

---

## ESTADO DE DIREITO, MAS... DE QUE DIREITO?

---

O Direito Constitucional dedicou valiosas páginas ao exame das chamadas dimensões fundamentais do Estado de Direito, as quais, conforme o aparente consenso doutrinário, costumam ser identificadas em um rol de quatro características essenciais, a saber: o império do direito, a constitucionalidade, a separação de poderes e a existência de um sistema de direitos fundamentais.

Entre tais componentes do núcleo essencial do Estado de Direito, parece cercar-se de particular simplicidade a dimensão do império do direito. Esta afirmação, no entanto, deflui de uma apuração francamente superficial do princípio do Estado de Direito, de vez que a referida característica fundamental envolve cogitações bastante complexas, que se refletem profundamente sobre as demais dimensões formadoras do postulado ora em debate. Senão, observe-se.

Com efeito, que o Estado de Direito se submeta às normas jurídicas por ele próprio concebidas, disso não há qualquer dúvida: de fato, esta sujeição é própria de sua natureza mesma. Contudo, se o Estado de Direito deve fidelidade a seu ordenamento jurídico, pois que esta é uma de suas dimensões fundamentais, então a explicação do quanto possa isso representar passa necessariamente pelo problema da conceituação do direito a que o Estado está sujeito, discussão que acaba por trazer ao cenário do Direito Constitucional temas bastante controvertidos, como o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

CANOTILHO atenta para esse problema, afirmando que “ao decidir-se por um Estado de Direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*. Mas o que significa *direito* neste contexto? A clari-

ficação do sentido de ‘direito’ ou ‘medida de direito’ é, muitas vezes, perturbada por pré-compreensões (ideológicas, religiosas, políticas, econômicas, culturais)”<sup>1</sup>.

Pois bem, o problema da conceituação do direito que orienta a atividade estatal provoca o surgimento de duas maneiras de apreensão do Estado de Direito: a formal e a material. Ou se acredita, como fizeram os positivistas, que nada existe a governar a atividade legiferante do Estado, razão pela qual toda norma legal, em sentido lato, é válida e, como tal, serve a orientar a atuação do Estado de Direito, independentemente de seu conteúdo, contanto que se tenha atendido ao procedimento constitucional de sua elaboração; e aí depara-se com o Estado formal de Direito, fiel à lei positiva sem que esta deva obediência a prin-

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 1992. p. 361-362.

cípios ou valores a ela superiores. Ou, por outro lado, acredita-se que as normas emanadas do Poder Legislativo precisavam, antes de tudo, compatibilizar-se, sob o ângulo de seu conteúdo, com postulados de justiça e valores consagrados pela sociedade e só assim servem à missão de controlar a atividade estatal. Neste caso, está-se diante do Estado material de Direito, em que a lei, para que seja considerada legítima, não pressupõe apenas a correção do procedimento de sua elaboração.

O Estado de Direito, em sua fase inicial, de alicerces tipicamente liberais e dedicado a ultimar a superação do absolutismo monárquico, não se compatibilizava senão com uma visão de cunho material. O ente estatal, em sua forma pós-revolucionária, ligado ao duplo empreendimento da realização do princípio da legalidade e da implementação da justiça racional, identificada com as idéias jusnaturalistas, tinha uma tarefa eminentemente formal de persecução da lei a qualquer custo, mas essa tarefa estava limitada e condicionada por outra, de caráter nitidamente

material, que, visando à realização da justiça, determinava que a lei somente fosse cumprida se estivesse conforme ao direito natural e a seus princípios de liberdade humana.

Esse Estado Liberal de Direito, naturalmente material, submetido a um direito vinculado a uma estrutura valorativa a ele anterior e superior, fundada sobre a chamada justiça material, porém, dá lugar, na cena histórica, à concepção do Estado de Direito formal, com a ascensão do positivismo, ainda na fase liberal. De fato, ao conceber-se o direito à maneira jurídico-positivista, este acaba por ser visto como um mero conjunto de normas estabelecidas pelo Legislativo, independentemente do seu conteúdo. Com isso, surge um Estado de irrestrita fidelidade à lei, sempre válida, ainda que injusta, bastante que é a correção do processo legislativo. O Estado de Direito, então, deforma-se e tem reduzida a sua significação, passando a ser, como assevera José Afonso da SILVA, tão-somente, um Estado de legalidade ou um Esta-

do-legal<sup>2</sup>, idéia que, por confundir Estado com direito, faz com que todo Estado acabe sendo Estado de Direito.

Essa fase cegamente liberal do Estado de Direito, contudo, não sobrevive durante muito tempo. Erigido sobre o liberalismo e o individualismo, e, portanto, defensor, por natureza, dos interesses da burguesia, o primeiro ciclo do Estado de Direito impunha o abstencionismo e o neutralismo estatais, razão pela qual a atuação do Estado dever-se-ia, naquele período, limitar à proteção dos direitos individuais, cuja expressão máxima era a liberdade pessoal, a propriedade privada, a liberdade de contratar e a liberdade de indústria e comércio. Como tais direitos concentravam-se todos em mãos burguesas, o Estado não fazia mais do que proteger a burguesia e, dada a tradição da omissão estatal, perpetuar uma ordem social sumamente injusta, porque consagrada sobre a desigualdade. Diante disso, reclamou-se do Estado

<sup>2</sup> Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 104.

uma atuação social e economicamente intervencionista, capaz de reconhecer direitos às classes esquecidas pelo liberalismo burguês, promovendo-se o bem-estar e a participação do indivíduo nos benefícios da civilização.

Surge, assim, o Estado Social de Direito, que, por assumir o compromisso de instaurar a verdadeira justiça social, tem sido visto, necessariamente, como um Estado material de Direito. Essa tese, todavia, não é de ser tomada em termos absolutos, já que, certo como é que o Estado Social instaura os direitos sociais mediante sua atividade legislativa, resta a discussão sobre saber se a lei relevante na busca da justiça social é válida pela só razão de ser lei votada regularmente pelo Poder competente (o que conduz ao Estado formal de Direito) ou também e exatamente porque se presta ao compromisso de construir uma ordem social justa (o que leva a uma visão material do Estado de Direito). Em face disso, tudo quanto é certo afirmar é que dizer se o Estado Social é formal ou material não depende de nele ir procurar características pré-

determinadas, senão da própria concepção do fenômeno jurídico que tem o cientista, observador da realidade que é o Estado de Direito.

Como evolução do Estado Social, surge o Estado Democrático de Direito, que confirma as conquistas sociais, mas avança para mais além, incorporando objetivos estatais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emane do povo e seja exercido em proveito deste, diretamente ou por meio de representantes eleitos. Pugna-se, aqui, por um governo participativo e pluralista, que envolva a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo e que respeite a pluralidade de idéias, culturas e etnias, pressupondo um diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade<sup>3</sup>.

Nesse contexto de completa sintonia entre o povo e o Estado, concebe-se como tarefa fundamental do Estado

Democrático de Direito a superação das desigualdades sociais e a instauração de um regime democrático que realize a justiça social, mediante constante intervenção na sociedade a bem da construção de uma infra-estrutura que permita o exercício de todos os direitos conquistados ao longo da evolução histórica do Estado de Direito. Trata-se de um Estado-execução, um Estado presente, que, por isso, não se satisfaz em dizer-se democrático, porque deve, sobretudo mostrar-se democrático, intervindo, a todo momento, no domínio social para compor a justiça social que, há tanto, a história tem buscado instaurar.

A doutrina, possivelmente em face da atualidade da questão, não se tem dedicado ao exame do Estado Democrático de Direito a fim de classificá-lo como material ou formal, empreendimento a que se propõe, todavia, esta parte conclusiva do presente trabalho.

A nosso ver, o Estado Democrático de Direito é, necessariamente, material. A intenção de vislumbrá-lo sob um enfoque formalista está fadada ao insu-

<sup>3</sup> Cf. SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 109.

cesso, porque deflui antes de tudo de uma má concepção do Estado Democrático de Direito. Veja-se.

A lei, em sentido lato, da Constituição ao regulamento administrativo, na fase democrática, não é mera norma de “arbitragem”, mas passa a constituir-se como instrumento fundamental de modificação da estrutura social, para atingimento dos objetivos do Estado Democrático. Ora, se é assim, a lei para que seja válida, nesta fase, deve servir a esse intuito de alteração do *status quo*, ou quando menos, nas hipóteses em que a norma legal não é assim tão socialmente relevante, não se pode voltar contra os objetivos democratizantes da ordem jurídica.

Isto porque o princípio democrático é postulado que informa a elaboração de todo ordenamento jurídico, inclusive da Constituição mesma, tal como se, ao mesmo tempo em que fosse instaurado por ela, fosse também sua nota inspiradora. A democracia se irradia, assim, sobre toda operação hermenêutica constitucional e infraconstitucional e, da mesma forma, sobre toda elabora-

ção normativa revisional ou complementar do Texto Magno. É dizer, seja para emendar a Lei Fundamental, seja para lhe dar execução, complementando-a pelo recurso da lei, ou interpretando tanto àquela quanto a esta, não se pode conspirar contra a democracia e as tarefas básicas a ela inerentes.

E, assim, se a lei pressupõe obediência a algo a ela anterior, ao princípio democrático e aos valores que lhe subsidiam, não há como se dispensar o exame do conteúdo legal como querem os adeptos do Estado formal de Direito. Estes, positivistas, legitimam, a rigor, toda sorte de regime negando-se ao exame do quanto de material na lei se contém escrito. Por isso que não poderiam sequer reputar democrático um Estado de Direito, empreendimento para o que é imprescindível avaliar o conteúdo da norma positiva, a fim de saber-se de sua repercussão na vida social, na busca de realização das “tarefas democráticas”, e, pois, da compatibilidade com um postulado supremo.

O Estado Democrático de Direito, portanto, não ostenta essa

qualidade, a de ser democrático, porque seu legislador, constituinte ou ordinário, assim o nominou, mas porque em um momento seguinte à elaboração constitucional ou legal, a lei está a ser usada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A democracia não está no papel, senão no norte que está a orientar a atividade estatal. Não há, pois, Estado Democrático formal de Direito, pois que este termo carrega em si mesmo uma inconcebível contradição.

*Vinícius Fermino\**

---

\* Aluno de graduação do Curso de Direito da Universidade de Brasília.