meio de poderes interventivos estatais adicionais sempre novos, exigidos por razões existentes ou supostamente existentes e, na maioria das vezes, até mesmo conferidas. O extraordinário, quer se trate de escutas clandestinas, isolamentos de presos, verificação sistemática e aleatória de dados, vigilância por câmara e *on-line*, quer se trate de emprego das forças armadas no plano interno, é normatizado e normalizado. Trocando em miúdos, as respostas extraordinárias aos casos excepcionais, tais como a tortura, o direito penal do inimigo, ou o abate de aviões de passageiros capturados deixam de ser vistos como ameaça à normalidade do Estado de direito”.⁷⁵

O Texto Maior de 1988 não deixa dúvida ao constituir o país em um Estado democrático de Direito (art. 1º, CF). Esta classificação do Estado como “democrático” não deixa de seguir uma ordem lógica de que o Estado seja de Direito, na forma democrática.

Na Constituição Federal, institui-se expressamente a forma democrática do Estado brasileiro, e enuncia como seus valores supremos a garantia do exercício dos direitos individuais e sociais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça (Preâmbulo).⁷⁶ Estão reunidos e consagrados na Carta os princípios do “Estado democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que os supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.⁷⁷

No Estado democrático, se substitui a tradição pelo contrato social; a soberania do monarca pela soberania nacional; a razão do Estado pelas normas jurídicas; em vez de súditos, cidadãos; do exercício unilateral do poder, ao exercício compartilhado do poder, exercido pelos representantes da coletividade. Emergem, assim, as normas constitucionais, os direitos fundamentais e as leis como os lídimos instrumentos jurídicos.⁷⁸

A passagem da noção de Estado de Direito à de Estado Constitucional é o reflexo de uma tríplice mudança operada nos ordenamentos jurídicos: da primazia da lei à primazia da Constituição; da reserva de lei à reserva de Constituição e do controle jurisdicional da legalidade ao controle jurisdicional da Constituição.⁷⁹

De modo enfático, sublinha-se: “A lei, ao mesmo tempo medida de todas as coisas no campo do direito, cede assim a passagem à Constituição e converte a si mesma em objeto de medida. É destronada em favor de uma instância mais alta”.⁸⁰

⁷⁵ FRANKENBERG, G. *Técnicas de Estado*, p.196-198, 199. Destaca o autor que o Estado de exceção, como dispositivo político, “faz a forma jurídica desintegrar-se ao suspender as regras normais do uso da liberdade pelos cidadãos e do exercício do poder pelo Estado. Como dispositivo jurídico, ele põe em risco a racionalidade formal do Estado de direito ao comprometer a soberania da lei por meio da soberania das medidas e desativa a normatividade da situação normal – suas regulações, barreiras e controle do exercício do poder – em nome das ‘materializações’ ditadas pelas situações excepcionais” (p. 258-259).

⁷⁶ Cf. REALE, M. *O Estado democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 2 e ss.

⁷⁷ SILVA, J. A da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

⁷⁸ MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*, v. I, p. 84.

⁷⁹ Cf. PÉREZ LUÑO, A-E. *La tercera generación de derechos humanos*. Cizu Menor: Aranzadi, 2003, p. 52.

⁸⁰ IBIDEM, p. 56.

Por derradeiro e em síntese, é importante sublinhar, especialmente em relação ao processo evolutivo-conceitual do Estado de Direito, e suas modalidades, que, malgrado as imperfeições, avanços e recuos, o Estado democrático de Direito deve ser objeto de intransigente defesa, seja pelos profissionais do Direito, seja pelo povo como um todo. Tão-somente assim pode-se garantir o protagonismo do ser humano, sua dignidade e liberdade, como centro de todo regime político-jurídico.