

REVISTA  
de  
INFORMAÇÃO  
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 167

Julho/setembro – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

# O Estado Democrático de Direito

Enio Moraes da Silva

## Sumário

1. Introdução. 2. A dicotomia entre direito natural e direito positivo. 3. O conceito de Estado e sua evolução. 4. Estado estamental. 5. Estado de Polícia. 6. Liberalismo e Estado de Direito. 7. *The Rule of Law* e o *Rechtsstaat*. 8. Estado Legal. 9. Estado Social. 10. O Estado Democrático de Direito. 11. Conclusão.

*“Man’s capacity for justice makes democracy possible, but man’s inclination to injustice makes democracy necessary.”*

Reinhold Neibuhr

## 1. Introdução

O termo “Estado Democrático de Direito”, conquanto venha sendo largamente utilizado em nossos dias, é pouco compreendido e de difícil conceituação em face das múltiplas facetas que ele encerra.

No Estado contemporâneo, em virtude da maximização do papel do poder público, que se encontra presente em praticamente todas áreas das relações humanas, a expressão “Estado Democrático de Direito” ganha uma extensão quase que ilimitada, mas, conseqüente e paradoxalmente, perde muito em compreensão.

O fato de esse termo ter sido incluído em nosso atual texto constitucional, no seu primeiro artigo, adjetivando a República Federativa do Brasil, torna obrigatória a sua compreensão, com todas as conseqüências que dela podem e devem advir.

Enio Moraes da Silva é Procurador do Estado de São Paulo, Mestre em Direito pela *University of Florida*, Doutorando em Direito do Estado pela USP.

Não obstante, esse *status* constitucional não torna essa tarefa mais fácil: ao contrário, aumenta a responsabilidade do intérprete constitucional, especialmente em razão das implicações, das mais diversas naturezas, que possam se originar do entendimento – e sua conseqüente aplicação – do que venha a ser “O Estado Democrático de Direito”.

O presente estudo não tem a pretensão de entregar, ao final de suas poucas páginas, uma definição perfeita e acabada do termo em tela. Até porque se trata de um tema dinâmico e em constante evolução.

A fluidez do termo ora em exame está diretamente relacionada aos diferentes tipos de Estados hoje existentes, variações essas que influenciam e dificultam uma generalização a esse respeito. E, além disso, impõe uma definição única, indisputável, seria desconsiderar a existência de inúmeras formulações teóricas e constatações empíricas do que sejam “democracia” e “direito”, conceitos ligados ao primeiro termo e que também correm como líquido.

Entretanto, sem embargo das vicissitudes que se apresentam, o estudo do “Estado Democrático de Direito” permite uma abordagem histórica, pela qual se pode entender a sua evolução no tempo e em face dos fatos que o influenciaram, que certamente serve de caminho para a sua melhor compreensão. Além disso, a análise de princípios que com ele se relacionam e o dirigem ajudará a explicar os laços que enfeixam o referido conceito.

A análise da evolução do Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito é de suma importância para entender o sentido que se deve empregar hodiernamente para o termo que dá nome ao presente escrito.

O caminho que procuraremos percorrer neste trabalho, portanto, passará pelo estudo dos fatores históricos que influenciaram a formação do conceito em questão, tanto com relação à evolução do Direito como à transformação do Estado Liberal em Estado Social.

Nesse diapasão, será abordada ainda a questão da proeminência, em dada época, do chamado Estado de legalidade ou, simplesmente, Estado Legal, com todas as suas características, e como o mesmo evoluiu – ou deve evoluir – para um Estado Democrático de Direito.

## *2. A dicotomia entre direito natural e direito positivo*

Para alcançar uma compreensão do Estado de Direito, não se pode prescindir de uma análise da distinção entre direito natural e direito positivo, considerando que essa é uma dicotomia estabelecida pelo pensamento jurídico ocidental, e que influenciou e ainda influencia fortemente as relações sociedade–Estado e Estado–indivíduo, sendo que não se pode falar da instituição Estado sem falar no Direito.

Dessa divisão teórica resultam vários questionamentos quando se perquire da relação do Estado com o Direito. Um deles diz respeito aos limites do poder estatal no que toca ao direito natural. O Estado sofreria limitações do direito natural? Ou somente o direito positivo limitaria a ação do poder público?

Outra intrigante questão surge quando se afirma que o próprio Estado deve ser submetido ao Direito para o seu controle. Mas como pode, então, o Direito se limitar às normas que o próprio Estado produz? Não se revela uma incongruência deixar a cargo do Estado produzir as próprias normas que irão controlá-lo?

Norberto Bobbio (1995, p. 17) esclarece que a distinção entre direito natural e direito positivo já havia sido identificada até mesmo na antiguidade, com Platão e Aristóteles. Este último utilizou-se de dois critérios para chegar a tal diferenciação: (1) o direito natural é aquele que tem em toda parte a mesma eficácia, enquanto o direito positivo tem eficácia apenas nas comunidades políticas singulares em que é posto; (2) o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o

sujeito, mas existe independentemente do fato de parecerem boas ou más a outros. Prescreve ações cuja bondade é objetiva. O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas pela lei, importa (isto é: é correto e necessário) que sejam desempenhadas do modo prescrito pela lei.

Os filósofos da Idade Média também discutiram sobre o assunto, deixando assente que existe uma clara distinção entre direito natural e direito positivo, tendo este a característica de ser posto pelos homens, em contraste com o primeiro que não é posto por esses, mas por algo (ou alguém) que está além desses, como a natureza (ou o próprio Deus).

No pensamento dos jusnaturalistas modernos dos séculos XVII e XVIII, Bobbio (1995, p. 22) registra a distinção entre direito natural e direito positivo, citando Glück, que diz que a esfera direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade de um legislador.

Essa distinção, que perdura até hoje, ganha importância no tocante à questão do exame do Estado de Direito e, em última análise, do Estado Democrático de Direito, quando se sabe que o positivismo jurídico reduziu todo o Direito a direito positivo, afastando o direito natural da categoria do Direito, pois essa corrente doutrinária não considera Direito outro que não seja aquele posto pelo Estado, sendo este o único detentor do poder de estabelecer as normas jurídicas que irão reger a sociedade.

A concepção do Estado moderno vem atrelada a esse entendimento de que o Estado é o único criador do Direito e ele mesmo solucionará os conflitos sociais por intermédio do Estado-juiz que aplicará as normas positivadas pelo próprio Estado-legislador. É a monopolização da produção jurídica e sua aplicação por parte do Estado.

É paradoxal que tal sistema jurídico tenha sido preconizado e efetivamente implementado pelo Estado Liberal, influenciado pelo Iluminismo, uma vez que o seu pressuposto filosófico é a doutrina dos direitos do homem elaborada pela escola do direito natural. No entanto, no momento em que se exigiu do Estado o respeito a tais direitos, deu-se máxima ênfase ao aspecto da legalidade, concedendo o poder absoluto de produção jurídica ao legislador estatal.

Essa estatização do Direito, segundo a ensinança de Bobbio, foi obra, em grande parte, das idéias liberais de Montesquieu (1996, p. 132) e Beccaria ([19--?], p. 33). O primeiro defende em sua famosa obra, *O Espírito das Leis*, que “a liberdade é o direito de se fazer aquilo que as leis permitem”, sendo, conforme ele, o Poder Legislativo o único corpo capaz de criar as leis e o Poder Judiciário mero ventríloquo do legislador (os juízes seriam seres inanimados; a boca que pronuncia as palavras da lei). O segundo, fiel seguidor de Montesquieu, foi ferrenho defensor do princípio da estrita legalidade, afirmando que “só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.

Importante esclarecer, entretanto, que Montesquieu apontava a existência de um Direito superior à lei positiva, em sua célebre obra o *Espírito das Leis* (Livro I, Cap. 2), defendendo que existiam relações de justiça possíveis e que o legislador, assim, não faz a lei: escolhe, entre as relações de justiça possíveis, a que melhor se coaduna com as condições próprias a cada Estado.

No entanto, essa representação do justo, no momento em que ela é expressa na obra do legislador, é racionalizada e acaba se reduzindo às leis positivas, à vontade daquele que criou a lei. Esse Direito superior aos dos homens fenece e passa a ser representado pela lei, elaborada pelo legislador, como “expressão da vontade geral”, fórmula cunhada por Rousseau e expressa no artigo 6º

da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). O jusnaturalismo foi importante, assim, reconhece-se, como impulso inicial às declarações escritas de direitos do homem.

Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos (BOBBIO, 2000a, p. 18).

Essa ideologia ganhou ares científicos sofisticados, mais recentemente, pela pena de Hans Kelsen (2002, p. 62), o precursor máximo do positivismo jurídico, embora em sua obra “Teoria Pura do Direito” revele o autor que a sua doutrina visava justamente combater a ideologia da ciência do direito tradicional e que a Teoria Pura do Direito teria uma tendência antiideológica, manifestando-se como verdadeira ciência do direito. A verdade é que Kelsen (2002, p. 95, 103) defende que o Direito é um sistema de normas jurídicas, postas pelo Estado, num escalonamento de autoridade legal hierárquica, em que a Constituição de um Estado se encontra na camada jurídico-positiva mais alta.

Essa valorização do papel do legislador, com a conseqüente absolutização do direito positivo, na concepção liberal do Estado, como será visto mais adiante, contribuiu decisivamente para a instituição de um Estado legalista, reduzindo o conceito do Estado de Direito a mero estado de legalidade.

### 3. O conceito de Estado e sua evolução

Os autores divergem sobre as origens e surgimento do Estado. Dalmo de Abreu Dallari (2003, p. 51-52) registra que existem três teorias básicas a respeito da época do aparecimento do Estado. Pela primeira, o Estado, assim como a sociedade, sempre teria existido, considerando que o Estado seria uma organização social, dotada de po-

der e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo. Pela segunda, a sociedade humana teria inicialmente existido sem o Estado, tendo este sido constituído gradual e localmente para atender as necessidades ou as conveniências dos grupos sociais. E, finalmente, pela terceira teoria, somente pode se falar em Estado como uma sociedade política dotada de certas características bem definidas, como conceito histórico concreto, com a idéia e a prática da soberania, o que somente ocorreu no século XVII, existindo autores que apontam o ano de 1648 (ano em que foi assinada a paz de *Westfália*) como a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados.

Para os fins de nosso estudo, interessa em especial a questão da soberania estatal, uma vez que ela é indispensável para a análise do Estado Democrático de Direito. Essa característica somente se apresenta com relação ao conceito de Estado moderno.

Sérgio Resende de Barros (2003, p. 121 et seq.) leciona que não houve na prática antiga a idéia de um poder supremo, soberano, embasado em si e por si mesmo, sem lei que o vinculasse à base social; ou seja, um poder *solutus a legibus*. A idéia de soberania, como marca de uma sociedade política por ela diferenciada, é moderna. Recuando ao máximo, chega ao fim do medievo. Na antiguidade, desde a época mais remota até o fim do Império Romano, não se encontra qualquer noção que se assemelhe à soberania. (...) A soberania, como já se viu, somente veio marcar a sociedade política na passagem da forma de governo medieval (poliárquica) para a moderna (monárquica).

O conceito de Estado moderno, portanto, assenta-se sobre quatro elementos básicos: a soberania, o território, o povo e a finalidade. Ele é definido como *a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território* (DALLARI, 2003, p. 118).

Oportuno acrescentar que a soberania estatal encontra-se, contemporaneamente,

em fase de transformação e questionamento em face dos novos fenômenos que envolvem o relacionamento entre os Estados ditos soberanos. Confira-se, nesse diapasão, o interessante magistério de J.J. Gomes Canotilho (2002, p. 90):

“O Estado, tal como acaba de ser caracterizado, corresponde, no essencial, ao modelo de Estado emergente da Paz de *Westfália* (1648). Este modelo, assente, basicamente, na idéia de *unidade política soberana* do Estado, está hoje relativamente em crise como resultado dos fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal.”

Com o aparecimento do Estado dito moderno, marcado pela presença do poder soberano, podemos estabelecer uma classificação para demonstrar a evolução do Estado, conforme veremos a seguir.

#### 4. Estado estamental

Esse tipo de Estado aparece no início do século XVII, como uma organização política em transição, buscando uma inicial concentração de poder estatal, mas dividida ainda entre o poder do Rei e dos estamentos (Parlamentos, Cortes).

Jorge Miranda (apud BASTOS, 2002, p. 158), a respeito do Estado estamental, ensina que

“a idéia básica que nele se encontra é a dualidade política rei-estamentos, sucessora do dualismo rei-reino medieval. O rei e as ordens ou estamentos criam a comunidade política. O rei tem não só a legitimidade como a efetividade do poder central, mas tem de contar com os estamentos, corpos organizados ou ordens vindos da Idade Média. Rei e estamentos exprimem, de certa maneira, um enlace entre Estado e sociedade”.

Na história política da Inglaterra, identifica-se uma fase de concessão de direitos por parte do Monarca a certos segmentos

da sociedade inglesa, que confirma a idéia de um Estado estamental. Embora essa maneira de pactuar direitos entre o monarca e determinados grupos sociais que apresentassem algum poder suficientemente contrastante ao do rei da Inglaterra tenha se iniciado mais cedo, basicamente com a Magna Carta de 1215 (afirmação de direitos em favor da aristocracia feudal em face do Rei João Sem Terra), o reconhecimento e a concessão gradual de direitos tiveram seguimento na história inglesa pelos séculos que viriam a seguir, o que certamente contribuiu para alcançar-se verdadeiras declarações de direitos humanos.

“Na medida em que se instituiu o parlamento, a evolução constitucional inglesa deixa a era das cartas para ingressar na era das petições. Logo se multiplicaram as petições endereçadas ao rei, seja pelo Parlamento, seja em parlamento, e assim, no século XIV as petições eram de duas espécies: umas redigidas e apresentadas ao rei pelas câmaras ou por uma delas, e relativas a pleitos mais ou menos gerais; as outras dirigidas ao rei por indivíduos, cidadãos, corporações, cidades, e tinham por objeto interesses privados ou coletivos locais. (...) A petição de Direito de 1628 é uma petição da primeira espécie – uma petição endereçada pelo parlamento ao rei – um importante documento declarando os direitos e liberdades do súdito como opostos às prerrogativas da coroa (isto é Carlos I).” (BARROS, 2003, p. 359).

#### 5. Estado de Polícia

A história registra o surgimento desse tipo de Estado, que se caracteriza pela concentração de poder nas mãos do monarca, que também pode ser chamado de Estado absoluto, em que a vontade do Rei era a lei (“*regis voluntas suprema lex*”), e esta se apresentava vaga e totalmente ao domínio do

monarca, que não respondia pelos seus atos perante os súditos (“*the king can do no wrong*”).

Pode se identificar duas fases dentro desse tipo de Estado. Na primeira, o poder do Monarca é atribuído à escolha divina, governando pela graça de Deus: seu fundamento é religioso. Na fase seguinte, já há uma alteração do fundamento do poder do governante: é a fase do despotismo esclarecido, em que se atribui ao poder uma racionalidade calcada pelas idéias iluministas, mas pouco modificando os poderes do Monarca, com atuação ilimitada e irresponsável juridicamente.

O absolutismo iniciou-se com o fim do feudalismo, tomando forma mais robusta à medida que o governante concentrava poderes em suas mãos, atingindo seu pináculo na Idade Moderna, tendo ficado conhecida de todos, nesse período, a frase de Luis XIV: *L’Etat c’est moi* (“O Estado sou eu”).

Esse período histórico somente vem a ser ultrapassado por meio das revoluções européias, iniciando-se na Inglaterra com a Revolução Gloriosa de 1688, tendo, em decorrência dela, sido assinada a *Bill of Rights* em 1689, que instituiu o governo parlamentar inglês. Na França, por sua vez, o absolutismo foi afastado pela Revolução burguesa de 1789.

## 6. Liberalismo e Estado de Direito

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004b, p. 5), em seu magistério, esclarece que a “locução *Estado de Direito* foi cunhada na Alemanha: é o *Rechtsstaat*. Aparece num livro de *Welcker*, publicado em 1813, no qual se distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e *Rechtsstaat*. Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e mais tarde Stahl lhe deram a feição definitiva.

A submissão do Estado ao Direito é resultado das revoluções burguesas do sécu-

lo XVIII, surgidas em oposição ao absolutismo, para colocar os governantes sob a vontade da lei (princípio da legalidade), sendo esta produto da vontade geral do povo ou da nação, mas com o objetivo de manter o poder público na passividade, respeitando as liberdades fundamentais do indivíduo (as chamadas liberdades públicas ou liberdades negativas).

A conquista e a manutenção da liberdade do indivíduo e de seus direitos fundamentais, opostas ao poder absoluto, foram a grande bandeira do liberalismo, objetivos esses já preconizados por Locke (2002, p. 94):

“(…) quando os homens constituem sociedade abandonando a igualdade, a liberdade e o poder executivo do estado de natureza aos cuidados da comunidade para que disponha deles por meio do poder legislativo de acordo com a necessidade do bem dela mesma, fazem-no cada um com a intenção de melhor preservar a si próprio, à sua liberdade e propriedade”.

O Estado de Direito, de cunho liberal, portanto, é caracterizado, em suma, pela presença de dois elementos: a limitação do poder estatal e o respeito aos direitos fundamentais do homem<sup>1</sup>.

“Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant. Esse primeiro Estado de Direito, com seu formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia.” (BONAVIDES, 2004, p. 41).

É importante notar que, ao falarmos de Estado Liberal, estamos falando de limites

do Estado. Nessa limitação estatal, dois fenômenos ocorrem: a limitação dos *poderes* do Estado (noção de Estado de Direito); a limitação das *funções* do Estado (noção de Estado mínimo). O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções (BOBBIO, 2000a, p. 17).

Não se pode deixar de registrar, neste ponto, que das revoluções burguesas do século XVIII não nasceu a democracia, mas delas se originou, isto sim, o governo representativo, conceito mais restrito do que o de democracia, considerando que a participação popular no governo daquele período restou bastante limitada.

Vale lembrar que, até meados do século XIX, entendia-se democracia como a participação direta do povo nos destinos da nação, locução que se contrapunha ao termo “representação”. Rousseau (2002, p. 125), que não admitia a representação da vontade popular, retratou bem essa distinção em sua obra “Do Contrato Social” (1762):

“A soberania não pode ser representada, pela mesma razão por que não pode ser alienada; ela consiste, essencialmente, na vontade geral, e a vontade não pode ser representada; ela é a mesma ou é outra; não há meio termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, já que não passam de comissários; nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não ratificou em pessoa é nula; não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre; ele se engana muito, pois só o é durante a eleição dos membros do Parlamento; assim que são eleitos, o povo torna-se escravo, não é nada. No curto momento de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca.”

De volta à questão do Estado de Direito, este, em suma, é um tipo de Estado em que o exercício do poder estatal é limitado e regulado por normas jurídicas gerais. Todavia, essa definição sofre variações conforme va-

riam os tipos de Estados submetidos ao Direito.

Pela doutrina do liberalismo, a subordinação do Estado ao Direito, além dessa limitação formal, apresenta um necessário reconhecimento e a conseqüente proteção de certos valores fundamentais do homem, constitucionalmente enumerados. É o que se pode chamar doutrinariamente de *Estado de Direito forte*, pois dele fazem parte os mecanismos constitucionais de controle do poder público de modo a evitar os seus excessos e a garantir as liberdades públicas fundamentais.

No entanto, existem outros tipos de Estado cuja subordinação ao Direito sofre mitigações, sendo portanto considerados, segundo as palavras de Bobbio, Estado de Direito fraco e fraquíssimo. O *Estado de Direito em sentido fraco* é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis. E o *Estado de Direito em sentido fraquíssimo*, tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de Direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora).

Não obstante essas variações, alguns princípios do Estado de Direito podem ser destacados em sua configuração básica. Segundo o prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004b, p. 23), os três grandes princípios encontráveis num Estado submetido ao Direito são: o princípio da legalidade, o princípio da igualdade e o princípio da justiça.

O princípio da legalidade, que contém a afirmação da liberdade do indivíduo como regra geral, seria a fonte única de todas as obrigações dentro de um Estado de Direito. A lei vincula o Poder Executivo, que não pode exigir condutas que não estejam previstas em lei, submete a função do Judiciário, que não pode impor sanção sem que esta esteja definida em lei, e embasa a atuação do Legislativo, que nada pode prescrever senão por meio de uma lei.

A igualdade é princípio informador do conceito de lei no Estado de Direito, limi-

tando o Poder Legislativo, posto que suas formulações legais devem ser iguais para todos, proibindo o arbítrio, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que se desiguam.

A justicialidade, vista como princípio também, é o controle dos atos do Estado de Direito, que deve conter um procedimento contencioso para decidir os litígios, sejam estes entre as autoridades superiores do Estado, ou entre autoridades e particulares, ou, num Estado federal, entre a Federação e um Estado-membro, ou entre Estados-membros etc.

Interessante observar que, nessa análise do Estado de Direito, não há como escapar da medida da lei (mesmo que seja a Lei Maior de um Estado de Direito, que é a sua Constituição), que irradia sua presença tanto ao princípio da igualdade como também ao princípio da justicialidade. A igualdade é revelada pela vontade expressa na lei, e a justicialidade se pauta pelos critérios e regras contidos na lei.

A preponderância da lei no Estado Liberal, como meio de contenção dos poderes do Estado e como forma de garantia das liberdades negativas, levou a um culto da lei, que transmudou o Estado de Direito em mero Estado de legalidade, o que será examinado mais adiante neste estudo.

## 7. The Rule of Law e o Rechtsstaat

A expressão em Inglês *The Rule of Law*, por vezes tida como sinônima de Estado de Direito, na verdade, representa sentido ligeiramente distinto deste último.

Ela pode ser vista como antecedente direto e imediato do Estado de Direito, na doutrina inglesa, conforme observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004b, p. 11):

“Assim, no limiar da revolução de Cromwell, estava definido o *rule of law* que Dicey sintetiza em três pontos: primeiro, a ausência de poder arbitrário por parte do Governo; segundo, a

igualdade perante a lei; terceiro, as regras da Constituição são a consequência e não a fonte dos direitos individuais, pois ‘os princípios gerais da Constituição são o resultado de decisões judiciais que determinam os direitos dos particulares (*private persons*) em casos trazidos perante as cortes’. Portanto, ‘a Constituição é o resultado da lei comum da terra’ (*ordinary law of the land*)”.

Como se vê, a locução *rule of law* tem caráter mais específico do que a expressão Estado de Direito, enquanto caracterizadora da situação inglesa na relação do poder público com os seus cidadãos.

Inclusive, alguma insuficiência da dimensão da fórmula *rule of law* pode ser identificada, conforme anota com mestria Canotilho: “a necessidade de um ‘*New Bill of Rights*’ e mesmo de uma ‘*Written Constitution*’ que estabeleça vinculações jurídicas precisas à clássica e incontornável *parliamentary sovereignty*”. (CANOTILHO, 2002, p. 94).

O *Rechtsstaat*, do direito alemão, a seu turno, que pode ser traduzido por Estado de Direito, apareceu no início do século XIX, dentro do constitucionalismo alemão, tendo as seguintes características, apontadas pelo magistério de Canotilho (2002, p. 97): o Estado de Direito é um Estado liberal, limitado à defesa da ordem e segurança públicas; as questões econômicas e sociais ficaram sob o domínio dos mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência; a garantia dos direitos fundamentais decorreria do respeito de uma esfera de liberdade individual, sendo que a liberdade e a propriedade somente poderiam sofrer intervenções por parte da administração quando tal fosse permitido por uma lei aprovada pela representação popular; a limitação do Estado pelo direito teria de estender-se ao próprio soberano, estando este também submetido ao império da lei; e os poderes públicos, nas áreas de defesa e segurança públicas, deveriam atuar nos termos da lei (princípio da legalidade da ad-

ministração); e, por fim, a existência de um controle judicial da atividade da administração pública, que, no modelo alemão, poderia ser feito ou pela jurisdição ordinária ou pela justiça administrativa (tribunais administrativos).

### 8. Estado Legal

A absolutização da lei, caracterizadora do chamado Estado Legal, merece ser examinada com mais profundidade, entrando no âmago dessa doutrina, perquirindo-lhe seu sentido e significado reais dentro de uma organização política juridicamente soberana.

Não se pode esquecer que a fórmula do Estado de Direito, guardião das liberdades individuais, sofreu enorme influência da classe burguesa, em especial por conta da Revolução francesa de 1789.

“A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já se não interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”. (BONAVIDES, 2004, p. 42).

Como já foi mencionado anteriormente, o positivismo jurídico, capitaneado por Hans Kelsen, deu sua contribuição para transformar o Estado de Direito em mero Estado de legalidade ou, simplesmente, Estado Legal<sup>2</sup>.

A medida desse não consegue passar do espectro da lei. Se existe um Direito superi-

or, não revelado na lei, ele não vincula o Estado. Não se cogita se a lei é justa ou injusta, basta que tenha sido elaborada e aprovada pelos canais formais legislativos estatais, para estar apta a produzir os seus efeitos. E o mesmo conceito se aplicaria à Constituição do Estado, a Lei Máxima, destituída de que qualquer valor ideológico, segundo a doutrina científica e “antiideológica” kelseniana.

Na França, onde construiu-se uma pirâmide jurídica, tendo no seu cume a Declaração de Direitos de 1789, em resposta ao *Ancien Régime*, paradoxalmente, afirmou-se o primado da lei com base na doutrina da soberania nacional expressa pela assembleia legislativa. Erigiu-se, na prática, portanto, o *L'État légal*. Conseqüentemente, “a supremacia da Constituição foi neutralizada pela primazia da lei. (...) Não sem razão, se fala do constitucionalismo francês como um *constitucionalismo sem Constituição*”. (CANOTILHO, 2002, p. 96).

Nesse tipo de Estado, o Estado da lei, todos estão submetidos à norma jurídica, inclusive aqueles que a fazem e também o governante. A lei é colocada como ponto central do Estado.

A doutrina e a jurisprudência ocupam papel meramente coadjuvante com relação à lei. Com esta devem se conformar. Há, portanto, uma sobrevalorização do princípio da legalidade, sendo este o super protetor das liberdades individuais, levando a uma superlegalidade do Estado, com uma redução do Direito à lei.

Nesse quadro, conforme arguta observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004b, p. 45), “não há, portanto, Estado Legal injusto. Todo Estado é um Estado de Direito, nesse sentido. Em face dessa concepção positivista do Direito, o Estado não encontra limites jurídicos anteriores à Constituição”.

A máxima valorização do princípio da legalidade, verdadeira panacéia jurídica, remanesce até os nossos dias, fazendo muitos crerem que a solução para todos os ma-

les da sociedade está na elaboração e aprovação de uma lei.

Esse fenômeno foi muito bem abordado pelo professor Sérgio Resende de Barros (2003, p. 14), que o chama de hipernormação ou penalose (inflação legislativa penal punitiva).

“Assim, ao exacerbar o direito para combater a corrupção, o estatuto da contratação administrativa brasileira contaminou-se de penalose em duplo sentido: aliando a tipificação penal, ora ao excesso, ora à deficiência de legislação. Mas, o que é a penalose? É uma doença jurídica. Consiste em transformar tudo em infrações penais para aterrorizar todos com punições penais. Indigna do Estado de Direito, é uma afecção do direito penal manifestada por normas penalóides, nas quais a tipificação criminal visa ao fim-mor de inculcar o terror geral.”

Poderíamos acrescentar que a inflação de produção legislativa, em particular no Brasil, é agravada pelo furor legislativo das medidas provisórias, que constantemente trancam a pauta do Poder Legislativo e, não raro, surpreendem o cidadão com normas de origem atípica, pois feitas pelo Executivo, que tiram toda a previsibilidade jurídica que o direito deveria apresentar e tornam letra morta o adágio: “a ninguém é dado desconhecer o direito”. É a verdadeira desmoralização das leis e do legislador. O excesso de leis e medidas provisórias está matando o direito.

O grande questionamento que pode e deve ser feito com relação ao Estado Legal diz respeito à legitimidade da lei, ou à ausência dela na produção normativa. Ao contrário de Kelsen, que nega que algum tipo de valor de justiça seja componente do conceito de Direito, a sociedade reclamou uma renovação do Estado de Direito, exigindo que a lei seja necessariamente expressão da justiça.

E os mecanismos para essa aferição devem ser feitos *previamente*, para que a lei vei-

cule um valor de Justiça postulado pela sociedade, e *a posteriori*, por meio de um órgão, o Judiciário, que estaria à disposição da sociedade para rever aquelas normas jurídicas que porventura não retratem essa expressão de justiça ou, mais grave, sejam a expressão da própria injustiça.

## 9. Estado Social

O princípio de igualdade do Estado de legalidade não passava de um mero formalismo jurídico, que não alterava em nada a situação dos destinatários da lei. Ao contrário, a lei produzida nesse quadro político colhia e mantinha os cidadãos no estado em que se encontravam. A única garantia proporcionada por esse tipo de direito, como se sabe, era de uma liberdade negativa, uma abstenção do poder público.

O elemento faltante, que deveria ir para além da igualdade jurídica, formal, do Estado Liberal era o encontro com o igualitarismo democrático, a conquista de um ideal de equalização econômica e de oportunidades.

Essa estrutura política sofreu uma tentativa de alteração, bastante forte, por meio do que se chama de Estado Social. Este “representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal”. (BONAVIDES, 2004, p. 184).

Não se pode confundir aqui o Estado Social com o socialismo. Este é uma doutrina que visa combater o capitalismo selvagem, mudando radicalmente o eixo político do Estado, para resolver a questão social, procurando afastar o uso exacerbado da propriedade privada, propondo que esta seja melhor distribuída de forma impositiva. Aquele, o Estado Social, como ensina Bonavides (2004, p. 184),

“conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. Daí compadecer-se o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importa modificações fundamentais de certos

postulados econômicos e sociais. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram 'Estados Sociais'. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente, e o Brasil, desde a revolução de 1930 ”.

Fenômeno paralelo ao avanço das liberdades públicas, alavancadas e garantidas pelo liberalismo foi a degradação dos aspectos econômicos e sociais daquela época. A liberdade experimentada pelo indivíduo no Estado abstencionista provocou um intenso e grave quadro de desigualdades sociais, especialmente pesado para a classe trabalhadora, impotente perante o poder econômico da classe dominante burguesa. Dessa situação de penúria e miséria do proletariado e de outros seguimentos sociais desfavorecidos e marginalizados, dentro do Estado mínimo, surge o questionamento do papel do Estado: é a incontornável “Questão Social”.

A pressão da sociedade que exigia solução para essa questão fez surgir o denominado Estado Social. Evidente que o aparecimento deste não ocorreu de maneira tão simplista. Outros fatores concorreram para que isso ocorresse. Nesse sentido, pode-se mencionar: a luta de classes, perpetrada por ativistas revolucionários; a desestabilização das instituições públicas; a ascensão de trabalhadores a certos direitos políticos, especialmente ao voto e elegibilidade, com uma tendência à universalização do sufrágio.

O Estado de Direito inicia, então, seu processo histórico de mudanças fundamentais, numa evolução a justificar, portanto, o novo rótulo que passaria a receber de “Estado Social”.

A preocupação do Estado, agora, passa a ser a conquista dos direitos econômicos e sociais. Nessa esteira, alguns documentos políticos da era moderna se destacam nesse escopo.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004a, p. 45) chama a atenção para o que ele entende ter sido “o principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos econômicos e sociais: a Constituição francesa de 1848”. Esta Lei Fundamental da França continha capítulo em que reconhecia os direitos e deveres anteriores e superiores às leis positivas, atribuindo à República a tarefa de proteger o cidadão na sua pessoa, sua família, sua propriedade, seu trabalho e pôr ao alcance de cada um a instrução indispensável a todos os homens. Além disso, por uma assistência fraternal, assegurar a existência dos cidadãos necessitados, seja procurando-lhes trabalho nos limites de seus recursos, seja dando, à falta de trabalho, socorro àqueles que estão sem condições de trabalhar. E no artigo 13, a referida Constituição estabelece que o Estado providenciará “trabalhos públicos para empregar os braços desocupados”.

Observa-se, assim, uma mudança profunda na função do Estado liberal para o social. Do abstencionismo, passa-se para a intervenção pública em prol do social, visando a extirpar desigualdades no seio da sociedade e oferecer oportunidades para uma igualação daqueles que se encontram em condições desfavoráveis, reconhecendo que a própria sociedade não teria condições de assumir esse papel.

Bonavides (2004, p. 188) pontua que “o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise”.

Esse fenômeno não poderia passar despercebido pelo Direito, até porque, indo mais além, é também por meio do Direito – mas não só por ele – que tais transformações podem ser implementadas. Justifica-se, por isso, a inclusão desses novos direitos e funções do Estado em seus documentos políticos.

Além da já mencionada Constituição francesa de 1848, outras duas Cartas Políticas ficaram conhecidas por esse pioneirismo em prol do social: a Constituição mexicana de 1917, que anteciparia determinados direitos sociais; e, em especial, a Constituição alemã de *Weimar (1919)*, que instituiria um novo parâmetro para o Estado, marcado pelo espírito social, introduzindo importantes elementos para o avanço de direitos relativos à educação, propriedade, trabalho, previdência social etc.

O Estado Social caracteriza-se pela afirmação dos direitos econômicos da sociedade e pela realização dos objetivos da justiça social, que seria rotulado de *Welfare State*.

“O Estado passou, graças a uma intervenção crescente na ordem econômica e social, a perseguir uma mais justa distribuição dos bens de tal sorte que a todos fossem facilitados recursos mínimos para a fruição dos direitos fundamentais clássicos. Isto, contudo, não foi possível senão por meio da imposição de regulamentações e de novas obrigações ao cidadão (...)”. (BASTOS, 2001, p. 181).

Não obstante tais objetivos realizadores da justiça desse tipo de Estado, o mesmo não ficou e não está infenso a críticas, principalmente em face dos resultados alcançados, considerados insuficientes diante dos enormes problemas que persistem no seio social.

José Afonso da Silva (1998, p. 65, grifo nosso) anota que seria

“insuficiente a concepção do Estado Social de direito, ainda, que como Estado Material de Direito, revele um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana. Sua ambigüidade, porém, é manifesta. Primeiro, porque a *palavra social está sujeita a várias interpretações*. (...) Em segundo lugar, o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. Tal-

vez até por isso se possa dar razão a *Forsthoff* quando exprime a idéia de que Estado de Direito e Estado Social não podem fundir-se no plano constitucional. O próprio Elias Díaz, que reconhece a importância histórica do Estado Social de Direito, não deixa de lembrar a suspeita quanto a ‘saber *se até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrindo uma forma mais matizada e sutil de ditadura do grande capital*, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo’”.

Se as revoluções liberais maximizaram os direitos individuais e supervalorizaram a liberdade pessoal, o Estado Social, por sua corrente moderada,<sup>3</sup> tenta conviver com o capitalismo, de forma domesticada, e introduzindo elementos do socialismo, particularmente procurando uma mais justa distribuição de riquezas e socorrendo os mais necessitados, o que, evidentemente, teria que redundar numa restrição aos direitos fundamentais do indivíduo, numa concepção bastante inovadora a ser adotada por um diferente tipo de Estado.

Interessante notar que, na seara do Direito, propriamente falando, poderíamos afirmar que a primeira leva dos assim chamados direitos humanos, trazida pelos ventos do liberalismo, de caráter negativo, teria surgido do combate dos liberais ao absolutismo. A segunda corrente de direitos humanos, de cunho social, surge em consequência da crítica originada por força do socialismo ao liberalismo.

Em outro giro verbal, a segunda geração de direitos surgiu para implementar a primeira geração, ou seja, para dar condições ao indivíduo de exercer sua verdadeira liberdade, reconhecendo que a igualdade formal apregoada pelos liberais jamais se concretizaria pela mão do Estado neutro, não intervencionista, necessitando da força do Estado Social para trazer ao mesmo nível os desvalidos e faltos de oportunidade daqueles que se encontravam e se encontram em

situação privilegiada, realizando a igualdade material.

Não se pode negar que o passo dado em direção ao Estado social, na verdade, foi um pulo gigantesco para a evolução da sociedade. Entretanto, o caminho apenas se iniciou. A fragilidade desse tipo de Estado é desnudada quando a manifestação do seu aspecto social não passa de mero paternalismo e este se encontra imiscuído em uma estrutura política concentradora de poder, autocrática, ou mesmo carecedora de legitimidade popular.

Esse, afirmamos, é – ou pode ser – o ponto fraco do Estado Social. Tendo em vista que ele se coaduna – ou se permite coadunar – com regimes políticos ilegítimos, antagônicos até aos objetivos fundamentais daquele, permitindo a introdução de comandos de poder de cunho totalitário ou despótico, resta fraturada a estrutura nuclear do Estado Social, o que anularia o seu escopo de justiça social.

A estrutura política do Estado de Direito deve assentar-se, defendemos, sobre um trinômio composto por aspectos do liberalismo (controle da autoridade e manutenção dos direitos fundamentais do homem), do socialismo (busca da igualdade material e da justiça social) e da *soberania popular* (elemento democrático do poder). O Estado Social, por si só, não restaria suficiente para atender este último fundamento da estrutura política de um Estado. A ausência de um desses componentes do trinômio referido causaria, mais cedo ou mais tarde, a ruína do ser estatal.

Em razão disso, devemos avançar mais na composição do conceito do Estado de Direito, agregando-lhe outro indispensável elemento, dando o suporte necessário à sua anatomia, denominando-o, assim, Estado Democrático de Direito, conceito-chave que será a seguir examinado.

### 10. O Estado Democrático de Direito

Óbvio dizer que o elemento objeto de exame nesta parte de nosso estudo será o adje-

tivo “democrático” do Estado de Direito, uma vez que ele faz toda a diferença na análise do conceito em questão.

Na tentativa de explicar o conceito de Estado Democrático de Direito, variados aspectos são elencados pelos cientistas políticos e juristas, considerados por eles como necessários para a sua definição.

Loewenstein (1976, p. 149), por exemplo, afirma que

*“la clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder”.*

No entendimento de Loewenstein (1976, p. 152), o aspecto principal do Estado Democrático Constitucional residiria na distribuição e nos mecanismos institucionais de controle do poder político, fazendo com que este seja efetivamente submetido aos seus destinatários, ou seja, ao povo. Mais à frente em sua primorosa obra, “Teoria da Constituição”, Loewenstein destaca a importância da Constituição na formulação e formalização da ordem fundamental da sociedade estatal, com um indispensável aspecto material em seu elemento fundamental para alcançar-se o controle do poder.

No entanto, embora seja um elemento importante e indispensável do Estado Democrático de Direito, o controle do poder político nos parece ser insuficiente para caracterizar todo o significado desse conceito. Isso porque ele deixaria em aberto alguns flancos em sua estrutura política e na finalidade desta, especialmente quanto à necessária legitimidade desse mesmo poder, o interesse público que deve movê-lo e a promoção da justiça social.

Uma definição de Estado Democrático de Direito é apresentada, por outro lado, como sendo “a exigência de reger-se por

normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”. (MORAES, 2000, p. 43).

Essa aproximação do conceito em tela pecaria por restringir o elemento democrático à limitação do poder estatal e a democracia ao instituto da representação política. Esta, em virtude de seus inúmeros defeitos, não pode fundamentar o Estado Democrático de Direito, pelo menos não como ele deveria ser, já que o princípio democrático não se reduz a um método de escolha dos governantes pelos governados.

Mesmo que se considere que a universalização do sufrágio, em tese, realizaria a integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, conforme afirma Alexandre de Moraes (2000, p. 44), essa participação, embora generalizada em certo grau – o que esconderia, diga-se, as restrições existentes ao direito de voto –, ficaria limitada à mera escolha dos governantes.

Acrescente-se que o próprio professor supracitado aponta a crise do sistema representativo, que tem resultado no distanciamento entre a vontade do representante e do representado. “O problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar. Entre outras importantes causas, poder-se-iam apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e representados: *o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com o seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento*”. (MORAES, 2000, p. 47).

O Estado Democrático envolve necessariamente – deve apresentá-los em seu significado – aspectos outros para a sua compreensão, sendo o principal deles a *soberania popular*. Conforme expõe José Afonso da Silva (1988, p. 66), o Estado Democrático

“se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”.

Assim, a substância da soberania popular deve ser representada pela autêntica, efetiva e legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, em todos os aspectos, funções e variantes do poder estatal.

A célebre e irreparável fórmula de Abraham Lincoln, quanto à essência da democracia, “governo do povo, pelo povo e para o povo”, é considerada ainda hoje a melhor síntese do princípio democrático. Decompondo essa fórmula, deve-se entender os seus elementos da seguinte maneira. “Governo do povo” é o sujeito da democracia, o seu fundamento; o “governo pelo povo” diz respeito ao exercício do poder democratizado, revelador do seu correto funcionamento; e “governo para o povo” será a finalidade do poder democrático, o atingimento do bem comum.

O governo democrático tem por fundamento, portanto, o binômio liberdade política e igualdade política.

O princípio da soberania popular comporta, segundo o brilhante magistério de J.J. Canotilho (2002, p. 292), que merece ser reproduzido, cinco dimensões, historicamente sedimentadas. Seriam elas: (1) *o domínio político* não é pressuposto e aceite, carece de justificação, necessita de legitimação; (2) a *legitimação* do domínio político só pode derivar do próprio povo e não de qualquer outra instância “fora” do povo real (ordem divina, ordem natural, ordem hereditária, ordem democrática); (3) *o povo* é, ele mesmo, o titular da soberania ou do poder, o que significa: (i) de forma *negativa*, o poder do povo distingue-se de outras formas de domínio “não populares” (monarca, classe, casta); (ii) de forma *positiva*, a necessidade

de uma legitimação democrática efetiva para o exercício do poder, pois o povo é o titular e o ponto de referência dessa mesma legitimação – ela vem do povo e a este se deve reconduzir; (4) a *soberania popular* – o povo, a vontade do povo e a formação da vontade política do povo – existe, é eficaz e vinculativa no âmbito de uma ordem constitucional *materialmente* informada pelos princípios da liberdade política, da igualdade dos cidadãos, de organização plural de interesses politicamente relevantes e *procedimentalmente* dotada de instrumentos garantidores da operacionalidade prática deste princípio; (5) a *constituição*, material, formal e procedimentalmente legitimada, fornece o plano da construção organizatória da democracia, pois é ela que determina os pressupostos e os procedimentos segundo os quais “as decisões” e as “manifestações” de vontade do povo são jurídica e politicamente relevantes.

Todas essas dimensões da soberania popular são vias de manifestação da mesma e viabilizadoras do princípio democrático do Estado Democrático de Direito. O princípio democrático deve ser, assim, o formador do Estado e da própria sociedade.

Resta, então, examinar os instrumentos e mecanismos pelos quais o Estado Democrático de Direito se fortalece ou pode se fortalecer, viabilizando e promovendo a participação popular.

Necessária a renovação, portanto, do instituto da representação política, para que este deixe de ser um instrumento das elites dominantes. A modificação desse quadro passa pela revisão da estrutura e do papel dos partidos políticos, hoje considerados no Brasil mera legendas de aluguel. Os programas partidários são demasiadamente amplos e praticamente indefinidos, pois na verdade tentam incluir a maior parcela possível de simpatizantes e não desejam ofender certos grupos sociais, para não perder os respectivos votos.

“Os programas partidários contentam-se com afirmações doutrinárias, postas em

termos sonoros. Traduzem quando muito conotações ideológicas que, quanto mais vagas forem, maior possibilidade terão de, sem desagradar a parcelas consideráveis do povo, agradar e seduzir o maior número. Fogem sempre dos problemas reais, salvo quando os podem colocar de forma demagógica para excitar os piores instintos das massas”. (FERREIRA FILHO, 1972, p. 15).

Outra questão que deve ser enfrentada e que denigre a imagem dos partidos é a fidelidade partidária. Se não tivermos uma obrigatoriedade de o representante do povo permanecer no partido a que se encontra filiado, vinculado às suas idéias e projetos, continuaremos com essa pseudo representação, persistirão os freqüentes casos de traição do voto popular e o leilão das legendas partidárias, tão deletérias para a democracia representativa.

A democracia representativa, conforme defende Bobbio (2002b, p. 386), deve exigir visibilidade do poder, com publicidade das sessões do parlamento, com a formação de uma opinião pública mediante o exercício da liberdade de imprensa, com a solicitação dirigida aos líderes políticos que façam suas declarações através dos meios de comunicação de massa.

A enumeração dos defeitos da representação, de conhecimento de todos, seria infundável e, portanto, por não ser esse o objetivo deste trabalho, cessa aqui. Reputamos mais importante apontar os mecanismos que viabilizariam a efetiva participação popular nos comandos e decisões políticas. A democracia exige essa participação real do povo.

Consideramos necessário, no caso do Estado brasileiro, estimular os mecanismos de participação popular, previstos na Constituição Federal, em seu artigo 14, que são meios de exercício da soberania popular: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

Muitos temem submeter ao povo certas decisões políticas, acreditam que a sociedade não teria condições de avaliar determinados assuntos. Esse entendimento não passa de desculpa das elites dominantes

para subtrair do verdadeiro detentor do poder as decisões que lhe interessam. Deve ser incentivado o movimento que postula o exercício desses instrumentos de participação popular. Não importa que erros ocorram nesse exercício. A correção deles sempre será possível, e além disso será o próprio povo que colherá as conseqüências de suas decisões.

Acrescentamos que seria interessante, também, pensar a respeito da possibilidade de trazer para o Brasil, tirados da experiência de outros países, novos institutos da democracia direta ou semidireta, a exemplo do *recall*, direito norte-americano, que prevê a possibilidade de os eleitores interromperem o mandato de seus representantes no Legislativo, antes do prazo normal, caso os mesmos não estejam correspondendo aos anseios do povo.

A regulamentação dos grupos de pressão também deve ser encarada, para possibilitar uma democratização da ação desses seguimentos sociais sobre o processo político, diminuindo a atuação das elites econômicas sobre as decisões políticas do Estado e permitindo que grupos verdadeiramente populares possam também defender seus interesses.

A democratização do processo de decisões políticas, num Estado Democrático de Direito, também deve se estender ao Poder Judiciário, muitas vezes esquecido nesse processo, permitindo uma melhor visualização de sua estrutura e modos de decisão. Fala-se que o controle de constitucionalidade difuso seria mais democrático do que o controle concentrado, em razão de que desconcentraria essa decisão tão relevante para a sociedade.

Necessário dizer que o Estado Democrático de Direito somente se realiza quando se constata que ele propicia uma real proteção e garantia efetiva dos direitos humanos em seu seio. Há autores, inclusive, que defendem que o Estado atual deve ser denominado de Estado Democrático de Direitos Humanos<sup>4</sup>.

Em resumo, o Estado Democrático de Direito deve realizar a institucionalização do poder popular, num processo de convivência social pacífico, numa sociedade li-

vre, justa e solidária e fundada na dignidade da pessoa humana.

## 11. Conclusão

Como se percebe, chegar a uma definição do que seja o Estado Democrático de Direito significaria tentar colocar todos aqueles aspectos dentro do seu conceito, sob pena de não o fazendo termos um conceito incompleto.

Além disso, certos elementos desse conceito são tão indeterminados e tão mutáveis – temporal e espacialmente – que uma definição apresentada num dado momento estaria desatualizada no momento seguinte, ou uma definição válida para um tipo de Estado não valeria para outro.

Por essa razão, o mais aconselhável não é buscar definir aqui o conceito de Estado Democrático de Direito, mas retomar e re apresentar os valores e princípios que o envolvem ou com ele estão relacionados, para que sua compreensão seja a mais fiel possível. Assim teríamos:

(1) Um Estado Democrático de Direito tem o seu fundamento na soberania popular;

(2) A necessidade de providenciar mecanismos de apuração e de efetivação da vontade do povo nas decisões políticas fundamentais do Estado, conciliando uma democracia representativa, pluralista e livre, com uma democracia participativa efetiva;

(3) É também um Estado Constitucional, ou seja, dotado de uma constituição material legítima, rígida, emanada da vontade do povo, dotada de supremacia e que vincule todos os poderes e os atos dela provenientes;

(4) A existência de um órgão guardião da Constituição e dos valores fundamentais da sociedade, que tenha atuação livre e desimpedida, constitucionalmente garantida;

(5) A existência de um sistema de garantia dos direitos humanos, em todas as suas expressões;

(6) Realização da democracia – além da política – social, econômica e cultural, com a conseqüente promoção da justiça social;

(7) Observância do princípio da igualdade;

(8) A existência de órgãos judiciais, livres e independentes, para a solução dos conflitos entre a sociedade, entre os indivíduos e destes com o Estado;

(9) A observância do princípio da legalidade, sendo a lei formada pela legítima vontade popular e informada pelos princípios da justiça;

(10) A observância do princípio da segurança jurídica, controlando-se os excessos de produção normativa, propiciando, assim, a previsibilidade jurídica.

### Notas

<sup>1</sup> José Afonso da Silva (1998, p. 62) alinha três características do que ele chama de Estado Liberal de Direito: submissão ao império da lei; divisão de poderes; e enunciado dos direitos e garantias fundamentais.

<sup>2</sup> Há autores que fazem referência a essa espécie de Estado chamando-o de Estado Legislativo.

<sup>3</sup> Entenda-se corrente moderada aquela doutrina social que procurou domesticar o capitalismo selvagem, mas mantendo vivos os direitos fundamentais do homem, especialmente o da propriedade particular, enquanto a corrente radical socialista, capitaneada pela doutrina marxista, que produziu os Estados socialistas, como a União soviética, China e Cuba, pregava a eliminação do capitalismo ocidental e, em especial, da propriedade privada.

<sup>4</sup> Vide nesse sentido a lição de Alberto Nogueira (2003, p. 231) em referência a Louis Favoreu, que relata que na França houve o acolhimento das disposições da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com força de norma constitucional.

### Referências

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *Liberdade e contrato: a crise da licitação*. 2. ed. Piracicaba: UNIMEP, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 5. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Atena, [19--?].

BOBBIO, Norberto; MORRA, Nello (Coord.). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000a.

\_\_\_\_\_.; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000b.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado sócila*. 7. ed. São Paulo; Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A democracia possível*. São Paulo: Saraiva, 1972.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004a.

\_\_\_\_\_. *Estado de direito e constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004b.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel, 1976. (Coleccion Demos).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. São Paulo: Edipro, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

NOGUEIRA, Alberto. *Direito constitucional das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípios de direito político*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, v. 30, dez. 1988.