

A fórmula *Estado social e democrático de Direito* na Constituição da Espanha, no século XXI

Jeferson Schneider*

O presente trabalho tenta desvelar uma interpretação adequada para o século XXI da formulação política *Estado social e democrático de Direito*, inscrita no artigo 1.1 da Constituição da Espanha de 1978¹. Entre as múltiplas possibilidades de organizar-se política e juridicamente, o povo espanhol, por meio de referendo popular, fundou uma organização que tem por elemento essencial o ser Estado, não qualquer estado, mas um *Estado de Direito*, acrescido dos adjetivos *social e democrático*. O princípio mencionado é o coração da Constituição. Uma reforma de qualquer um de seus elementos importaria em uma profunda alteração de toda a Constituição. Não seria mais o mesmo Estado, mas outro.

É do coração da Constituição que emana toda a orientação política e jurídica da organização estatal nos mais diversos níveis. A fórmula político-jurídica não só configura e ordena o Estado, mas a própria sociedade civil. Assim como do pulsar do coração o sangue irriga todos os membros do corpo, levando nutrientes e mantendo vivas todas as células, também o princípio constitutivo da Espanha é a fonte da qual brota a vida e a forma de *ser* e de *dever-ser* do Estado e da sociedade civil. Morto o princípio, ferido de morte estará o Estado. Exatamente por esta razão, por sua transcendência e vital importância na vida do Estado e da sociedade espanhola, é que centramos toda a nossa atenção no estudo e reflexão da fórmula política do *Estado social e democrático de Direito* olhando para o futuro.

Interpretação da Constituição a partir da Constituição

O conteúdo normativo da fórmula político-jurídica do *Estado social e democrático de Direito* so-

mente pode ser cotejado por meio da interpretação. O texto legal é o objeto e a norma o produto final da interpretação². A ciência do Direito já se ocupou a definir vários métodos para levar a cabo a interpretação de um texto legal, começando pelos métodos dogmáticos elaborados pela Escola da Exegese e Escola Histórica na Alemanha (Savigny)³, para as quais o intérprete somente utilizava sua capacidade intelectual⁴. Savigny distinguiu quatro métodos básicos de interpretação, isto é, gramatical, lógico, histórico e sistemático⁵. Em pouco tempo, o método cognitivo mostrou-se insuficiente, sofrendo críticas das teorias da instituição (Hauriou⁶ e Santi Romano⁷), sociológicas (Erlich)⁸, e, na atualidade, da argumentação em suas diversas versões (Perelman⁹, Aarnio¹⁰, Alexy¹¹)¹².

O que parece certo é que, com o passar do tempo, muitos mitos presentes na análise da interpretação caíram por terra, assim como houve um crescen-

² Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos, 1984, p. 254.

³ Cf. M.F.C. Savigny. *Sistema del Derecho Romano actual*. Madrid: Centro Editorial Góngora, s. d.

⁴ Maria Luiza Balaguer Callejón. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Tecnos: Madrid, 1997, p. 86.

⁵ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos..., op. cit.*, p. 259.

⁶ Cf. Maurice Hauriou. *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

⁷ Cf. Santi Romano. *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1963.

⁸ Cf. Maria Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación..., op. cit.*, p. 87-89.

⁹ Cf. Chaim Perelman. *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*. Trad. Julia Sevilla Muñoz. 1ª ed. Madrid: Gredos, 2000.

¹⁰ Cf. Aulis Aarnio. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

¹¹ Cf. Robert Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

¹² Cf. Maria Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación..., op. cit.*, p. 98-103.

* Juiz Federal titular da 2ª Vara do Estado do Mato Grosso.

¹ *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.* (Art. 1.1 da Constituição da Espanha de 1978)

te reconhecimento da importância da participação do intérprete no processo interpretativo. O Direito não paira mais sobre a sociedade de forma abstrata e eterna, mas é seu produto, sofrendo todos os reflexos de sua historicidade. O Direito não está reduzido ao ordenamento jurídico, que, por sua própria natureza, é incompleto, possui vácuos legislativos, às vezes é contraditório, não tem vontade própria, vale dizer, não são mais plausíveis as teses da existência de vontade da lei ou do legislador, da racionalidade e coerência das leis e do ordenamento jurídico. As expressões da lei são ambíguas, elásticas ou simplesmente não podem ser compreendidas, o que impossibilita o simples uso de raciocínios lógico-formais, como o da mera subsunção da lei ao caso concreto. A exclusiva atividade intelectual, sustentada pelas teorias dogmáticas, capaz e suficiente de descobrir ou revelar a única interpretação correta, não é confirmada pela inescapável presença de uma atividade voluntária do intérprete na escolha de uma entre as várias interpretações possíveis. Assim, interpretar, ademais de ser um ato intelectual, também é um ato de vontade.

A simples definição dos métodos de interpretação da dogmática, gramatical, lógico, histórico e sistemático, não resolveu o difícil problema da atividade interpretativa, isto porque ainda não foi identificado um caminho seguro a ser trilhado pelo intérprete, pois não há uma ordem de precedência ou relevância entre os vários métodos. O que de fato ocorre é a utilização conjunta de todos eles (Savigny), sem uma ordem de precedência ou relevância rigorosa, para, ao final, uma vez comparados e relacionados os resultados da interpretação realizada pelos diversos métodos, escolher aquela interpretação possuidora dos melhores argumentos jurídicos.

O legislador ordinário, no intento de resolver esta intrincada questão, definiu no art. 3.1 do Código Civil, em sua modificação de 1974, uma ordem de precedência entre os diversos métodos interpretativos, ao dizer que “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad del precepto*”. Como vemos, embora o legislador tenha estabelecido uma ordem definida de precedência entre os diversos métodos interpretativos, nada fora dito sobre o peso ou o grau de relevância de cada um dos métodos na ativi-

dade interpretativa, não estando, assim, garantido um resultado único.

Da mesma forma que a questão da interpretação, em que pese o art. 3.1 do Código Civil, não está resolvida para a legislação ordinária, o mesmo vale para a interpretação da Constituição, norma fundamental do ordenamento jurídico, da qual todas as demais normas recolhem seu fundamento de validade e legitimidade, ademais do Código Civil, norma infraconstitucional, não poder servir de ponto de partida, pena de submissão da Constituição ao Código.

O motivo pelo qual o Código Civil não pode ser utilizado como ponto de partida para a interpretação do art. 1.1 da Constituição é simples. A norma constitucional não pode estar sujeita a uma norma infraconstitucional, em razão de sua hierarquia e força normativa. Para evitar o inconveniente, alguns autores, como Pablo Lucas Verdú e Miguel Ferreiro de Miñón, atribuíram ao art. 3.1 do Código Civil a natureza de norma materialmente constitucional¹³. O argumento é insustentável, porque, ainda que assim fosse, a reforma do Código Civil não obedece ao rigoroso procedimento de reforma das normas constitucionais, o que permitiria ao legislador ordinário alterar o conteúdo do art. 3.1 e, possivelmente, modificar o resultado da interpretação do art. 1.1 da Constituição.

Como consequência lógica da natureza fundamental e normativa da Constituição, o ponto de partida da interpretação *da* Constituição deve ocorrer *a partir da* própria Constituição. Assim, o conteúdo da fórmula político-jurídica do *Estado social e democrático de Direito* deverá ser encontrado dentro da própria Constituição, a partir dos diversos conceitos fundamentais contidos no corpo de seu texto, especialmente os valores superiores — superada a tese procedimental da Constituição —, os quais, por sua vez, concretizam-se nos princípios e direitos constitucionais.

A interpretação da Constituição deve ser analisada sob dois enfoques, isto é, devemos partir da distinção entre interpretação *da* Constituição e inter-

¹³Cf. Maria José Falcón y Tella et al. Constitución Española de 1978 y Estado social y democrático de Derecho. In: *El Estado de Derecho en la España de hoy; Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Actas, 1996, p. 169-171.

pretação *a partir da* Constituição¹⁴. Na interpretação *da* Constituição, o objeto de interpretação é a própria Constituição. Na interpretação *a partir da* Constituição, o objeto de interpretação é as leis infraconstitucionais, à luz da Constituição.

É o próprio art. 1.1 da Constituição que trata de imputar um maior grau de concretude à formulação do *Estado social e democrático de Direito*, ao dizer que este mesmo Estado “*propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”. Se o Estado social e democrático de Direito é o coração, os valores superiores são o sangue. O Estado toma forma e se realiza por meio dos valores superiores. A Constituição, ao positivar os valores superiores, define, normativamente, o ponto de partida e de chegada do Direito¹⁵, enquanto o ordenamento jurídico, impositivamente, determina uma referência suprema ao Direito e “*incorpora una propuesta de Derecho justo al Derecho positivo*”¹⁶.

Os valores incorporados à Constituição reclamam efetividade na interpretação da própria Constituição e do desenvolvimento do ordenamento jurídico, razão pela qual os valores superiores devem ser critérios de interpretação¹⁷. A interpretação da fórmula político-jurídica do Estado social e democrático de Direito deve, obrigatoriamente, sem qualquer outra possibilidade, passar pelos valores superiores consignados no próprio texto constitucional.

Reconhecer a Constituição e seus conceitos fundamentais como ponto de partida de interpretação *da* Constituição, embora seja um grande passo, não é tudo. O conteúdo dos conceitos fundamentais encontrados ao longo do texto constitucional é estabelecido livremente pelo homem por meio de convenções, ou seja, seu conteúdo é definido por meio de acordos entre os interlocutores. Isto significa que os conceitos

integrantes de nosso estudo, o *Estado*, o *social*, o *democrático* e o *Direito*, bem como os valores superiores do ordenamento jurídico, *liberdade, justiça, igualdad e pluralismo político*, não possuem um núcleo central ou uma essência congênita (tese essencialista), mas convencional¹⁸.

Embora os conceitos não possuam um conteúdo exato, dado de antemão, prévio ao texto constitucional, seu conteúdo aflora no curso da reflexão racional na história, dentro de seu contexto rotineiro de uso e costume, sofrendo, assim, alteração de seu conteúdo convencional ao longo do tempo. A origem convencional do conteúdo dos conceitos traz um alto grau de dificuldade no labor interpretativo. A título de exemplo, todos os conceitos integrantes da formulação *Estado social e democrático de Direito*, nos mais diversos graus, sofrem de indeterminação e possuem zonas cinzentas nas quais, muitas vezes, não é possível saber se ainda estamos dentro ou se já saímos do conceito¹⁹. Entretanto, essa inafastável dificuldade não invalida o esforço intelectual no desafio de identificar algumas características desses conceitos, as quais, cautelosamente, poderíamos chamar de “essenciais”, pena de desvirtuarmos esses conceitos, desde que não olvidemos a sua verdadeira natureza convencional.

Uma consequência lógica da natureza convencional dos conceitos fundamentais é a de que a interpretação importa em um ato de imputação ou de atribuição de um sentido²⁰ entre os vários possíveis, e não de um simples descobrir ou revelar do único e verdadeiro sentido. Assim, de antemão, já sabemos que os conceitos integrantes da fórmula possuem um conteúdo sedimentado por convenções, com um grau não desprezível de indeterminação.

Diante desta característica, o operador do Direito assume uma enorme responsabilidade no procedi-

¹⁴Cf. Maria Luisa Balaguer Callejón. *Interpretación...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵Gregorio Peces-Barba Martínez. Los valores superiores. In: *Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1988, p. 37.

¹⁶Gregorio Peces-Barba Martínez. *Los valores superiores...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁷Gregorio Peces-Barba Martínez. *Los valores superiores...*, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 255-256.

¹⁹Cf. Alessandro Baratta, El Estado de Derecho: Historia del concepto y problemática actual. *Sistema*, Madrid, nº 17-18, p. 11, nota 1, Abril, 1977; Marisa Iglesias Vila. Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional. In: Francisco J. Laporta (Ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 255.

²⁰Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 271.

mento interpretativo, pois a interpretação passa a ser um procedimento no qual encontram-se mescladas a racionalidade e a vontade do intérprete. Segundo Gregorio Peces-Barba “*La voluntad razonable de la interpretación supone la incorporación a la decisión de elementos éticos y políticos, de influencia de la personalidad, de la formación y de los intereses de los grupos (partidos políticos en el supuesto de la interpretación legislativa), y de los operadores jurídicos habilitados por la norma, en el caso de la interpretación*”²¹.

Este espaço livre da *vontade razoável*, isto é, da liberdade para escolher uma entre as diversas possibilidades de interpretação do texto constitucional, deve estar impregnado de *vontade constitucional* (Konrad Hesse)²². O intérprete deve comprometer-se com a máxima efetividade da Constituição, escolhendo entre as interpretações possíveis aquela que proporcionará a maior efetividade à Constituição.

Uma necessária decomposição da fórmula

Não é possível compreender a fórmula político-jurídica do *Estado social e democrático de Direito*, do art. 1.1 da Constituição da Espanha, sem um olhar para a história de construção e sedimentação desse postulado, o que permitirá a percepção de que cada um desses elementos é o resultado de uma construção histórica, dentro da qual receberam um determinado conteúdo convencional, os quais vêm sofrendo constantes modificações por meio de uma continuada atualização, em face das necessidades contemporâneas da sociedade²³.

Desde uma perspectiva histórica, o primeiro conceito construído da fórmula foi o *Estado*, inicialmente qualificado por seu absolutismo, isto é, o Estado Absoluto²⁴, que caracterizou-se basicamente pela identificação do Estado com o monarca (“*princeps le-*

gibus solutus est” ou “*L’État c’est moi*”) e pela concentração do poder no Estado. Estas características fizeram com que o Estado, na pessoa do monarca, estivesse excluído do alcance da normatividade estatal, ou seja, as normas não eram editadas pelo Estado e para o Estado, mas pelo Estado para a sociedade. A norma não vinculava o Estado e o monarca. Mais tarde, dentro de um contínuo processo de autolimitação, o Estado perdeu o caráter absoluto assumindo as feições de um Estado de Direito, vale dizer, limitado pelo Direito (*rule of law*). A *primeira fase* do Estado de Direito ficou conhecida por *Estado liberal de Direito*, isto porque, em seu conteúdo axiológico, prevalecia o valor liberdade. Já em uma *segunda fase*, o Estado recebeu o qualificativo de social, quando passa então a chamar-se de *Estado social de Direito*. Neste trânsito do Estado liberal ao Estado social de Direito não houve uma pura e simples substituição do elemento axiológico liberal pelo social, mas ocorreu um acréscimo de conteúdo. Em outras palavras, ao elemento liberal foi agregado um novo conteúdo, o social, de natureza axiológica igualitária, sendo que dentro da fórmula Estado social de Direito passariam a conviver as duas dimensões do Estado, a liberal e a social, em uma constante relação dialética.

Paralelamente a esta contínua sedimentação de novos conteúdos axiológicos ao primitivo Estado, o que inicialmente entendeu-se por *democracia* foi sofrendo uma progressiva ampliação de significado, passando de uma visão meramente formal à material. Os dois elementos, o formal e o material, não são incompatíveis entre si, mas fazem referência a duas perspectivas distintas de análise do mesmo fenómeno, a democracia. É possível afirmar que a democracia formal corresponde ao período do Estado liberal de Direito e a democracia material ao Estado social de Direito, com uma perspectiva de futuro, o *Estado democrático de Direito*²⁵.

Cada uma dessas características do Estado é uma resposta jurídico-política às exigências da sociedade, diante das estruturas de poder. Assim, o Estado liberal de Direito resulta como resposta ao absolutis-

²¹ Gregorio Peces-Barba Martínez. *Los valores superiores...*, op. cit., p. 41-42.

²² Cf. Konrad Hesse. *Escritos de Derecho Constitucional* (selección). Trad. Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 59 e ss.

²³ Cf. José Ramón Cossío Díaz. *Estado Social y derechos de prestación*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 26-35; Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza: Madri, 1985, p. 93-94.

²⁴ Anteriormente a sociedade esteve organizada em famílias, aldeias, cidades-estados, impérios e feudos.

²⁵ Cf. Pablo Lucas Verdú. *La Lucha por el Estado de Derecho*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 135.

mo do Antigo Regime²⁶; o Estado social de Direito ao individualismo e abstencionismo do Estado liberal; e o Estado democrático de Direito à sobrevivência das estruturas do poder liberal²⁷.

É dentro deste itinerário histórico das diversas fases do Estado que passaremos a percorrer os elementos compreendidos na fórmula constitucional do art. 1.1 da Constituição espanhola, em um processo de decomposição, para, ao final, recompô-la em seus elementos, a fim de que possamos saber, à luz dos valores superiores definidos na própria Constituição, o que cada um deles tem a contribuir no atual Estado espanhol.

O Estado liberal de Direito

O Estado Polícia, ainda durante o Antigo Regime, é o antecessor do Estado de Direito. No Estado Polícia, o princípio da legalidade exige, para que uma lei seja considerada válida e legítima, somente a satisfação de seus requisitos formais, não havendo qualquer alusão ao seu conteúdo, é o chamado princípio de estrita legalidade formal, ou seja, contenta-se com o cumprimento do processo legal para a edição da lei. Seu conteúdo não tem nenhuma relevância. A lei é um instrumento de absoluta disponibilidade nas mãos do Estado.

A atividade legislativa está vinculada somente aos procedimentos legais, não estando, portanto, o legislador obrigado a respeitar determinados valores, pois aqui não existem valores imunes à iniciativa legislativa. A inexistência de valores fora do alcance do legislador significa que, por meio da lei, podem ser cometidas injustiças sob o manto da legalidade. O cidadão frente ao Estado não possui outras garantias, a não ser a de que a atuação estatal ocorrerá por meio da lei.

O Estado de Direito contrapõe-se ao Estado Polícia, basicamente porque introduz conteúdos imunes às iniciativas do legislador ordinário e, portanto, à lei. O Direito começa a adquirir conteúdo axiológico com os primeiros direitos fundamentais de defesa do

cidadão contra o próprio Estado²⁸. Apesar da carência de sentido unívoco, a expressão Estado de Direito, no decurso do tempo, terminou por sedimentar um certo resíduo comum ideológico dos principais aspectos da expressão na história do Estado moderno²⁹.

Para Adela Cortina, o Estado de Direito apresenta-se através de quatro perspectivas fundamentais: como garantia da paz, frente ao estado de natureza de todos contra todos (Hobbes); como protetor da justiça privada (Locke-Nozick); como expressão da vontade geral (Rosseau); e como garantidor da liberdade externa (Kant). Para a autora, “*Estas exigencias alumbran el nacimiento del llamado Estado de derecho de la tradición liberal, que garantiza alcanzar las metas comentadas por medio del imperio de la ley*”³⁰.

Ao tratar da história do conceito do Estado de Direito, Alessandro Baratta divide seu desenvolvimento em duas fases. Uma primeira, externa à Alemanha, transcorrida especialmente na Inglaterra e França e, uma segunda, dentro da Alemanha, a partir das experiências inglesa e francesa. Na história externa, o Estado de Direito consolidou-se principalmente em dois elementos, o da *legalidade*, no sentido de garantia das liberdades individuais — *rule of law* de origem inglesa (Locke)³¹ — e o da *separação dos poderes* — *séparation des pouvoirs* de origem francesa (Montesquieu)³². Na história interna, o conceito do Estado de Direito realiza uma união dos dois elementos anteriores, alterando os seus significados, os quais passam a ter por elemento nuclear a *autolimitação* do Estado por meio do Direito. A garantia das liberdades indivi-

²⁶Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. Sobre el estado de derecho y su significación constitucional. *Sistema*, Madri, nº 57, p. 52, Novembro, 1983.

²⁷Pablo Lucas Verdú. *La Lucha por el Estado...*, op. cit., p. 131-132.

²⁸Cf. Lênio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, Ciência Política e Teoria Geral do Estado. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2000, p. 84; Ernesto Benda et al, El Estado social de Derecho. In: *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2ª ed. Madri: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 505.

²⁹Cf. Alessandro Baratta, El Estado de Derecho..., op. cit., p. 14; José Luis Cascajo Castro, *Sistema*, Madri, nº 17-18, p.10, abril, 1977.

³⁰Adela Cortina. *Del Estado de bienestar al Estado de justicia*. Claves de razón práctica, Madri, nº 41, p. 14, Abril, 1994.

³¹Cf. John Locke. *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Trad. Francisco Giménez Gracia. Madri: Alianza, 1998.

³²Cf. Montesquieu. *Del Espiritu de las Leyes*. Trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega. 4ª ed. Madri: Tecnos, 1998.

duais é substituída pelos direitos públicos subjetivos, e a separação dos poderes, inicialmente concebida com a finalidade de conferir supremacia à lei, passa a servir de limite³³.

Conforme relata Pérez Luño, os precursores da idéia do Estado de Direito, Carl Welcker (1813), Johann Christoph Freiherr von Aretin (1824), Robert von Mohl (1829, 1832-1833), constataram no Estado de Direito uma espécie de Estado com uma *exigência de conteúdo axiológico*, a qual poderia resumir-se da seguinte forma: 1 – organização e regulação das atividades do Estado segundo princípios racionais, Estado da razão; 2 – o Estado está a serviço de todo o povo; 3 – limitação das atividades do Estado, por meio da lei, aprovada pelos representantes da vontade geral, para a garantia da liberdade, da segurança e da propriedade privada. Ao final, Pérez Luño conclui dizendo que “*en sus prístinas manifestaciones, el concepto de Estado de Derecho no era una categoría puramente formal e indiferente respecto a los objetivos y contenido de la legalidad, a la que debía someterse en bloque la actividad política estatal*”³⁴.

Assim, nos primórdios do Estado de Direito, não bastava ao legislador o cumprimento das regras do processo legislativo para a promulgação de uma lei válida e legítima. Ademais do procedimento, o legislador deveria respeitar o conteúdo subtraído de seu campo de atuação, ou seja, o legislador não era mais soberano, fosse ele um déspota ou o próprio parlamento. O conteúdo, imune às alterações legislativas, estava compreendido pelos valores superiores e suas concreções, vale dizer, os princípios e os direitos fundamentais, os quais passariam a servir de pauta de orientação ao legislador. Dentro desta concepção inaugural de Estado de Direito, nem toda a lei era válida e legítima, era necessário que a lei não violasse o conteúdo axiológico a ela imune. Desta forma, o Estado somente poderia realizar suas atividades por meio de uma lei conforme determinados conteúdos³⁵.

Em virtude destas circunstâncias, o cidadão, dentro do Estado de Direito, estava protegido da in-

³³ Alessandro Baratta. *El Estado de Derecho...*, op. cit., p. 16-18.

³⁴ Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 58-59.

³⁵ Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 52-53.

terferência estatal e de outros concidadãos, porque os direitos fundamentais encontravam-se assegurados por integrarem o conteúdo axiológico subtraído da atuação legislativa. A atividade estatal deveria obedecer o princípio de legalidade, atuando conforme a lei, a qual, por sua vez, jamais poderia violar os direitos fundamentais assegurados pelo conteúdo axiológico³⁶. O Estado de Direito não somente garantia um conteúdo mínimo, mas comprometia-se a atuar conforme esse mesmo conteúdo – conjunto de valores, princípios e direitos fundamentais.

O processo de constitucionalização³⁷ foi o meio legal pelo qual outorgou-se proteção ao conteúdo axiológico. Entretanto, para que isto fosse possível, a Constituição deveria obrigatoriamente estar dotada de algumas qualidades, sem as quais o conteúdo axiológico não estaria a salvo das iniciativas do legislador ordinário. Entre essas qualidades, temos: 1 – a supremacia normativa; 2 – a divisão dos poderes; 3 – a independência do Poder Judiciário; e 4 – o princípio da legalidade³⁸. Como é fácil perceber, no Estado Político o eixo fundamental estava no princípio da estrita legalidade formal. Por outro lado, no Estado de Direito foram incluídos mais três eixos fundamentais, sendo que a supremacia normativa da Constituição exerceria a função de *fundamento dos fundamentos*.

Este trânsito do Estado Político ao Estado de Direito é resultado do embate entre os movimentos revolucionários do liberalismo e do absolutismo³⁹. A idéia de liberdade do indivíduo nasce em um período muito anterior à Revolução Francesa (1789). Na verdade, surge especialmente da Revolução Inglesa (1688), a partir do pensamento filosófico político da época (Locke), começando pela liberdade religiosa – tolerância religiosa – e passando pela liberdade política

³⁶ Cf. Vicente Bellver Capella, La dimensión prestacional de los derechos fundamentales en el estado social de derecho. *Valência: Revista General de Derecho*, nº 642, p. 1.882, março, 1998.

³⁷ Cf. Evaristo Palomar Maldonado et al. La construcción del Estado de Derecho en España. In: *El Estado de Derecho en la España de hoy; Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madri: Actas, 1996, p. 104.

³⁸ Cf. Pablo Lucas Verdú. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 23-24.

³⁹ Cf. Luis Bouza-Brey. El poder y los sistemas políticos. In: Miquel Caminal Badia (ed.). *Manual de Ciencia Política*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1999, p. 53.

e econômica. Definir o liberalismo não é tarefa fácil, porque esse conceito sofreu muitas matizações⁴⁰. Miller, citado por Joan Antón, sustenta que os diversos liberalismos poderiam ser reunidos sob alguns postulados: ausência na natureza de uma norma moral; prioridade da liberdade sobre a autoridade; secularização da política; promulgação de constituições; adoção de princípios jurídicos limitadores da atuação do governo e definidores de direitos do cidadão contra o Estado⁴¹. Em síntese, poderíamos dizer que o liberalismo concebe um Estado limitado em seu poder e funções, contrapondo-se, por um lado, ao antigo Estado Absoluto e, por outro, ao futuro Estado social de Direito (Norberto Bobbio)⁴². O *Estado liberal de Direito* ou Estado liberal distingue-se do Estado Absoluto, por estar limitado pelos direitos individuais de liberdade, agora constitucionalizados, assim como distingue-se do futuro Estado social de Direito por possuir funções mínimas, ou seja, um Estado mínimo, que se restringe ao amparo e garantia dos direitos individuais de liberdade (Nozick)⁴³. Trata-se de limitar o poder absoluto do Estado mediante os direitos fundamentais, a fim de garantir liberdade do cidadão. Definir uma esfera de não-interferência do poder estatal, dentro da qual o cidadão possa transitar livremente. Para alcançar a liberdade diante do Estado, este precisa ser debilitado, limitado e dividido⁴⁴, devendo ser eliminado tudo que possa impedir ou dificultar a liberdade individual, a qual integra a condição natural do homem⁴⁵.

Partindo das teorias contratualistas do Estado,

o contrato social materializou-se em uma Constituição. Por esta razão, o liberalismo reivindica direitos fundamentais, a limitação e divisão dos poderes e uma Constituição⁴⁶. A idéia da necessidade de uma Constituição está vivamente consolidada na própria Declaração de 1789, quando constou em seu art. 16 que somente há Constituição se houver divisão de poderes e reconhecimento de direitos fundamentais, isto é, a divisão de poderes, assim como os direitos fundamentais, passou a fazer parte da essência do que se entendia por Constituição.

As barreiras ou defesas do cidadão contra o Estado são os direitos fundamentais, os quais estão garantidos pela supremacia da Constituição, divisão dos poderes, independência do Poder Judiciário e o princípio da legalidade⁴⁷. Dentro desta concepção de proteção do cidadão frente ao Estado, o conteúdo básico dos direitos fundamentais no Estado liberal resume-se à *liberdade* e à *igualdade formal*, reconhecidas como direitos naturais, inatos ao homem, sendo que a inserção no ordenamento jurídico do Estado não passaria de um simples ato de reconhecimento ou de declaração de direitos preexistentes ao próprio Estado, que incumbiu-se garanti-los.

Como dissemos no princípio, os conceitos fundamentais da Constituição, entre eles os valores superiores, padecem de um alto grau de indeterminação. Assim, segundo Benjamin Constant⁴⁸, a liberdade dos antigos (liberdade autonomia) não pode ser equiparada com a liberdade dos modernos (liberdade não-interferência), assim como a liberdade do Estado liberal não equivale à liberdade do Estado social de Direito. A liberdade é liberdade *de algo* e *para algo*. Assim, em cada época a sociedade ou um determinado grupo de pessoas pode postular a liberdade *de algo* que lhe foi ou está sendo retirado, bem como a liberdade *para algo* que pretende realizar⁴⁹. A liberdade postulada pelos modernos era a liberdade frente ao Estado Absoluto, de não-interferência, de ausência de impedimentos

⁴⁰Cf. Francisco Vergara. *Introducción a los fundamentos filosóficos del liberalismo*. Trad. de Francisco Javier Cid. Madrid: Alianza, 1999.

⁴¹Joan Antón, El liberalismo. In: Miquel Caminal Badia (ed.). *Manual de Ciencia Política*. Manual de Ciencia Política. 2ª ed. Madrid: Tecnos, Madrid, p. 88, 1999.

⁴²Corina Yturbe. *Pensar la democracia*: Norberto Bobbio. México: Universidad Nacional Autónoma de México y Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2001, p. 162.

⁴³Cf. Robert Nozick. *Anarquía, estado y utopía*. Trad. Rolando Tamayo. 1ª ed. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1991.

⁴⁴Cf. Enrico Pascucci et al. La aparición del Estado de Derecho: limitaciones del poder y separación de poderes. In: *El Estado de Derecho en la España de hoy: Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Actas, p. 88, 1996; Evaristo Palomar Maldonado. *La construcción...*, op. cit., p. 100.

⁴⁵Cf. Joan Antón. *El liberalismo...*, op. cit., p. 89.

⁴⁶Cf. José Ramón Cossío Díaz, *Estado social...*, op. cit., p. 30.

⁴⁷Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos humanos...*, op. cit., Capítulo 2.

⁴⁸Cf. Benjamin Constant, De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos. Trad. Maria Luisa Sánchez Mejía. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁴⁹Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 55.

ou constrangimentos. Liberdade para o exercício das liberdades civis, do direito à vida, à livre circulação, à livre expressão, à livre associação, ao livre comércio de bens e trabalho, o que supunha uma profunda mudança no Direito pré-liberal derivado do feudalismo.

Aproveitando os dois conceitos de liberdade concebidos por Isaiah Berlin⁵⁰, quando divide a liberdade em negativa e positiva — liberdade dos modernos e liberdade dos antigos, respectivamente, segundo Benjamin Constant — é possível afirmar que a liberdade do Estado liberal restringe-se à *liberdade negativa*, ou seja, a liberdade *de* ou a liberdade do Estado Absoluto, liberdade esta que impõe ao Estado sua abstenção ou não-intervenção na esfera de liberdade do cidadão, o que ocorre pela constitucionalização dos direitos individuais de liberdade frente ao Estado e pela divisão de poderes. Por outro lado, a *liberdade positiva* é uma liberdade *para* participar do poder político, liberdade de autodeterminação. A liberdade negativa tem por conteúdo os direitos individuais de liberdade ou de primeira geração ou dimensão, isto é, os direitos civis, os quais caracterizam-se por serem direitos frente ao Estado, de natureza não intervencionista. Estes direitos não implicam nenhuma prestação por parte do Estado, pelo contrário, impõem-lhe a abstenção, razão pela qual também são conhecidos por direitos negativos.

Ao lado da *liberdade negativa*, apresenta-se como valor do Estado liberal a *igualdade diante da lei* ou *igualdade formal*⁵¹. A sociedade do Antigo Regime estava dividida em estamentos submetidos ao monarca. Não havia mobilidade entre os estamentos, sendo que o nascimento era o fator definidor do estamento ao qual a pessoa pertenceria pelo resto da vida. O sistema de privilégios estava legitimado pela teocracia. A burguesia, classe social incipiente, pertencia ao terceiro estamento ou terceiro Estado na Assembléia dos Estados. Diante dessas circunstâncias históricas, a burguesia proclamava a igualdade de todos os cidadãos diante da lei, com a finalidade de pôr fim aos privilégios de alguns estamentos em detrimento de outros. Assim, a igualdade do Estado liberal deve ser entendida como uma proclamação contra o sistema

de desigualdade estamental⁵².

O conteúdo axiológico do Estado liberal de Direito impõe ao próprio Estado o abstencionismo no processo econômico e social, gerando por consequência uma rigorosa separação entre o Estado e a sociedade. O Estado não desenvolve nenhuma política social ou econômica, restringindo-se a editar leis, razão pela qual tornou-se conhecido por ser um Estado meramente legislador. A ausência do Estado na sociedade é o resultado da liberdade absoluta exigida pelo liberalismo, o que permitiu um grande desenvolvimento da classe dos detentores do poder econômico em detrimento da classe trabalhadora, cada vez mais empobrecida, gerando um profundo abismo entre essas camadas da sociedade e um crescente processo de injustiça social. A pura liberdade não era suficiente para corrigir os desajustes e as injustiças na sociedade. A corrosão dos pilares do Estado liberal não se dá a partir de suas próprias estruturas jurídicas, mas da realidade social, isto é, são os crescentes conflitos sociais que desafiam a racionalidade do Estado liberal⁵³.

Estando a maior parte da sociedade excluída dos benefícios do Estado liberal, começa a surgir uma natural pressão social por mudanças e por uma maior participação nas decisões políticas, o que ocorre, finalmente, por meio de uma progressiva ampliação do sufrágio e pelo reconhecimento dos direitos de reunião, associação e livre expressão, direitos essenciais para a mobilização, organização e reivindicação dos interesses dos trabalhadores. O Estado liberal começa, por uma questão de sobrevivência, a democratizar-se⁵⁴. As duas principais reivindicações, o sufrágio universal e o direito de associação, eram direitos políticos básicos e necessários no processo social de aprofundamento da liberdade negativa e da igualdade formal.

À *liberdade negativa* será acrescentada a *liberdade positiva*, ou seja, ademais da liberdade frente ao Estado, reivindicava-se uma liberdade de participação nas decisões políticas do Estado, o que teve

⁵⁰ Cf. Isaiah Berlin. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 1988.

⁵¹ Cf. José Ramón Cossío Díaz. *Estado social...*, op. cit., p. 28.

⁵² Cf. Ferran Requejo Coll. *Las Democracias*: Democracia antigua, democracia liberal y Estado de Bienestar. Barcelona: Ariel, 1990, p. 82.

⁵³ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 165-166.

⁵⁴ Cf. Ferran Requejo Coll. *Las Democracias...*, op. cit., p. 88.

início a partir de uma gradual ampliação do sufrágio universal e da formação de grupos de interesses. São os chamados direitos políticos, também integrantes da primeira geração de direitos. Até aqui o sufrágio não era universal, mas censitário, estando reservado exclusivamente à classe de proprietários, com exclusão de todos os demais, e o direito à associação estava proibido. Com a liberdade positiva, um maior número de varões passou a participar das decisões políticas — somente mais tarde as mulheres tiveram direito ao voto —, assim como a sociedade beneficiou-se do direito de formação de grupos de interesse, aperfeiçoando e aprofundando as organizações sociais. Com o surgimento da democracia no Estado liberal, o valor básico das democracias liberais passou a ser o da “*libertad igual*”⁵⁵.

Se a liberdade, até o momento presente apenas em seu aspecto negativo, tem seu conteúdo ampliado pela liberdade positiva, o mesmo irá ocorrer com a igualdade diante da lei. A igualdade, até então restrita aos direitos civis, oriundos da liberdade negativa, é estendida aos direitos políticos como consequência da liberdade positiva. A igual participação no processo político, por meio do sufrágio universal, confere ao Estado liberal igualmente a qualidade de democrático, isto é, a *democracia-liberal*. A democracia não afasta do núcleo do Estado de Direito o valor liberdade, o que faz dessa democracia uma democracia-liberal, de natureza formal ou meramente procedimental.

Paralelamente à construção do Estado liberal e de seu processo de democratização, ocorrem dois fenômenos, os quais irão desvirtuar o Estado de Direito, transformando-o em um *Estado Legal*. O primeiro desses fenômenos acontece no âmbito da *teoria do Estado*, na qual a razão deixa de ser parâmetro de legitimidade do Estado de Direito (Kant)⁵⁶ para assumir a função de fundamento do próprio Estado (Hegel)⁵⁷, passando a identificar-se o Estado com a legalidade, absorvendo-se, assim, na legalidade, os direitos individuais. O segundo fenômeno manifesta-se dentro da

teoria do Direito, com o positivismo jurídico formal⁵⁸, no qual a razão é abandonada como limite de atuação do Estado para passar a lei, editada pelo próprio Estado, a atuar como seu limite, ou seja, o Estado passaria a se autolimitar⁵⁹.

A teoria do Estado será desenvolvida por Otto Mayer, Gerber, Laband e Jellinek, culminando sua elaboração com Hans Kelsen⁶⁰, na qual o Estado Legal assume a sua forma mais acabada. Nessa concepção, o Estado apresenta-se como despolitizado, neutro e fiador do livre jogo dos interesses econômicos, a partir de uma profunda separação entre Estado e sociedade; abstém-se de intervenções na sociedade, garantindo liberdade e igualdade no plano formal, sem correspondência no social e econômico; e identifica-se com a legalidade, suprimindo todo o conteúdo axiológico, ou seja, a validade e legitimidade da lei são reduzidas à validade jurídico-formal, razão pela qual o Estado passa a identificar-se com o Direito⁶¹.

Em síntese, o Estado liberal de Direito é convertido em um Estado Legal, no qual suprime-se o conteúdo axiológico da lei, passando o Direito a identificar-se com a lei e a lei com o Estado (Hans Kelsen). O positivismo jurídico formal torna-se o instrumento da burguesia liberal, por meio do qual paulatinamente serão eliminados os conteúdos iusnaturalistas da concepção do Estado liberal de Direito até reduzi-lo a um Estado Legal⁶².

Com a redução do Estado liberal de Direito a um Estado Legal, desaparece o conceito de *legitimidade*, ou melhor, este se funde no de *legalidade*. Até então, entendia-se a legitimidade como um juízo de valor sobre a justiça ou injustiça da lei, juízo este que atuava como uma limitação. Tratava-se de um julgamento profundo da lei, no qual, inclusive, esquadrihava-se o conteúdo axiológico da lei, tendo por paradigma uma

⁵⁵Cf. Ferran Requejo Coll. *Las Democracias...*, op. cit., p. 89-90; Corina Yturbe. *Pensar la democracia...*, op. cit., p. 170.

⁵⁶Cf. Immanuel Kant. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Trad. Roberto R. Aramayo. Madri: Alianza, 2002.

⁵⁷Cf. Hegel. *Filosofía de la historia*. Trad. Emanuel Suda. Buenos Aires: Claridad, 1976.

⁵⁸Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 166.

⁵⁹Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 59-60.

⁶⁰Cf. Hans Kelsen. *Teoría general del Estado*. Granada: Comares, 2002.

⁶¹Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 61-62.

⁶²Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 53.

ordem de valores transcendentais às leis do Estado.

No Estado Legal, a legitimidade não é encontrada fora do Estado, mas na lei. A legalidade é reconhecida somente pela submissão do Estado às leis por ele editadas. Em outras palavras, o Estado se autolimita por suas leis, não existindo nenhum julgamento sobre a justiça ou injustiça das mesmas. A *legitimidade é justificada pela legalidade*, independentemente de sua justiça, derivando, assim, a legitimidade da mais pura legalidade⁶³. A validade da lei não depende mais de sua sintonia com a legitimidade, mas apenas de sua regularidade jurídico-formal (Hans Kelsen).

A crise do Estado liberal de Direito

O Estado liberal, inclusive antes de experimentar os influxos do positivismo formalista, já encontrava-se vocacionado ao formalismo e ao distanciamento da realidade social. Essa vocação é consequência lógica de seu próprio conteúdo inicial: liberdade negativa e igualdade diante da lei. Este conteúdo não impõe, pelo contrário, obriga a uma abstenção ou ausência do Estado na sociedade, abandonando à livre sorte todos os indivíduos desafortunados e encobrindo a injustiça social com uma aparente justiça formal⁶⁴. A concepção do Estado liberal não estava instrumentalizada para fazer frente às reivindicações sociais, pois não possuía ou eram reduzidos os mecanismos de intervenção, o que levou à crise⁶⁵.

Juntamente com o postulado da não-intervenção como elemento inerente do Estado liberal, o positivismo formalista contribuiu decisivamente para reforçar a formalidade do Estado ao reduzir o Direito à lei e a lei ao Estado, no qual a legitimidade do Estado foi reduzida à legalidade⁶⁶. Esvaziada a lei de todo o conteúdo axiológico, esta poderia passar a ser utilizada até mesmo para o cometimento de *injustiças legais*.

⁶³ Cf. Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda et al. La conculcación del Estado de Derecho: Legalidad versus Legitimidad. In: El Estado de Derecho en la España de hoy: *Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Actas, 1996, p. 237-241.

⁶⁴ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 62; José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 163.

⁶⁵ Luis Bouza-Brey. *El poder y los sistemas...* op. cit., p. 53.

⁶⁶ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 166.

Diante de uma profunda crise social e de legitimidade do Estado, surgem como propostas alternativas ao Estado liberal os Estados autoritários e totalitários⁶⁷. O nazismo na Alemanha, possivelmente, seja o caso mais emblemático de como é possível o surgimento de um Estado totalitário por dentro do sistema legal. O Partido Nacional Socialista – PNS participou, junto com os demais partidos alemães, sob a Constituição de Weimar (1919), de todas as eleições anteriores à ascensão ao poder por Adolf Hitler. Nas eleições de dezembro de 1924, o PNS obteve 3% das cadeiras no parlamento alemão; em maio de 1928, 2,6%; em setembro de 1930, 18,5%; em julho de 1932, 37,3%; em novembro de 1932, 33,1%. Com 1/3 do parlamento, Adolf Hitler é nomeado chanceler em 30 de janeiro de 1933. Convocadas novas eleições em março de 1933, o partido nazista obtém 43,9% das cadeiras no parlamento. Em coligação com pequenos partidos, obtém a maioria de 2/3, número suficiente para uma reforma constitucional, o que permitiu Adolf Hitler aprovar uma lei de plenos poderes em 24 de março de 1933, na qual, sem revogar a Constituição de Weimar, recebeu plenos poderes para legislar, até mesmo em sentido contrário à Constituição. Formalmente a Constituição de Weimar nunca chegou a ser revogada.

O progressivo processo de democratização política nos países onde o Estado liberal estava instalado, com a ampliação do sufrágio universal e com o reconhecimento do direito à associação, assim como uma crescente intervenção do Estado na sociedade, não foram suficientes para a sobrevivência do Estado liberal, o que levou à necessidade de uma nova formulação de Estado, o Estado social de Direito.

O Estado social de Direito

No fim do século XIX, as pressões contra as injustiças sociais alcançam níveis insuportáveis para o Estado liberal, o que dá causa a uma lenta, mas progressiva reforma do Estado. A transformação do Estado liberal em um *Estado social de Direito* ou Estado social é o resultado de uma árdua luta da classe trabalhadora por melhores condições de vida. A implementação do Estado social não ocorre do nada, não cai do céu, nem é uma concessão, por amor, da

⁶⁷ Cf. Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 92.

classe dominante, mas é o fruto de uma constante e aguerrida disputa por melhores condições de vida⁶⁸. O rei, para não perder os dedos, entregou os anéis à burguesia. Agora chegou a vez da burguesia entregar os anéis para não perder os dedos. Por esta razão Adela Cortina afirma que o Estado social nasce mais por “*estrategia política que por exigencia ética*”⁶⁹.

A preocupação com a questão social e as críticas ao Estado liberal partiram de diversas correntes, desde as mais radicais como o marxismo (Karl Marx) até as mais moderadas como o socialismo (Louis Blanc), o socialismo inglês (Shaw, Wells, Webb), a social democracia (Lassalle, Bernstein) e a Igreja católica, por meio da encíclica *Rerum Novarum* de 1891⁷⁰. Lorez von Stein (1850) foi o primeiro autor a teorizar sobre a monarquia social como solução para as desigualdades sociais provocadas pelo Estado liberal. Entretanto, foi Hermann Heller (1929)⁷¹ o primeiro a teorizar sobre a ideia de um Estado social de Direito em meio à crise do Estado liberal e da democracia, como uma forma de salvar o Estado da ditadura fascista, da degeneração motivada pelo positivismo jurídico formalista e da apropriação do Estado pela elite econômica⁷².

Como vemos, a preocupação pelas questões sociais antecede à formulação do Estado social. No fim do século XIX já existiam políticas sociais setoriais, as quais não tinham por objetivo transformar a estrutura social, mas minimizar seus mais graves problemas. No entanto, dentro da nova concepção de Estado, a política social é estendida a todos os setores da sociedade, não mais como reação aos fatos, mas, sim, como uma ação que se antepõe aos fatos, deflagrando a realização de uma programação integrada e sistematizada de política social⁷³.

Uma parte da doutrina distingue Estado de Bem-estar, Assistencial ou Providência do Estado social de Direito. O primeiro conjunto de expressões indicaria somente uma das funções do Estado, a satisfação de algo mais do que as necessidades mínimas, isto é, os infinitos desejos do homem. A segunda expressão realçaria a configuração global do Estado, que teria por objetivo realizar os direitos fundamentais de liberdade e os direitos fundamentais de natureza social e econômica básicos para assegurar uma vida digna⁷⁴.

O Estado social pode ser interpretado de diversas formas, isto é, como amparo dos interesses dos hipossuficientes; como rechaço do individualismo e valorização da responsabilidade geral; ou, ainda, como garantia da liberdade. Os diversos enfoques não supõem contradições de fundo, mas indicam diversidade de perspectivas. O denominador comum entre elas é a relação entre indivíduo e comunidade⁷⁵. A relação entre a liberdade do indivíduo e a justiça na sociedade.

A constitucionalização da fórmula Estado social aparece pela primeira vez em 1949, na Lei Fundamental da República Alemã, quando define, em seu art. 20, a Alemanha como “*um Estado federal, democrático e social*”, e, no art. 28, como “*um Estado democrático e social de Direito*”. Entretanto, a Constituição mexicana (1917) e a Constituição da República de Weimer (1919) já continham em seus textos os primeiros fragmentos de uma concepção social de Estado, embora restrita a alguns setores da sociedade⁷⁶. A concepção do Estado social generalizou-se no constitucionalismo europeu ocidental depois da Segunda Guerra Mundial, a partir das políticas keynesianas adotadas pelos países industrializados e do *Relatório Beveridge* em 1942. Nos Estados Unidos, o *Plano Marshall* foi responsável pela reativação da economia.

⁶⁸Cf. Juan-Ramón Capella. La crisis del “Estado del Bienestar” en la crisis de civilización. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 178.

⁶⁹Adela Cortina. *Del Estado de bienestar...*, op. cit., p. 17.

⁷⁰María Tereza Gallego Méndez, Estado social y crisis del Estado. In: Rafael de Águila (Ed.). *Manual de Ciencia Política*. Madrid: Trotta, 1997, p. 108-110.

⁷¹Cf. Herman Heller. *Teoría del Estado*. Buenos Aires: Fondo de la Cultura Económica, 1992.

⁷²Cf. Manoel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 16-17.

⁷³Cf. Manoel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 18-19.

⁷⁴Cf. Adela Cortina. *Del Estado de bienestar...*, op. cit., p. 20; Ulrich K. Preuss. El concepto de los derechos y el Estado del Bienestar. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 68; Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 48; Alfonso Fernández-Miranda Campoamor. El Estado social, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, nº 69, p. 139-140, setembro/dezembro, 2003.

⁷⁵Cf. Ernesto Benda. *El Estado social...*, op. cit., p. 524.

⁷⁶Cf. María Tereza Gallego Méndez. *Estado social...*, op. cit., p. 110-113.

O conteúdo do Estado social recai sobre os mesmos valores do Estado liberal, ou seja, liberdade e igualdade, entretanto, dentro de um processo integrador de uma nova visão ou dimensão daqueles valores. Cascalho Castro afirma tratar-se de “*um processo integrativo mais que corretivo*”. Para Habermas, lembrado pelo citado autor, os princípios do Estado liberal e do social são os mesmos, os quais, após as mudanças sociais, passaram a exigir a superação da forma liberal⁷⁷. Os valores do Estado liberal, liberdade e igualdade, recebem no Estado social um novo sentido, ou seja, são os mesmos valores, mas com novidade de conteúdo, pois “*Quando o mundo troca, troca com ele o significado das palavras*”⁷⁸. Não tratar-se-ia de excluir a primeira dimensão valorativa, correspondente ao Estado liberal, mas de acrescentar uma nova perspectiva até então não revelada pela razão histórica.

No Estado liberal preponderava a liberdade sobre a igualdade, a partir da própria configuração do Estado, na qual este assumia uma função de garantidor da liberdade, não intervindo na sociedade para corrigir eventuais distorções ocasionadas pelo exercício da liberdade. Todos são iguais diante da lei e dentro dessa concepção de não-intervenção, o Estado não socorre a ninguém que possa encontrar-se em situação de risco de vida, pois esta não é sua função primordial⁷⁹.

No Estado social, ao contrário, prepondera a *igualdade sobre a liberdade*⁸⁰, no qual aflora uma nova concepção de liberdade quando comparada àquela do Estado liberal, ou seja, passa a ser função do Estado corrigir as distorções ou injustiças sociais provocadas

pela liberdade⁸¹. É a chamada *igualdade material*⁸². Nessa nova concepção ocorre uma alteração de peso na relação entre os valores da liberdade e da igualdade e, por consequência, acrescentam-se novos princípios e direitos fundamentais como resultado dessa mudança. No Estado liberal os direitos fundamentais restringiam-se aos direitos civis e políticos, direitos de primeira geração ou dimensão. Por outro lado, no Estado social os direitos fundamentais, ademais dos consagrados no Estado liberal, começam também a garantir a igualdade material, introduzindo direitos de natureza social e econômica, direitos de segunda geração ou dimensão⁸³.

A nova concepção de igualdade, sob o prisma da materialidade, tem por objetivo corrigir as distorções ou injustiças sociais produzidas pela liberdade ou pelo excesso de liberdade, isto é, a igualdade material, ao concretizar-se, sob um certo aspecto reduz a liberdade⁸⁴, ou em outras palavras, quanto maior a igualdade, quanto mais o Estado necessitar intervir, menor será o grau de liberdade e, por consequência, o espaço de liberdade de ação do indivíduo⁸⁵.

O valor igualdade, ao contrário da liberdade, não possui um conteúdo definido, podendo concretizar-se das mais diversas formas, ou seja, é possível “*comprenderlo como categoría abierta donde tienen cabida una variedad muy grande de contenido*”⁸⁶. Esta grande flexibilidade do valor igualdade, permite sua constante reformulação e adaptação aos novos tempos, de acordo com as necessidades do presente e do futuro, o que faz do Estado social de Direito “*un concepto abierto bajo el que cabe comprender muchas y diferentes co-*

⁷⁷ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 168-169; Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones...*, op. cit., p. 56; Elías Díez. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid: Taurus, 1986, p. 83.

⁷⁸ Cf. Juan-Ramón Capella. La crisis del “Estado del Bienestar” en la crisis de la civilización. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 177.

⁷⁹ Cf. Pietro Barcellona. Los sujetos y las normas: El concepto de Estado social. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 32; Enrique Olivas. Problemas de legitimación en el Estado social. In: _____. *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 12.

⁸⁰ Cf. Ernesto Benda, *El Estado social...*, op. cit., p. 548; Antonio-Enrique Pérez Luño, *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 62.

⁸¹ Cf. José Luis Mirete Navarro et al. La justicia social como correctora de la justicia protectiva. In: *Estudios de Derecho Constitucional: Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*. Murcia: Universidad de Murcia, 1997, p. 566, vol. I.

⁸² Cf. Ferran Requejo Coll. *Las Democracias...*, op. cit., p. 93.

⁸³ Cf. Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.885; José Ramón Cossio Díaz. *El Estado social...*, op. cit., p. 33; Adela Cortina. *Del Estado de bienestar...*, op. cit., p. 16.

⁸⁴ Cf. Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.885; Ernesto Benda, *El Estado social...*, op. cit., p. 545.

⁸⁵ Cf. Luis López Guerra. *Las dimensiones...*, op. cit., p. 172.

⁸⁶ José Ramón Cossio Díaz. *El Estado social...*, op. cit., p. 33.

sas”⁸⁷, ou segundo Hermann Heller, uma “*fórmula de carácter utópico*”, sempre aberta ao futuro.

Atualmente não cabe a menor dúvida na doutrina de que a liberdade e a igualdade são valores que podem conviver harmonicamente dentro de uma mesma ordem constitucional. A concepção do Estado social é uma “*fórmula de compromisso*” de respeito às liberdades individuais e de realização da justiça social. A partir de Hermann Heller, segundo Pérez Luño, surgem outros autores os quais irão desenvolver e acentuar a dimensão democrática do Estado, na tentativa de encontrar uma forma de convivência da liberdade e da igualdade, tais como Richar Bäumlín, que fala de *mútuo condicionamento* entre os princípios da democracia e o Estado de Direito; Werner Kági de uma *necessária síntese* entre a democracia e o Estado de Direito, como desafio de nosso tempo; no mesmo sentido, Konrad Hesse refere-se a uma *necessária síntese* dos dois princípios constitucionais, o democrático e o Estado de Direito; por fim, Wolfgang Abendroth aponta para uma *interna conexão* entre democracia e intervenção estatal quando ocorre o domínio político pelas forças econômicas em uma democracia apenas político-formal⁸⁸.

O Estado social, por um lado, não pode abandonar as garantias proporcionadas pelo Estado liberal, assim como, por outro, não pode quedar-se inerte por falta de força normativa suficiente, ou seja, reduzido a uma mera norma programática vazia de conteúdo vinculante. Os valores liberdade e igualdade necessitam ser relativizados para uma *harmônica convivência*, pois, do contrário, acabariam por excluir-se mutuamente⁸⁹. São as próprias constituições dos Estados sociais que propõem a convivência dos dois valores, os quais devem ter seus conteúdos complementados a partir desta relação dialética, a exemplo da Constituição espanhola de 1978, que em seu art. 1.1 propugna como valores superiores do ordenamento jurídico a liberdade e a igualdade. A liberdade do Estado social não é a liberdade frustrada ou reprimida do Estado liberal, mas uma nova liberdade. Segundo Bidart Cam-

pos, aos valores clássicos de igualdade e liberdade são “*acrecidos contenidos como “igualdad de oportunidades y de trato”, y como libertad real “para” acceder efectivamente al goce y ejercicio de numerosos derechos*”⁹⁰.

O Estado social acolhe os valores básicos do Estado liberal, a liberdade e a igualdade formal, para fazê-los mais concretos. No Estado social há uma atualização dos valores liberais. Para García-Pelayo “*no hay posibilidad de actualizar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañadas de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real*”. Até esse momento pensava-se que a liberdade era um pressuposto da dignidade humana, o que justificava a preeminência do valor liberdade sobre o da igualdade. Dentro da nova concepção de Estado a dignidade humana há uma inversão, passando a dignidade humana a ser pressuposto da liberdade⁹¹, o que justifica a relevância da igualdade material, a qual concretiza-se na existência de condições mínimas de vida⁹², ou seja, não é mais possível falar-se da liberdade sem que tenham sido previamente implementadas as condições materiais mínimas para uma vida digna. Por esta razão, no Estado social passa a ser imprescindível a definição do que são as condições mínimas de existência, isto é, “*qué necesidades consideramos lo que algunos llaman un ‘mínimo decente’, otros un ‘mínimo absoluto’, por debajo del cual no puede quedar ese Estado, si pretende legitimidad*”⁹³.

Este novo catálogo de direitos fundamentais, sociais e econômicos, agora fundados na relação de valores estabelecida entre a igualdade material⁹⁴ e a liberdade impõe ao Estado a intervenção na sociedade para realizar a igualdade material, pois a inércia

⁹⁰ Germán Bidart Campos et al. La positivización de la axiología constitucional (Para una teoría de la Constitución en el Estado Social y Democrático de Derecho). In: *Estudios de Teoría del Estado y Derecho Constitucional en Honor de Pablo Lucas Verdú*. Madrid: Instituto de Investigaciones Jurídicas (Universidad Nacional Autónoma de México) e Servicio Publicaciones Facultad Derecho (Universidad Complutense de Madrid), Madrid, 2001, p. 714, Tomo II.

⁹¹ Cf. Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.892.

⁹² Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 26; Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., p. 63.

⁹³ Adela Cortina. *Estado social...*, op. cit., p. 124.

⁹⁴ Marisa Tereza Gallego Méndez. *Estado social...*, op. cit., p. 122.

⁸⁷ Cf. Ernesto Benda. *El Estado social...*, op. cit., p. 522; Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 90.

⁸⁸ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Sobre el estado de derecho...*, op. cit., 65-66.

⁸⁹ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 168-169.

estatal, característica fundamental do Estado liberal, não proporcionará as condições adequadas para o enfrentamento da crise e a realização dos novos direitos fundamentais proclamados pelo Estado social. Com a ampliação do catálogo dos direitos fundamentais, estes deixam de ser meramente negativos para assumirem uma configuração positiva, desfazendo o abismo entre o Estado e a sociedade⁹⁵. A separação entre Estado e sociedade provocada pelo Estado liberal desaparece, e o Estado começa a desenvolver medidas de intervenção na sociedade, assim como a sociedade amplia sua participação no Estado⁹⁶.

Se não existe mais dúvida de que a separação ou contraposição, até então existente entre o Estado e a sociedade, desaparece no Estado social, a questão emergente é a de quais seriam os limites dessa intervenção do Estado ou qual seria o grau de ingerência na sociedade que o Estado deveria ou poderia assumir como necessário e desejável.

Como vimos, a democracia política floresceu com a ampliação da liberdade e a igualdade política, mantendo-se, entretanto, no âmbito do processo político. No Estado social, por outro lado, a democracia adentra na sociedade, devendo-se entender a democracia social não somente como a participação na tomada de decisões fundamentais da política econômica, mas também como a participação na gestão, produção empresarial e distribuição de bens⁹⁷.

Na concepção liberal do Estado, a sociedade defende-se do próprio Estado. Por esta razão, sua preocupação maior é conceber um Estado enfraquecido, no qual o poder limitado e dividido não teria condições de interferir na liberdade do cidadão. Para alcançar esse objetivo, o processo de constitucionalização deve estar dotado de algumas características fundamentais, sem as quais correria sério risco de ser violado. Entre essas características apontaríamos a supremacia normativa da Constituição, a divisão dos poderes, a independência do Poder Judiciário e o princípio de legalidade.

⁹⁵ Cf. Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.885.

⁹⁶ Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 21; José Ramón Cossío Díaz. *El Estado social...*, op. cit., p. 32.

⁹⁷ Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...*, op. cit., p. 50.

O processo de constitucionalização, com as características acima apontadas, até então inexistente, é incorporado pelo Estado social, ao qual, ademais, são acrescentados novos conteúdos axiológicos ademais daqueles concebidos pelo Estado liberal, não apenas para a tutela da liberdade e da igualdade formal, mas para a salvaguarda da igualdade material e da liberdade. À parte dos direitos constitucionais ancorados na liberdade e na igualdade formal, de primeira geração, agora surgem os novos direitos constitucionais, fundados na igualdade material e na liberdade, de natureza social e econômica, de segunda geração, gerando um catálogo mais amplo de direitos⁹⁸. O processo de positivação e constitucionalização dos direitos segue um curso gradual, começando por sua aparição em cartas de declarações e em preâmbulos constitucionais, até terminarem dentro dos próprios textos constitucionais⁹⁹.

Ademais dos direitos sociais e econômicos constarem nos textos constitucionais, para que saiam da folha de papel e entrem na vida das pessoas, necessitam de um sistema de garantias, isto é, devem estar dotados de uma adequada potencialidade e de efetivos instrumentos processuais de garantia, sem os quais o Estado social não passaria de uma promessa não cumprida. No Estado social a jurisdição passa a ser o mais profícuo instrumento de garantia dos cidadãos diante do Estado e dos demais concidadãos. Não é por outra razão que Mauro Cappelletti e Bryant Garth reconhecem que "*El acceso efectivo a la justicia se puede considerar, entonces, como el requisito más básico — el 'derecho humano' más fundamental — en un sistema legal igualitario moderno, que pretenda garantizar y no solamente proclamar los derechos de todos*"¹⁰⁰.

A força normativa da Constituição, até então virtual, primeiramente, em razão da redução do Estado liberal a um Estado Legal pelo positivismo jurídico formal e, segundo, pela inexistência de um instrumen-

⁹⁸ Cf. Pietro Barcellona. *Los sujetos...*, op. cit., p. 34.

⁹⁹ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Derechos Humanos...*, op. cit., Cap. 2.

¹⁰⁰ Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *El acceso a la justicia: La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 12-13; Luis López Guerra. *Las dimensiones...*, op. cit., p. 175; José Luis Cascajo Castro. *La voz "Estado social..."*, op. cit., p. 22.

to de garantia da superioridade normativa da Constituição, em caso de violação, encontra no Estado social de Direito a consolidação de um sistema de controle de constitucionalidade que permite dar uma maior efetividade aos conteúdos constitucionais¹⁰¹.

O princípio da divisão dos poderes, dentro de uma concepção clássica liberal, estava orientado pelo valor liberdade e, desta forma, concebido como uma espécie de freio à interferência do Estado na esfera de liberdade do cidadão, o que abandonava cada poder no âmbito de suas próprias fronteiras institucionais. A nova função assumida pelo Estado social repercutiu na tradicional divisão dos poderes, impondo uma atividade consertada entre os poderes, os quais passam a ser responsáveis pela função de fazerem efetivos os direitos constitucionais sociais e econômicos. A divisão de funções entre os poderes, até então delimitada, desaparece, passando cada poder a realizar distintas funções, assim como uma mesma função passa a ser realizada por mais de um dos poderes.

A independência do poder judiciário no Estado social recebe um novo fundamento e uma nova função constitucional. Com a constitucionalização da igualdade material e da liberdade, a Constituição é substantivada por valores superiores, princípios e direitos constitucionais. A Constituição, como "*norma das normas*", passa a ser fundamento e marco de desenvolvimento de toda a legislação infraconstitucional, assim como pauta de interpretação não só da própria Constituição como também de toda a legislação¹⁰². O controle de constitucionalidade compete ao poder judiciário e ao Tribunal Constitucional, os quais, ademais de examinarem a formalidade da lei, também esquadrinham sua dimensão material.

Este ressurgimento da legitimidade a partir da constitucionalização de valores, garantida pelo controle de constitucionalidade dos atos legislativos e administrativos, permite ao poder judiciário um controle sobre os outros poderes públicos, o que dá ensejo a uma nova fase do Estado conhecida por judicial. A primeira fase é a do Estado legislativo, período do Estado abstencionista. A segunda fase é a do Estado

executivo, período do Estado administrador. E, a terceira e última fase é a do Estado judicial, na qual todos os poderes estão submetidos à Constituição material e ao controle de constitucionalidade realizado pelos magistrados. A constitucionalização dos direitos fundamentais é para o Luigi Ferrajoli o principal fundamento de legitimação da jurisdição e da independência do poder judiciário em relação aos outros poderes, exatamente porque estes poderes são poderes de maioria. O que significa, em outras palavras, segundo Otto Bachof, que na atual concepção do Estado moderno encarregou-se aos tribunais a tutela dos valores constitucionais, inclusive contra os ataques das maiorias eventuais¹⁰³.

A constitucionalização dos direitos¹⁰⁴, agora garantidos por um efetivo controle de constitucionalidade, restabelece a distinção entre os conceitos de legalidade e legitimidade, os quais haviam sido fundidos na crise provocada pelo positivismo jurídico formal quando reduziu o Estado liberal a um Estado Legal¹⁰⁵. O Estado liberal ou formal começa novamente a ganhar conteúdo axiológico, transformando-se em um Estado social ou material¹⁰⁶. O retorno ao cenário jurídico do conceito de legitimidade, necessariamente não restaurou seu antigo fundamento iusnaturalista, pois o próprio positivismo matizado pela materialidade da constituição trata de conceber um Direito orientado por uma ética pública construída pela racionalidade histórica.

O princípio da legalidade concebido pelo Estado liberal, igualmente, sofre profundas alterações com a chegada do Estado social. Ademais da lei, agora existe Constituição substantiva e com força normativa, em relação à qual a lei deve adequar-se, pena de ser expulsa do sistema. A lei, em cada uma das concepções de Estado, foi concebida de acordo com as funções do Estado e com a idéia de racionalidade de cada época. A lei no Estado liberal possuía uma normatividade genérica e abstrata, orientada unicamente à regulamen-

¹⁰¹ Cf. Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, op. cit., p. 94.

¹⁰² Ver Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...*, op. cit., p. 1.887.

¹⁰³ Cf. Otto Bachof. *Jueces y Constitución*. Madri: Civitas, 1985, p. 42.

¹⁰⁴ Cf. Luigi Ferrajoli. *Derechos y Garantías; La ley del más débil*. Trotta, Madrid, 2001, p. 15-35.

¹⁰⁵ Cf. José Luis Cascajo Castro. *La lucha por el Estado...*, op. cit., p. 166.

¹⁰⁶ Cf. M. J. Falcón y Tella. *Constitución Española...*, op. cit., p. 179.

tação das relações entre as pessoas com a finalidade de colocar ordem na sociedade. Já no Estado social a lei não somente regulamenta as relações entre as pessoas, mas também desempenha ações em concreto (leis medidas), “no crean un orden para la acción, sino que son en sí mismas acción”, e isto por tratar-se de um Estado administrador e não mais meramente legislador. A lei liberal era a manifestação de uma racionalidade objetiva revelada na discussão parlamentar. Por outro lado, a lei social decorre da manifestação de uma racionalidade subjetiva, instrumental, orientada para estabelecer uma relação entre meios e fins, cujo valor pode medir-se por sua funcionalidade¹⁰⁷.

Como afirmamos anteriormente, o Estado social não derogou o Estado liberal. Ao contrário, a partir dos valores básicos do Estado liberal, liberdade e igualdade, realizou uma releitura desses valores fundamentais, os quais receberam uma nova dimensão.

A crise do Estado social de Direito

Teorizado na primeira metade do século XX e consolidado depois da Segunda Guerra Mundial, o Estado social, desvirtuado e convertido em um Estado do máximo bem-estar, não demorou mais de duas décadas para começar a apresentar sinais de esgotamento em sua capacidade para solucionar a crise social, agora situada dentro de um contexto maior, a crise da humanidade.

A consolidação e o aprofundamento do Estado social deram-se ao longo de contínuas e incessantes pressões sociais por uma maior intervenção do Estado na sociedade, agora instrumentalizadas por amplo sufrágio.

A democracia liberal com a conseqüente participação cada vez maior dos cidadãos nas decisões políticas do Estado, especialmente da grande massa excluída da partilha da riqueza produzida pelo esplendor do Estado liberal, possibilitou uma grande pressão social por aumento, às vezes indiscriminado, de serviços e prestações estatais. A demanda social

por uma crescente intervenção pública no processo econômico e social deu causa a um incremento dos investimentos públicos em relação ao Produto Interno Bruto – PIB, aumento dos gastos públicos em ritmo mais acelerado que o PIB.

O Estado social, inicialmente pensado e orientado para a satisfação das necessidades mínimas ou das condições mínimas de existência, as quais o próprio homem não pode garantir individualmente, transpassa esse mínimo¹⁰⁸ para terminar desvirtuando-se em um Estado do Bem-estar. Adela Cortina faz uma distinção muito clara entre o Estado social e o Estado do Bem-estar. O primeiro tem uma justificação ética, a satisfação dos mínimos direitos fundamentais para uma vida digna, o segundo uma justificação econômica, a expansão indefinida da demanda. Na história ocorreram juntos, entretanto, há que distinguir-se entre justiça e bem-estar¹⁰⁹.

De um lado, a sociedade exigindo uma maior intervenção do Estado com prestações e serviços e, de outro, o sistema econômico necessitando dessa intervenção para fins de incrementar o consumo e manter a atividade econômica. Essa demanda convergente, da sociedade e do sistema econômico, fez com que o Estado hipertrofiasse, gerando déficit público. Em síntese, para o Juan-Ramón Capella, a crise do Estado do Bem-estar resume-se, por um lado, em uma crescente demanda social por prestações e serviços públicos e, por outro, em uma decrescente capacidade orçamentária do Estado para fazer frente a esses gastos¹¹⁰.

A crise econômica gera a crise do Estado do Bem-estar, do Estado social, do Estado liberal e da democracia. É uma crise global da própria concepção de Estado. Para Juan-Ramón Capella a crise do Estado do Bem-estar ocorre dentro da crise da civilização¹¹¹.

A capacidade do Estado social de realizar os valores, princípios e direito constitucionais, especialmente, os direitos fundamentais de segunda geração,

¹⁰⁷ Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...* op. cit., p. 62-64; Perfecto Andrés Ibáñez. El juez del Título Preliminar (La justicia del “Estado de Derecho” en la crisis del “Estado social”). In: *Jornadas de Estudio sobre El Título Preliminar de la Constitución*. Madrid: Centro de Publicaciones, 1988, vol. I, p. 643.

¹⁰⁸ Cf. Maria Tereza Gallego Méndez. *Estado social...* op. cit., p. 129.

¹⁰⁹ Cf. Adela Cortina. *Del Estado de bienestar...* op. cit., p. 16.

¹¹⁰ Cf. Juan-Ramón Capella. *La crisis del...* op. cit., p. 180.

¹¹¹ Juan-Ramón Capella. *La crisis del...* op. cit., p. 187; Francisco Serra. El futuro del Estado social. In: Enrique Olivas (ed.). *Problemas de legitimación en el Estado Social*. Madrid: Trotta, 1991, p. 167.

pressupõe uma capacidade orçamentária para fazer frente aos investimentos e gastos públicos. Por esta razão, Forsthoff questiona a normatividade da categoria Estado social diante da impossibilidade de sua efetividade na hipótese de escassos recursos públicos. Todavia, a falta de recursos públicos não deixa de obrigar os poderes públicos a perseguirem, como projeto de futuro, um crescente grau de efetividade dos direitos constitucionais, os quais tanto descrevem (ser) como prescrevem (dever ser), cabendo aos poderes públicos aproximar ao máximo o *ser* do *dever ser*. Neste processo de aproximação e, possivelmente, de um *dever ser* nunca acessível ou utópico, sempre haverá graus não cumpridos de efetividade que deverão ser permanentemente combatidos. Entretanto o *dever ser* sempre deverá ser definido a partir das condições culturais, sociais, políticas, econômicas, religiosas etc., de uma determinada comunidade, sob pena de esvaziamento total da efetividade e legitimidade da norma constitucional.

As "*promesas incumplidas*" (Norberto Bobbio)¹¹² do Estado social de Direito provocam a perda de sua legitimidade, a qual não se encontra mais na lei, isto é, na consonância da lei com os valores, princípios e direitos constitucionais, mas no grau de efetividade dos mesmos, isto, é, a "*legitimidad se refrenda o se pierde según el grado de garantía efectiva que otorga a los derechos fundamentales*"¹¹³. A crise de efetividade e de legitimidade do Estado social, provocada por sua conversão em um Estado de Bem-estar, abre o debate sobre a necessidade de redução do tamanho do Estado, sobre o grau de intervenção na sociedade e das prestações e serviços públicos. O fundo da questão não está mais na ativação da cláusula social do Estado social de Direito, mas na sua desativação, ou seja, o núcleo do debate é saber até onde o Estado pode ser reduzido e se nesta redução estão ou não garantidos os direitos mínimos de existência.

Há um consenso sobre a crise do Estado social, mas não sobre suas causas e propostas de superação. De um lado, a satisfação das necessidades mínimas e do bem-estar, de outro, as necessidades da economia

e do mercado, a eficiência e o lucro. O velho e sempre presente conflito entre a comunidade e o indivíduo. No âmbito deste debate surge um leque de propostas, desde as neoliberais, as quais propõem a redução do Estado, às nekeynesianas, as quais defendem uma maior expansão do Estado de Bem-estar.

O debate sobre a crise do Estado social de Direito não pode circunscrever-se ao sistema econômico, isto é, as razões econômicas não podem prevalecer sobre as razões políticas e sociais, a ponto de subordiná-las ao desenvolvimento econômico como se este fosse um fim em si mesmo. A consideração exclusiva de argumentos econômicos ou "*la aceptación incondicionada de la lógica económica supone ya una ruptura del pacto constituyente que dio lugar al Estado social*"¹¹⁴.

O Estado democrático de Direito

O processo de democratização do Estado tem início com o Estado liberal e amplia-se no Estado social. Historicamente é um processo paralelo à formulação dos conceitos do Estado liberal e do Estado social de Direito. No Estado liberal a democracia liberal assume uma concepção de natureza formal, restrita ao campo político, enquanto que no Estado social a democracia social assume uma concepção de natureza material, isto é, sem perder os aspectos positivos da democracia formal, a possibilidade de acesso ao poder político de um maior número de pessoas, adentra no campo social, assegurando essa participação também no campo econômico e social.

A cláusula democrática dos Estados generaliza-se especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, até como forma de legitimação de sistemas políticos autoritários. A utilização indiscriminada do termo, às vezes totalmente divorciada da realidade política e social, terminou por esvaziar de conteúdo o conceito, dificultando o labor do intérprete quando da análise da fórmula político-jurídica do *Estado democrático de Direito*.

Segundo Falcão e Tella a fórmula do Estado democrático de Direito surge na Alemanha com o Abendroth (1954) e Jahrheiss e na Suíça com Bau-

¹¹²Norberto Bobbio. *El futuro de la democracia*. Barcelona: Plaza & Janés, 1985.

¹¹³Vicente Bellver Capella. *La dimensión prestacional...* op. cit., p. 1.886.

¹¹⁴Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...* op. cit., p. 96.

mlich (1954)¹¹⁵. Na Espanha é introduzida por Elías Dias (1966)¹¹⁶. A formulação democrática do Estado sofre de um grau maior de indeterminação do que o próprio conceito do Estado social, o que faz de sua interpretação uma árdua tarefa. Em pontos extremos de sua interpretação, iremos de uma democracia formal ou procedimental, restrita ao poder político, até uma democracia material, semelhante à proposta do socialismo¹¹⁷. Ou, em outras palavras, de uma democracia liberal a uma democracia socialista. Por fim, a cláusula democrática pode ser trabalhada dentro do próprio Estado social, no qual as fórmulas Estado social de Direito e Estado social e democrático de Direito são equiparadas ou, ainda, como uma *terceira fase* no processo histórico de evolução do Estado de Direito, ou seja, o *Estado democrático de Direito como fase superadora do Estado social de Direito*¹¹⁸.

De um lado, as interpretações conservadoras da fórmula democrática desenvolvem seu conteúdo dentro do Estado social, entendendo as fórmulas do Estado social de Direito e do Estado social e democrático de Direito como expressões equivalentes. Essas correntes interpretativas sofrem algumas matizações entre si, existindo aquelas que falam da democracia nos moldes liberais e outras em moldes sociais. De outro lado, as interpretações progressistas advogam a superação do Estado social pelo Estado democrático de Direito com um conteúdo específico e distinto daquele à semelhança do socialismo. Nós tentaremos demonstrar que o Estado democrático de Direito, com conteúdo próprio, parte da segunda fase do Estado liberal, passa pelo Estado social, propondo um aprofundamento de seus conteúdos. Em um primeiro momento trataremos do Estado democrático de Direito como a consolidação de um específico ordenamento jurídico e, posteriormente, como paradigma de Estado.

O Estado democrático de Direito possui um conteúdo próprio, distinto dos conteúdos axiológicos

encontrados nos Estados liberal e social de Direito. O Estado liberal, em seu início, não era democrático, o que leva à conclusão de que nem todo Estado liberal é necessariamente democrático. O mesmo ocorre com o Estado social de Direito, isto é, obrigatoriamente o Estado social não precisa ser democrático, pois, em tese, é possível existir Estado social não democrático, assim como Estado de Bem-estar não democrático. A história é testemunha da existência de Estados liberais e Estados sociais e de Bem-estar não democráticos. Se estes Estados podem existir sem democracia, significa que a cláusula democrática da fórmula político-jurídica *Estado social e democrático de Direito* possui um conteúdo próprio, a qual não pode ser esvaziada ou equiparada simplesmente à cláusula social.

No Estado democrático, assim como no Estado liberal e no Estado social de Direito, os valores liberdade e igualdade coexistem, sendo a uma vez fundamento de constituição, parâmetro de procedimento e fim último da fórmula político-jurídica. Entretanto, no Estado democrático de Direito há um aprofundamento dos conteúdos apresentados pelo Estado liberal (liberdade e igualdade formal) e pelo Estado social (igualdade material e liberdade) chegando-se à dignidade da pessoa, fundamento dos valores liberdade e igualdade, em suas versões formal e material. A dignidade da pessoa opera como síntese dos valores liberdade e igualdade¹¹⁹. A síntese dos valores liberdade e igualdade também pode ser encontrada no valor justiça¹²⁰, o que faz com que alguns nomeiem o Estado democrático de Direito como Estado de justiça.

A dignidade da pessoa está fundada em sua natureza racional (Kant)¹²¹, qualidade esta que dota o ser humano de liberdade para sua autodeterminação, bem como para a definição, sob sua responsabilidade, dos fins a perseguir. Segundo Werner Maihofer, “*el ser que el hombre produce a partir de si mismo mediante el cultivo de su naturaleza, en libre autodeterminación y*

¹¹⁵ Maria José Falcón y Tella. *Constitución Española...* op. cit., p. 184.

¹¹⁶ Cf. Elías Dias. *Estado de Derecho...* op. cit. Cap. IV.

¹¹⁷ Cf. Enzo Sciacca. *Interpretación de la democracia*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas y Editorial de la Universidad Complutense, 1994, p. 8.

¹¹⁸ Cf. Elías Dias. *Estado de Derecho...* op. cit., p. 91-92, 111, 114 y ss.

¹¹⁹ Cf. Werner Maihofer et al. Principios de una democracia en libertad. In: Trad. Antonio López Pina. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2001, p. 278.

¹²⁰ Cf. Gregorio Peces-Barba. *Los valores superiores...* op. cit., p. 38.

¹²¹ Cf. Immanuel Kant. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Trad. Roberto R. Aramayo. Madrid: Alianza, 2002.

establecimiento de fines bajo su propia responsabilidad, es su propia obra, la que determina su dignidad. Esta dignidad del hombre es la que vulnera todo aquel que le niegue o le prive de la libertad de autodeterminación y la responsabilidad respecto de sí mismo, con lo que le sustrae precisamente aquello mediante lo que crea su propio valor, lo que determina su dignidad”¹²². Assim, para a garantia da dignidade da pessoa é imprescindível a tutela de sua autonomia.

A dignidade da pessoa, ademais de expressar-se por meio da autonomia da pessoa, em razão do homem não poder viver isolado nem ser onipotente, também expressa-se por meio da solidariedade entre os homens. Há momentos na vida em que somente a liberdade não seria suficiente para conservar a dignidade, sendo necessária a solidariedade. Segundo Werner Maihofer, “considerado desde el punto de vista del correspondiente otro, pues, del que dependo, a cuya merced me encuentro, al que por ello necesito, para llegar a ser o seguir siendo un hombre entero, la dignidad humana tiene que ver con el existir para otros y apoyar a otros por principio, con la benevolencia hacia ellos, propios del hombre”¹²³.

Como conclusão, temos que se a dignidade da pessoa somente pode ser garantida pela tutela da autodeterminação e da solidariedade entre os homens, essas condições fundamentais da dignidade da pessoa passam a ser objeto de respeito, amparo e promoção pelo Estado democrático de Direito, isto é, os direitos humanos e seus valores fundamentadores, liberdade e igualdade, como derivações da dignidade da pessoa, devem ser tutelados pelo próprio Estado, sob pena de violação da dignidade da pessoa¹²⁴.

Ao contrário do postulado pelo Estado liberal, no qual prevalece a liberdade sobre a igualdade formal, e do Estado social, onde prevalece a igualdade material sobre a liberdade, no Estado democrático estes valores sintetizam a dignidade da pessoa, não sendo mais possível a opção pelo predomínio de um ou outro valor. A liberdade e a igualdade são encon-

tradas igualmente na dignidade da pessoa. A inexistência ou a redução irrazoável de um desses valores afeta diretamente a dignidade da pessoa, razão pela qual o grande desafio está em encontrar um espaço de convivência harmônica desses valores, embora, naturalmente, tendam a rivalizar. A questão não é tanto optar por um ou outro valor. Quem faz opção pela liberdade, em verdade, decide pela liberdade de alguns em detrimento da liberdade de outros. É o mesmo que não só decidir contra a igualdade, mas também contra a própria liberdade. Quem opta pela igualdade, em verdade, decide pela igualdade de alguns em detrimento da igualdade de outros. Em outras palavras, não somente decide contra a liberdade, mas também contra a própria igualdade. Em síntese, *liberdade e igualdade*¹²⁵. A relação, até então existente entre os valores liberdade e igualdade, fundada em uma concepção de necessário predomínio de um valor sobre o outro, deve ceder espaço para uma concepção de complementaridade.

Em uma concepção moderna de liberdade, esta não pode ser concebida somente como uma liberdade formal ou procedimental. A liberdade também deverá assumir um contorno material ou substancial, ou seja, um conteúdo econômico e social. A liberdade somente poderá ser efetivada se estiverem presentes as condições econômicas e sociais necessárias para seu pleno exercício¹²⁶, pois do contrário, não apenas a igualdade mas a própria liberdade restará violada. Por exemplo, a inexistência de um mínimo de educação viola o direito à liberdade de escolha.

A igualdade no Estado democrático não pode ser resumida à igualdade formal ou à igualdade diante da lei, pois essa igualdade gera desigualdade social e acarreta, por conseqüência, uma desigual liberdade. A ausência de igualdade material não apenas corrompe a própria igualdade como a liberdade.

Ademais desta aproximação e complementaridade dos valores liberdade e igualdade no Estado democrático, como derivação da dignidade da pessoa e da autodeterminação, também verificamos que a dignidade da pessoa funda-se na solidariedade entre

¹²²Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 280-281.

¹²³Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 281-282.

¹²⁴Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 283.

¹²⁵Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 302.

¹²⁶Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 292.

os homens. O Estado democrático de Direito, além de tutelar a liberdade e a igualdade, deverá promover a solidariedade entre os homens, entendida esta como ajuda e compromisso com o outro. O Estado democrático está obrigado a promover a humanização das relações e das condições sociais¹²⁷. A humanização democrática não está circunscrita a compensações econômicas por meio de serviços e prestações sociais, como proposto pelo Estado social, mas implica a dedicação do homem ao homem, a qual não é possível comprar nem regulamentar¹²⁸. Assim, necessariamente um Estado democrático, apoiado na dignidade da pessoa, estará baseado em valores, princípios e direitos humanos, devendo-se entender a cláusula democrática como uma democracia liberal, social e humana¹²⁹.

A dignidade da pessoa, como fundamento último do Estado e da sociedade, fundada na autodeterminação e na solidariedade, expressada por meio dos valores da liberdade, igualdade e solidariedade, princípios e direitos fundamentais, dá origem a uma “*democracia como forma de vida*”¹³⁰, que atua como pressuposto da “*democracia como forma de Estado e de governo*”, estabelecendo uma relação circular entre a democracia como forma de vida e a democracia como forma de Estado e de governo.

A democracia como forma de Estado e de governo no Estado democrático tem como elemento existencial a legitimidade do ordenamento constitucional, da titularidade e do exercício dos poderes constituídos. A cláusula democrática é uma forma de legitimação política¹³¹. A cláusula democrática da fórmula político-jurídica do Estado democrático de Direito está fundada no princípio da soberania popular, para o qual todo o poder político emana do povo¹³². Todo

o exercício do poder ou toda a atividade do Estado, seja legislativa, executiva ou jurisdicional, deve estar necessariamente legitimada, legitimação esta que não tem outro objetivo que garantir a efetiva participação do titular do poder político e sua autodeterminação¹³³. A origem deste poder, sua titularidade e exercício não são dados, mas justificados (legitimados) pelo próprio povo e não por alguém alheio ao povo¹³⁴.

A autodeterminação não somente fundamenta e justifica a origem do poder político, mas define os limites de seu exercício por meio dos direitos fundamentais¹³⁵. A soberania popular manifesta-se através do poder constituinte, da qual o povo é o titular. Este poder de *constituir* é a força e autoridade pré-constitucional para *constituir, manter e revogar* uma Constituição com pretensão normativa. O poder constituinte não se resolve em um ato constitutivo, mas existe de forma permanente, isto é, a “*fuerza normativa de la Constitución depende de ello*”¹³⁶.

Uma vez assentada a interdependência entre a democracia como forma de vida e a democracia como forma política, temos que a cláusula democrática impõe limites ao poder tanto de natureza formal como material. Como limites de uma democracia formal ou procedimental temos o princípio de legalidade, o princípio de divisão de poderes e o princípio de eleições periódicas¹³⁷, embora seja intuitivo que mesmo as democracias formais não podem ser concebidas sem um mínimo de liberdade e igualdade. Por outro lado, como limites de uma democracia material, ademais dos limites formais devem ser acrescentados limites materiais, os quais encontramos nos direitos

¹²⁷ Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 306-312.

¹²⁸ Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 315.

¹²⁹ Cf. Werner Maihofer. *Principios de una democracia...*, op. cit., p. 317.

¹³⁰ Cf. Carl J. Frierich. *La democracia como forma política y como forma de vida*. Madri: Tecnos, 1966, p. 22-23.

¹³¹ Cf. José Luis Cascajo Castro. *El Estado democrático...*, op. cit., p. 115 y 125.

¹³² Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño. *Soberanía popular y Estado de Derecho*. In: Franciso J. Laporta (Ed.). *Constitución:*

problemas filosóficos. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 45-74.

¹³³ Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado...*, op. cit., p. 53-56.

¹³⁴ Cf. Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madri: Trotta, 2000, p. 48.

¹³⁵ Cf. Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado...*, op. cit., p. 49.

¹³⁶ Ernst Wolfgang Böckenförde. *Estudios sobre el Estado...*, op. cit., p. 51.

¹³⁷ Cf. Manuel Aragón Reyes et al. *Constitución y Derechos fundamentales*. In: *Estudios de Derecho Constitucional: Homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*. Murcia: Universidad de Murcia, 1997, p. 96-97, vol. I.

fundamentais constitucionalmente garantidos¹³⁸. Segundo Aragón Reis, a inclusão de limites materiais opera no modelo um “salto qualitativo”¹³⁹.

O núcleo central da Constituição, os direitos fundamentais, concreção dos valores liberdade, igualdade e solidariedade, atuam como limite material da democracia, ou seja, os direitos fundamentais decorrentes desses valores estão “*fuera de lo decidible*” pelas eventuais maiorias democráticas. A democracia exercida dentro dos marcos constitucionais está limitada materialmente pela democracia constitucional¹⁴⁰. Segundo Andrés Ibáñez “*Los derechos fundamentales dejan de ser una suerte de punto de referencia externo para constituirse en ‘fundamento funcional de la democracia’ según señala Häberle*” ou, ainda, como a “...*esfera de lo indecidible*” (Ferrajoli), *es decir, un límite de derecho democráticamente impuesto a la mayoría, o sea, a la política, en garantía de la democracia...Integran “la dimensión sustancial de la democracia” (Ferrajoli), dan sentido a la política y al derecho y son su paradigma de legitimación, y de deslegitimación, por tanto*¹⁴¹.

A Constituição é a fusão do Estado de Direito com a democracia. O “*Estado constitucional no es más que el intento de jurificar la democracia*”¹⁴². A Constituição não tem outra função que limitar o poder do Estado. O povo, no exercício do poder constituinte, por meio da Constituição, define quem é o verdadeiro poder soberano e estabelece as limitações formais e materiais de seu exercício. Como limitações formais, comparecem o princípio da legalidade, o princípio de divisão de poderes e o princípio das eleições periódicas, e como limitação material, os valores da liberdade, igualdade, solidariedade, os princípios e os direitos fundamentais.

A constitucionalização dos direitos fundamentais altera substancialmente os elementos constitutivos do Estado de Direito. Os direitos não são mais direitos legais, mas direitos constitucionais. Os direitos não valem mais nos limites definidos pela lei, mas é a lei que passa a ter validade nos limites definidos pelos direitos constitucionais¹⁴³. A lei sofre um processo de desmitificação, passando os direitos fundamentais a encontrarem fundamento não na lei, mas nos valores e princípios constitucionais¹⁴⁴. Essa supremacia e normatividade da Constituição é garantida pelo controle de constitucionalidade realizado por um poder judicial independente.

Os direitos fundamentais de primeira e segunda geração ou dimensão, os direitos civis e políticos, assim como os direitos sociais e econômicos, respectivamente, concebidos no Estado liberal e no Estado social, da mesma forma encontram-se presentes no Estado democrático. A abertura para o futuro da cláusula social é potencializada pela cláusula democrática, ampliando as demandas da sociedade, permitindo o surgimento de novas gerações de direito, os chamados direitos de terceira e quarta gerações.

A cláusula democrática não constitucionaliza uma teoria democrática em abstrato, mas define os marcos normativos para uma praxis, embora a necessária “*interpretación integradora de la fórmula constitucional*” leva obrigatoriamente a concluir-se por uma democracia material, isto é, “*la lógica de la democracia conduce políticamente a la realización del Estado social*”¹⁴⁵. A normatividade constitucional outorga esta mesma qualidade aos valores, princípios e direitos constitucionais, os quais possuem um núcleo essencial que não pode ser vulnerado pelas maiorias eventuais, embora democráticas, pois estas maiorias somente podem atuar dentro dos limites previamente definido pela democracia constitucional. Respeitada a normatividade de todas as disposições da Constituição, assim como o núcleo essencial dos

¹³⁸Cf. Manuel Aragón Reyes. *Constitución y Derechos...*, *op. cit.*, p. 100.

¹³⁹Manuel Aragón Reyes. *Constitución y Derechos...*, *op. cit.*, p. 98-99.

¹⁴⁰Cf. Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴¹Perfecto Andrés Ibáñez. *Garantía judicial de los derechos humanos*. Claves de razón práctica, Madrid, n° 90, p. 11, março, 1999.

¹⁴²Manuel Aragón Reyes. *La democracia constitucional. In: Constitución y constitucionalismo hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 94-99.

¹⁴³Cf. Manuel Aragón Reyes. *La democracia constitucional...*, *op. cit.*, p. 101.

¹⁴⁴Cf. Alessandro Baratta. *El Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁵Cf. José Luis Cascajo Castro. *El Estado democrático...*, *op. cit.*, p. 118-119 y 137.

direitos fundamentais¹⁴⁶, emerge uma multiplicidade de possibilidades de concreção destes direitos, isto é, a Constituição não positiviza uma política concreta, mas estabelece os limites dentro dos quais a política deverá ser desenvolvida. A cláusula social inserida na cláusula democrática obriga o legislador ordinário a atuar conforme a Constituição. O postulado social não define uma única possibilidade de atuação das forças políticas, mas deixa aberto o caminho das realizações ao livre jogo democrático, que em nenhuma hipótese pode trilhar por debaixo do mínimo necessário para uma vida digna.

A cláusula democrática estabelece um projeto de Estado e de sociedade inacabados, em estado de permanente construção diante dos desafios do futuro¹⁴⁷. Não se trata de uma cláusula de conteúdo estático, cristalizado no tempo¹⁴⁸, mas de uma cláusula dinâmica, em contínua relação de interação com a realidade¹⁴⁹. A “*democracia es un concepto bifronte (empírico y normativo) que además se mueve en el tiempo, en la historia*”¹⁵⁰, em uma constante luta pela efetividade do Estado democrático¹⁵¹. A cláusula democrática apresenta-se concomitantemente como *ser* e *dever ser*. Entre o *ser* e o *dever ser* deverá ser encontrado um caminho que não se contente nem com a mera descrição do que somos, nem com uma proposta de democracia inalcançável. Em outras palavras, a cláusula democrática deverá partir do que somos e apontar para o que poderemos chegar a ser¹⁵².

¹⁴⁶Cf. Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...* op. cit., p. 99.

¹⁴⁷Cf. Fernando Vallespin. *La democracia como proyecto inacabado*. Claves de razón práctica, Madrid, nº 13, Junio/1991, p. 48.

¹⁴⁸German Bidart Campos. *La positivización...* op. cit., p. 718; Konrad Hesse. *Escritos de derecho...* op. cit., p. 19.

¹⁴⁹Cf. Adela Cortina. *Democracia; El dogma de nuestro...* op. cit., p. 26; Gurutz Jáuregui. *Globalización y democracia*. Claves de razón práctica, Madrid, nº 99, p. 13, janeiro-fevereiro, 2000.

¹⁵⁰Cf. Fernando Vallespin. *La democracia como...* op. cit., p. 46; Carl J. Friedrich “*La constitución debe, pues, ser reconocida y concebida como “Constitución viviente”*”. *La democracia como...* op. cit., p. 14.

¹⁵¹Cf. Alessandro Baratta. *El Estado de Derecho...* op. cit., p. 23; José Luis Cascajo Castro. *La voz ‘Estado social...* op. cit., p. 11; Maria José Falcón y Tella. *Constitución Española...* op. cit., p. 170.

¹⁵²Cf. Fernando Vallespin. *La democracia como...* op. cit., p. 44.

Esta abertura ao futuro da cláusula democrática revela uma dimensão utópica do Estado democrático de Direito. Aqui não estamos fazendo referência à utopia clássica, sem compromissos com a possibilidade de realização, a-histórica, nem à utopia completamente realizável, histórica. A utopia completamente inalcançável somente serve para constatar a distância que há entre o paradigma utópico e a realidade. A utopia completamente acessível deixa de ser utopia no momento em que concretiza-se. A utopia democrática deve estar a meio caminho entre o totalmente possível e o totalmente impossível, ou seja, deve estar no campo da possibilidade de concreção.

A tarefa de concreção da utopia democrática permite a realização somente de aspectos parciais e não de sua totalidade, isto porque no instante em que um determinado aspecto do paradigma utópico democrático é alcançado, imediatamente este mesmo aspecto passa a ter um novo paradigma utópico a ser alcançado. Não é por outra razão que a cláusula democrática é um constante fazer e refazer.

A crise do Estado democrático de Direito

No momento em que a cláusula democrática alberga a cláusula social, isto significa que a crise do Estado social também alcança o Estado democrático. A ampliação das demandas sociais conduz ao aumento dos gastos públicos com prestações e serviços sociais¹⁵³. A ausência de recursos públicos para fazer frente à crescente demanda social reflete diretamente no grau de inefetividade dos direitos e na perda de legitimidade do Estado.

Entretanto, esta não é a única crise do Estado democrático. A própria cláusula democrática encontra-se em crise na sua relação com a forma de Estado e de governo. A cláusula democrática da fórmula está fundada no princípio da soberania popular, vale dizer, todo o poder político, o domínio de homens sobre homens, emana do povo. Desta forma, a legitimidade democrática da atividade desenvolvida pelo Estado depende do grau de influência e controle do povo, em uma palavra, participação. Quanto menor este grau de participação da sociedade, quanto mais afastado está o povo dos centros de poder nos quais as decisões

¹⁵³Cf. Werner Maihofer. *Estado de Derecho...* op. cit., p. 227.

políticas sobre o futuro de suas vidas são tomadas, quanto menor sua influência e controle, menor será o grau de legitimidade da atividade estatal. Tal fenômeno ocorre porque a cadeia ininterrupta de legitimação democrática não parte do povo nem a ele retroage, razão pela qual o grau de liberdade está sendo reduzido, pois o povo participa cada vez menos das decisões políticas que repercutirão sobre sua vida¹⁵⁴.

A perda de legitimidade democrática do Estado é conseqüência de vários fatores internos e externos aos Estados-nacionais, fatores estes que atuam conjuntamente na erosão do grau de legitimidade democrática. No âmbito interno Norberto Bobbio identificou alguns obstáculos à realização democrática ou falsas promessas da democracia: 1 — O surgimento de corpos intermediários entre o cidadão e o Estado, os quais atuam como organizações corporativas de interesses específicos, fazendo com que alguns interesses estejam melhor representados que outros; 2 — O interesse público não suplantou os diversos e difusos interesses particulares; 3 — O poder político não chegou a ser democratizado, em razão da sobrevivência das elites do poder; 4 — Todas as decisões importantes para a sociedade não passam por uma decisão democrática; 5 — A ausência de transparência por parte do poder público na tomada das decisões dá origem à falta de controle democrático sobre essas decisões; 6 — O exercício da democracia não educou o cidadão, ao contrário, desiludiu¹⁵⁵.

No âmbito externo dos Estados-nacionais, surgiram nas últimas décadas alguns novos fenômenos, os quais agravaram a crise democrática de legitimidade. Entre estes poderíamos citar a globalização da economia e suas conseqüências sobre os Estados, os processos de integração supranacional, os problemas políticos derivados da diversidade e do pluralismo étnico e cultural e a crescente influência dos meios de comunicação de massa no processo político. Com o crescimento das economias e das sociedades, as quais ultrapassam os limites territoriais dos Estados, ocorre uma internacionalização dos centros de poder políti-

co sobre os quais o cidadão a pé não tem nenhum tipo de influência ou controle, embora as decisões tomadas nesses centros afetem sua vida. O Estado democrático enfrenta um déficit democrático em razão da desterritorialização dos espaços políticos, é a crise do espaço público¹⁵⁶.

Analisando estes fenômenos, Fernando Vallespín aponta cinco blocos de problemas para a democracia: 1 — Os problemas existentes nos canais de mediação entre a sociedade e o sistema político, o que afeta sobretudo o instituto da representação democrática; 2 — Os problemas referentes à especialização e complexidade da vida política, o que leva a um número cada vez maior de decisões políticas assentadas em critérios técnicos colhidos no ambiente da tecnocracia; 3 — O problema da crescente influência dos meios de comunicação de massa nos resultados políticos; 4 — O problema da colonização da política pela economia, debilitando o sistema político e o desenvolvimento de políticas de solidariedade e promoção da cláusula social; 5 — O problema da diversidade cultural e étnica dentro dos Estados sem uma devida acomodação política; 6 — O problema da qualidade da democracia¹⁵⁷.

A cláusula democrática até o momento sempre foi teorizada apenas no âmbito interno dos Estados e nunca no âmbito internacional. Os Estados, da porta para dentro são democráticos, entretanto, da porta para fora, em suas relações internacionais, com a finalidade de proteger a sua independência, adotam posturas radicalmente antidemocráticas, como a carreira armamentista, as guerras preventivas e estratégicas, os protecionismos comerciais etc¹⁵⁸, os quais invariavelmente levam à morte, pobreza e fome de milhões de pessoas.

Uma necessária recomposição da fórmula

Uma vez identificados os núcleos dos significados de cada um dos elementos integrantes da fórmula político-jurídica do *Estado social e democrático de Di-*

¹⁵⁴Ernesto Garzón Valdés. *Optimismo y pesimismo en la democracia*. Claves de razón práctica, Madrid, nº 131, p. 24-32, abril, 2003.

¹⁵⁵Cf. Corina Yturbe. *Pensar la democracia...*, op. cit., p. 231-233; Francisco J. Laporta. *El cansancio de la democracia*. Claves de razón práctica, Madrid, nº 99, p. 20, janeiro-fevereiro, 2000.

¹⁵⁶Cf. José Luis Cascajo Castro. *El Estado democrático...*, op. cit., p. 116; Ignacio Sotelo. *Crisis del Estado, crisis de la democracia*.

¹⁵⁷Cf. Fernando Vallespín. *El futuro de la democracia...*, op. cit., p. 5-6.

¹⁵⁸Cf. Gurutz Jáuregui. *Globalización...*, op. cit., p. 14.

reito e suas respectivas crises, impõe-se estabelecer alguns critérios para sua interpretação dentro do sistema constitucional a fim de desentranhar uma norma de orientação sistemática para todo o ordenamento jurídico.

Embora tenhamos partido do art. 1.1 da Constituição da Espanha, certo é que até agora trabalhamos com elementos culturais, históricos e filosóficos pré-constitucionais, ou seja, com aquele acervo de conhecimento também acessível ao legislador constituinte por ocasião da elaboração da Constituição, que de uma forma ou outra serviu para sua orientação.

Diante da relativa elasticidade dos conteúdos assumidos pelo Estado liberal, Estado social e Estado democrático de Direito, todos eles elementos integrantes da fórmula Estado social e democrático de Direito, temos que a única maneira de construir um conteúdo integrador da fórmula seria a partir do próprio texto constitucional. Como vimos acima, a construção do Estado moderno passou por várias fases e, na atualidade, especificamente na Constituição da Espanha, a contribuição e originalidade de cada uma dessas fases está condensada na fórmula constitucional. A fórmula última do Estado espanhol não é apenas o resultado de uma soma dos conteúdos das fases anteriores, mas trata-se de uma integração desses conteúdos em uma *relação de sinergia* entre seus elementos em uma mesma direção, fazendo surgir uma nova concepção de Estado¹⁵⁹.

Como pressuposto da interpretação da fórmula do Estado social e democrático de Direito devemos ter presente a normatividade integral da Constituição, incluindo, portanto, a própria fórmula¹⁶⁰. A normatividade do texto constitucional não é um atributo lógico e natural de toda e qualquer Constituição, mas o resultado de uma imputação dessa qualidade ao texto. Assim, embora o texto constitucional esteja carregado de normatividade, este atributo é cotidianamente desafiado em razão da carência de efetividade de algumas normas constitucionais, isto é, algumas normas constitucionais são mais efetivas do que outras ou, possivelmente, mais normas do que outras. A questão

¹⁵⁹Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...* op. cit., p. 96, 103-104.

¹⁶⁰Cf. Manuel García-Pelayo. *Las transformaciones...* op. cit., p. 95.

toda está em que a normatividade e o grau de efetividade do texto constitucional, em boa medida, dependem do intérprete que, não raras vezes, escudando-se em argumentos técnicos esvazia a normatividade e, por consequência, sua efetividade.

O reconhecimento da *máxima normatividade da Constituição*¹⁶¹ é a definição de um *método de interpretação*, com exclusão de outros métodos. Os aspectos axiológico, cultural, político, social e econômico necessariamente deverão ser levados em consideração. Entretanto, a Constituição e sua normatividade não são apenas um elemento a mais na interpretação, mas o *ponto de referência* em torno do qual os demais aspectos devem ser interpretados¹⁶². Para Cascajo Castro o importante não é tanto adotar definições especulativas do que poderia entender-se com a fórmula, mas o que poderia ser definido como “*contenido normativo vinculante, deducible desde el propio texto por medios racionales*”, ou seja, “*desentrañar su significación como idea conductora de todo el ordenamiento jurídico, donde despliegue una orientación sistemática*”¹⁶³.

Por fim, ademais da normatividade da Constituição, outros princípios de interpretação devem ser levados em consideração como os princípios da unidade e da coerência do texto constitucional. A Constituição não pode ser interpretada em tiras, em partes isoladas, nem de forma contraditória ou incoerente, mas deve ser interpretada em seu todo, de forma harmônica. É o *finalismo constitucional* que dá um sentido unitário ao sistema axiológico contido na Constituição. A finalidade está definida pelos valores e princípios constitucionais, estando o Estado obrigado a realizá-los, bem como erradicar todos os desvalores. A positivação dos valores superiores, provenientes do sistema moral, não retira a função crítica e de pressão sobre o sistema jurídico, possibilitando sua ampliação e aprofundamento¹⁶⁴.

¹⁶¹Konrad Hesse. *Escritos de derecho...* op. cit., p. 61-84; Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1983, p. 63-105.

¹⁶²Francisco Balaguer Callejón. *El Estado social...* op. cit., p. 89.

¹⁶³José Luis Cascajo Castro. *La voz 'Estado social...* op. cit., p. 13-14.

¹⁶⁴Cf. Gregorio Peces-Barba. *Los valores superiores...* op. cit., p. 30.

À parte dos valores e princípios, de fundamental importância para a interpretação constitucional, o enunciado do art. 9.2 da Constituição obriga os poderes públicos, legislativo, executivo e judicial, a promover *todas* as condições para que a liberdade e a igualdade de *todos* os indivíduos e dos grupos em que estão integrados sejam reais e efetivas, assim como esses mesmos poderes deverão remover *todos* os obstáculos que possam impedir ou dificultar a plenitude desses valores e, ainda, facilitar a participação de *todos* os cidadãos na vida política, económica, cultural e social¹⁶⁵.

¹⁶⁵Cf. B. Callejón. *El Estado social...*, *op. cit.*, p. 102; "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social." (Art. 9.2 da Constituição da Espanha de 1978).