

PRINCÍPIO DO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luiz Felipe Silveira Difini[†]

Sumário: Introdução. I. Evolução da noção de Estado de Direito. 1. Estado de Direito Liberal Substancial. 2. Estado de Direito Liberal Formal. 3. *Rule of law*. 4. Totalitarismos e mero Estado de Legalidade. II. Estado Constitucional Democrático de Direito. 1. Formas constitucionais do Estado de Direito atual. 2. Parâmetros mínimos. 3. Subprincípios concretizadores. A) Legalidade. B) Segurança jurídica. C) Proporcionalidade. D) Proteção jurídica e garantias processuais (controle judicial). E) Princípio democrático. 4. *Verfassungstaax* e suas dimensões essenciais. Conclusão.



INTRODUÇÃO

É recorrente nos estudos de Direito Público o tema do Estado de Direito. Criação do constitucionalismo liberal, tem sobrevivido às mudanças políticas, culturais, econômicas ou filosóficas, agregando-se-lhe novos componentes, que o reciclaram na evolução do tempo histórico.

A expressão surge, pela primeira vez, com Placidus, pseudônimo de Johann Wilhelm Petersen. Na obra “Litteratur

[†] Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.

der Staatslehre”, publicada em Estrasburgo em 1798, refere-se a “Rechts-Staats-Lehrer” (teóricos do Estado de Direito) para designar a Escola de Kant¹. Após, menciona-o Adam Müller (“Die Elemente der Staatskunst”) e Carl Theodor Welcker (Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe, de 1813), mas é popularizada por Robert Von Mohl (Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 1832).

Como se vê deste breve esboço histórico o “Rechtsstaat” foi construção teórica alemã.² Na França, onde o projeto político correspondente realizou-se no plano prático, desenvolveu-se a forma muito mais limitada do “État legal”, só mais modernamente cuidando-se de “État de droit”. Já nos países de “common law”, a noção que se projetou, em construção concomitante e independente daquelas surgidas na Europa continental, foi a de *rule of law*.

Estes desenvolvimentos, o atual significado da polissêmica expressão “Estado de Direito” e a aplicação prática do instituto no atual ordenamento constitucional brasileiro, com especial atenção à sua concretização por nossos Tribunais superiores, são o objeto deste trabalho. Para tanto, em uma primeira parte analisaremos a evolução da noção de Estado de direito: cuidaremos do Estado de Direito Liberal, tanto na sua forma substancial (correspondente às revoluções liberais), como formal (relativa à consolidação dos estados burgueses), da *rule of law* e dos meros estados de legalidade, resultantes da máxima institucionalização dos regimes totalitários, no curso do século XX. A segunda parte será dedicada ao estudo da forma atual de Estado de Direito, que, a nosso ver, melhor pode

¹ Luc Heuschling. État de droit, *Rechtsstaat*, *rule of law*. Paris, Dalloz, 2002, pp. 36-37.

² Marx salientou, referindo-se aos notáveis avanços do pensamento (filosófico) alemão no século XIX, que lá a burguesia nascente compensava, com extraordinário desenvolvimento teórico, sua incapacidade de realizar seu projeto no plano político prático na forma de governo parlamentar. Contribución a la Critica de la Filosofia del Derecho de Hegel, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Nuevas, 1968.

ser denominada de “Estado Constitucional Democrático de Direito”, examinando suas formas constitucionais, parâmetros mínimos e subprincípios, bem como as dimensões essenciais do “Verfassungsstaat”, sempre à luz de suas concretizações pela jurisprudência de nossos Tribunais Superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, daí buscando extrair conclusões sobre a concretização do “modelo” do Estado Constitucional Democrático de Direito, em nossa experiência jurídico-constitucional.

I – EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE ESTADO DE DIREITO

1. ESTADO DE DIREITO LIBERAL SUBSTANCIAL

Os traços fundamentais do que chamamos “Estado de Direito Liberal substancial” são a constitucionalização de um rol de direitos individuais, ditos direitos fundamentais, a divisão de poderes, a noção de império da lei e, sua consequência, o princípio da legalidade.³

Nele, a validade formal dos atos do Estado vem da conformidade com a lei (princípio da legalidade), mas sua legitimidade é condicionada pela concordância material de seu conteúdo com uma tábua de valores que lhe é anterior e superior.⁴

³ “Direitos fundamentais e divisão de poderes (com *império da lei e princípio da legalidade*), surgem, pois, como os elementos fundamentais do Estado de Direito liberal, tal como proclamava, de forma lapidar, o art. 16º da Declaração de Direitos de 1789. O que não significa, como poderia inferir-se da conhecida teoria de CARL SCHMITT, que a validade destes elementos se confine à forma burguesa do Estado de Direito; pelo contrário, como decorre da concepção que vimos defendendo, consideramo-los necessários a toda a manifestação histórica de Estado de Direito”. Jorge Reis Novais. Contributo para uma teoria do Estado de Direito (do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito). Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1987, p. 70, grifos do original.

⁴ Idem, *ibidem*, p. 101.

Assim, o conceito de Estado de Direito Liberal substancial corresponde ao sentido originário da oposição da burguesia ao Estado absolutista e é um conceito de nítida inspiração jusnaturalista. É um *conceito de luta política*, no qual a burguesia buscará justificativa e legitimação da sua luta para alcançar o poder político, deslocando a nobreza.

Na França, terá expressão na noção de “Etat legal”, formulada por Carrè de Malberg, fundada na procedência da lei (princípio da legalidade) e conseqüente predominância do órgão ao qual constitucionalmente atribuída a função legislativa – o Parlamento – e da força social que o hegemoniza: a burguesia, então em acirrada luta (na França, em especial) contra o setor social anteriormente hegemônico – a nobreza:

A identificação do *poder* com a *lei* transformava, então, a assembléia parlamentar – que uma particular e interessada concepção de representação política, marcada pelo sufrágio censitário, o mandato representativo e a autonomia dos representantes erigia em órgão da *vontade-geral – na placa giratória* que vai permitir à burguesia assegurar o controlo efectivo da vida política e do aparelho de estado, deslocando em favor dos homens burgueses uma divisão de poderes que era suposta excluir todo o domínio dos homens. Tal como a separação Estado-sociedade e a função racional das leis gerais e abstractas encobriam a possibilidade de “desiguais poderes sociais” na exacta medida em que só se propunham ser instrumento do livre e igual desenvolvimento dos indivíduos, o “império da lei” encobria a *natureza de classe* da específica divisão de poderes no “estado legislativo parlamentar”.⁵

⁵ Idem, ibidem, pp. 89-90, grifos do original.

Em suma, o Estado de Direito liberal substancial é o paradigma jurídico-político da burguesia enquanto classe revolucionária. O rol de direitos fundamentais privilegiará a defesa, como direito praticamente absoluto, da propriedade; a igualdade formal eliminará privilégios de nascimento e das corporações; a divisão de poderes privilegiará o poder do Parlamento, hegemonizado pela burguesia, face à sua conjugação com a noção de império da lei. O princípio da legalidade estará, ainda, em conexão com tais elementos e informado por uma exigência de legitimidade, haurida no direito natural.

2. ESTADO DE DIREITO LIBERAL FORMAL

Já no Estado de Direito Liberal Formal passa-se a considerar como dimensão determinante do Estado de Direito as próprias técnicas de garantia dos direitos individuais. Os elementos formais instrumentais e o aspecto técnico-jurídico passam a predominar sobre o conteúdo material dos direitos fundamentais. O Estado de Direito progressivamente se reduz ao princípio da legalidade e à existência de uma justiça administrativa, à qual é atribuído o controle de legalidade dos atos da administração. A noção de submissão do Estado ao Direito progressivamente se reduz à simples subordinação da administração pública à lei⁶.

⁶ “O ideal de *Rechtsstaat* foi atingido pelos eventos de 1848-49 e pelo compromisso concertado entre os liberais e o regime monárquico. A evolução do *Rechtsstaat* tomou, então, progressivamente, a via positivista da formalização jurídica. Ele não se volta mais para a substantividade do poder do Estado, em si mesmo, mas para o método e a forma de sua atuação. O *Rechtsstaat* passou, assim, a identificar-se com os princípios ‘formais’ da legalidade, da segurança jurídica e do controle jurisdicional, especialmente, da administração pública. Há um declínio do conceito de direitos do homem, que perderam a dignidade de princípios constitucionais (não apareceram na Constituição de 1871). Mesmo as liberdades de profissão, de comércio e de imprensa, tão caras aos liberais, ficaram garantidas apenas na esfera legal”. César Saldanha Souza Júnior. *A Supremacia do Direito no Estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre, 2002, p. 158.

O Estado de Direito Liberal formal é o paradigma político-jurídico da fase de consolidação do poder da burguesia, no caso francês, ou de sua composição de interesses com a nobreza, como ocorreu na Alemanha, a partir de 1848. Seus principais expoentes seriam Stahl, Ahrens, Bähr, Laband e Otto Mayer na Alemanha e Orlando e Raneletti na Itália. Enquanto o Estado de Direito Liberal substancial é um conceito de vertente jusnaturalista, o Estado de Direito Liberal formal é conceito de inspiração positivista: arreda-se a noção jusnaturalista de direitos fundamentais do homem e privilegiam-se os elementos formais e técnico-jurídicos, especialmente o princípio da legalidade. O direito natural, conveniente à burguesia em confronto revolucionário com a nobreza, a proclamar a igualdade formal e arredar os privilégios de nascença e as prerrogativas das corporações, transformara-se em foco de instabilidade. A via revolucionária saíra da pauta política – a burguesia ou consolidava seu poder (França) ou adotava a via do compromisso com a nobreza (Alemanha). A concepção “técnica” do Estado de Direito haurida no positivismo iria consolidar suas novas aspirações de segurança e estabilidade.

3. *RULE OF LAW*

Enquanto na França e Alemanha tinham (diverso) desenvolvimento histórico as concepções de Estado de Direito Liberal, na Inglaterra construía-se a idéia de *rule of law*⁷. Em verdade, o instituto inglês é mesmo de desenvolvimento anterior: o *rule of law* tem origem medieval.

Rule of law é um sistema costumeiro, no qual há formalmente supremacia do Parlamento, mas as leis

⁷ À falta de instituto equivalente, a expressão “rechtsstaat” ou nosso “Estado de Direito” é traduzido para o inglês como “rule of law”. Assim, Axel Tschentscher. *The Basic Law*. Würzburg, Jurisprudencia Verlag, 2002. É mera aproximação: há diferenças substanciais entre os dois institutos.

(“statutes”) por ele elaboradas só se tornam direito (“law”) através de sua aplicação pelos Tribunais, após serem interpretadas, pelos juízes e tribunais, em consonância com os precedentes judiciais.

Em excerto clássico, Dicey sintetiza em três elementos o que vem a ser o *rule of law*:

1º Supremacia absoluta ou predominante da lei elaborada segundo o processo ordinário, em contraposição à influência do poder arbitrário, da prerrogativa ou do poder discricionário do governo.

2º Igualdade perante a lei ou sujeição igual de todas as classes à lei ordinária: neste sentido se prescrevia a obediência de qualquer funcionário – do cobrador de taxas ao primeiro-ministro – à lei ordinária e se proibia qualquer evasão à jurisdição dos tribunais ordinários.

3º As regras constitucionais britânicas não são a fonte mas a consequência dos direitos dos particulares definidos e defendidos pelos tribunais: ou seja, a posição da Coroa e dos seus funcionários determina-se não por uma lei constitucional prévia, mas pela extensão dos princípios de direito privado levada a cabo pelos tribunais e pelo Parlamento.⁸

Também antiga (e expressiva) visão do que representava para o cidadão inglês o *rule of law*, nos é dada por Sir Ivor Jennings:

Ningún hombre (ni mujer) puede ser arrestado por un policía a menos que haya infringido la ley, ni ser mantenido en prisión a menos que un magistrado o un juez y un jurado lo hayan encontrado culpable de un delito; ni puede ser privado de su propiedad excepto por un

⁸ Dicey. A. V. Introduction to the study of the law of the constitution, p. 180. *Apud* Jorge Reis Novais, obra citada, p. 49.

procedimiento jurídico y, en ese caso, solamente pagándole una compensación; ni puede ningún funcionario público push him around a menos que la ley diga que puede, y en ese caso sólo si el funcionario obedece todas las formalidades legales y se asegura de que esa persona recibe un trato justo. Y si alguien rompe estas reglas, la persona afectada está plenamente legitimada para seguir adelante y quejarse a un juez de paz, o escribir a los periódicos y armar un jaleo, o pedir a su diputado que suscite la cuestión en el Parlamento.⁹

Já uma concepção moderna de *rule of law* é dada por Yardley, sustentando que

mientras que el fin sea preservar la libertad y derechos de todos los miembros de la comunidad, y que las únicas desviaciones de ese fin que se permitan sean las esenciales para la administración de la nación (como los privilegios judicial y parlamentario, con las debidas salvaguardas), se habrá cumplido el propósito de *the rule of law*. En resumen, *the rule of law* no es a *rule ni a law*, sino una guía persuasiva para el legislativo, el ejecutivo y el judicial; vinculada, en la práctica, en el Reino Unido, con el funcionamiento de muchas de las convenciones que mitigan las deficiencias teóricas de la Constitución y la convierten en una entidad democrática viva.¹⁰

Em suma, o *rule of law* é basicamente uma instituição prática, de origem medieval, na qual o costume e a voluntária auto-limitação dos Poderes (“self-restraining”) compensam as

⁹ William Ivor Jennings. *The Queens's Government*, Harmondsworth, 1954, p. 9, *apud* Antonio-Carlos Pereira Menaut. *Rule of law o estado de derecho*. Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 2003, pp. 17-18.

¹⁰ David Yardley, *Introduction to British Constitutional Law*, London, 1990, p. 78, *apud* Antonio-Carlos Pereira Menaut, obra citada, p. 20, grifos nossos.

deficiências técnicas do sistema. É admirável que instituição assim antiga, de origem e desenvolvimento práticos, com limitada técnica e sistematização, alcance reger adequadamente sociedades extremamente complexas. Mais do que um conjunto de normas jurídicas, é a crença social em alguns valores, como sistema eleitoral, liberdade de expressão, liberdades civis, auto-limitação e harmonia dos Poderes.

4. TOTALITARISMOS E MERO ESTADO DE LEGALIDADE

A forma jurídica mais elaborada dos regimes totalitários do século XX (correspondente à sua institucionalização) foi o Estado de Legalidade. Os valores essenciais ao Estado de Legalidade são apenas a certeza e segurança jurídicas inerentes à observância do princípio da legalidade, valores que são exigidos pela estabilização de qualquer ordem jurídica e não apenas da idéia de direito liberal, à qual, na origem, se associavam.

Também variável se apresentava a forma de institucionalização de tais regimes e o instrumental jurídico correspondente. Assim, o fascismo foi a vertente positivista; já o nazismo era meta-positivista, pois buscava sua legitimação não só pela aplicação da lei, como na consciência jurídica da comunidade do povo alemão e no *Führerprinzip*, segundo o qual o *Führer* não se sujeitava ao controle jurídico de quaisquer órgãos nem encontrava limites jurídicos à sua atuação.

No regime soviético, passou-se de uma primeira fase (revolucionária), em que ora se apelava ao apego às leis, ora à sua violação em nome dos superiores interesses da Revolução¹¹. O Estado soviético era um poder acuado interna e

¹¹ Assim, dizia Vichinsky que o juiz soviético não deveria hesitar em contrariar a lei para seguir as diretivas do partido que para ele seriam sempre a lei suprema. Édouard Zellweger. Le principe de la légalité socialiste. Revue de la Commission

externamente, conduzindo uma profunda revolução social em um país economicamente arruinado e imerso na guerra civil: a legalidade, neste contexto, assumiria mero papel instrumental, dependente de sua utilidade para a prioridade absoluta de sobrevivência e consolidação do regime. Já a partir de sua consolidação, o Estado soviético paulatinamente passa a se reger pelo princípio da legalidade socialista, entendido como exigência de respeito às leis por todos (cidadãos e funcionários); o respeito aos direitos dos cidadãos por parte dos funcionários públicos e o controle (mas principalmente por meios não jurisdicionais) da execução das leis.

A pergunta que se coloca é se o Estado de legalidade socialista pode ser considerado um Estado de Direito?

Kelsen, primeiramente parece indicar que não.

Se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo o Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa um pleonasma. Porém, ela é efectivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz aos requisitos da democracia e da segurança jurídica. “Estado de Direito” neste sentido específico é uma ordem jurídica relativamente centralizada segundo a qual a jurisdição e a administração estão vinculadas às leis – isto é, às normas gerais que são estabelecidas por um parlamento eleito pelo povo, com ou sem a intervenção de um chefe de Estado que se encontra à testa do governo –, os membros do governo são responsáveis por seus actos, os tribunais são independentes e certas liberdades dos cidadãos, particularmente a liberdade de crença e de consciência e a liberdade da expressão do

pensamento, são garantidas.¹²

Logo mais adiante, porém, Kelsen explicita seu pensamento:

Então, a tentativa de legitimar o Estado como Estado “de Direito” revela-se inteiramente infrutífera, porque – como já foi acentuado – todo o Estado tem de ser um Estado de Direito no sentido de que todo o Estado é uma ordem jurídica. Isto, no entanto, não coenvolve qualquer espécie de juízo de valor político. *A limitação já referida do conceito de Estado de Direito a um Estado que corresponda às exigências da democracia e da segurança jurídica, implica a idéia de que apenas uma ordem coercitiva assim configurada pode ser tida como “verdadeira” ordem jurídica. Uma tal suposição, porém, é um preconceito jusnaturalista.* Também uma ordem coercitiva relativamente centralizada que tenha carácter autocrático e, em virtude da sua flexibilidade ilimitada, não ofereça qualquer espécie de segurança jurídica, é uma ordem jurídica e a comunidade por ela constituída – na medida em que se distinga entre ordem e comunidade – é uma comunidade jurídica e, como tal, um Estado. Do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta humana – com o que nada se afirma sobre o seu valor moral ou de Justiça. E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio Direito – nada mais, nada menos.¹³

¹² Teoria Pura do Direito. 4ª ed., Coimbra, Armênio Amado – editor, sucessor, 1976, p. 417.

¹³ Obra citada, p. 424, grifos nossos. Em outra passagem, o mestre austríaco é ainda mais explícito: “Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder

Esta solução não é aceitável no atual estágio de desenvolvimento do Direito. Com efeito, hoje se criou, ao menos no mundo ocidental, um consenso intersubjetivo em torno da imprescindibilidade do acatamento e proteção pelo Estado de um rol relativamente denso de direitos fundamentais, para que um Estado possa ser considerado civilizado e de sua constitucionalização para que possa ser tido como um Estado Constitucional Democrático de Direito.

Com efeito, o Direito, ao contrário das ciências exatas, não se presta a teste da verdade de afirmações por método experimental; não há, nele, método apto a estabelecer, com precisão matemática, a verdade ou falsidade de uma proposição. O único método de controle, em ciências normativas como o Direito, é intersubjetivo, ou seja, uma proposição será tida como verdadeira (em determinado espaço e momento histórico) quando o conjunto das pessoas, ou ao menos os que se dedicam ao estudo da ciência daquela disciplina – se ponham fundamentalmente de acordo a respeito de sua verdade ou falsidade.¹⁴

E no que toca a nosso tema, pode-se apontar hoje a existência de intersubjetividade no sentido de que “Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que

para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar os indivíduos de opinião, religião, ou raça indesejável. Podemos condenar com a maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados”. Obra citada, p. 69.

¹⁴ “Los criterios de la verdad que dominan en la ciencia contemporánea apuntan a la posibilidad de un control *intersubjetivo*. Inter-subjetividad (entre sujetos-distintos) del conocimiento, esto es: que la verificación, el control en cuanto a la legitimidad de una afirmación, dependerá de criterios que sean firmes, en el sentido de que la gente – por lo menos los hombres de ciencia de la respectiva disciplina – estará habitualmente de acuerdo sobre la aplicación de dichos criterios, o sea, acerca del valor (grado de probabilidad, plausibilidad) de los resultados obtenidos en función de tales criterios”. Enrique P. Haba. Racionalidad y método para el Derecho: es eso posible? Doxa, nº 7, p. 178. Alicante, 1990. O critério tem raízes remotas na tópica de Aristóteles, recuperada por Viehweg, que o chama “adequação opinativa”.

age segundo processos jurídicos e que realiza uma idéia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem: só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana”.¹⁵

Detalhar esta concepção será o objeto da segunda parte deste trabalho. Por ora, finalizando o exame das diversas formas que apresentam em sua evolução histórica, concluimos que os Estados de legalidade socialista, mesmo em seu maior nível de desenvolvimento, poderiam chegar à observância estrita do princípio da legalidade, mas não se identificariam com o Estado Democrático de Direito, de vez que resistiam à distribuição do Poder estatal entre órgãos autônomos e independentes e principalmente à limitação material do Estado em face de direitos fundamentais entendidos como esfera de autonomia individual, imune à ação estatal.

II – ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. FORMAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DE DIREITO ATUAL

As expressões variam nos diversos textos constitucionais. Assim a Lei Fundamental de Bonn utiliza a expressão “Estado de Direito republicano, democrático e social”¹⁶ no art. 28, parágrafo 1, referindo-se à organização dos Estados federados (Lauder) e “Estado federal, democrático e social” no art. 20,

¹⁵ Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional. 3ª ed., Coimbra, Coimbra ed., 2000, tomo IV, p. 196.

¹⁶ A expressão teve por origem proposta do deputado social-democrata Carlo Schmid.

parágrafo 1.

Na Espanha, diz o art. 1º que o país se constitui em “Estado social y democrático de Derecho”. As Constituições do Brasil (art. 1º) e da Polônia (art. 2º) utilizam a forma “Estado Democrático de Direito”. Já as de São Tomé (art. 6º), Cabo Verde (art. 2º) e da República Tcheca (art. 1º) valem-se da expressão “Estado de Direito Democrático”, também adotada pela Constituição Portuguesa no art. 2º, na Revisão Constitucional de 1982.¹⁷ As Constituições da Bulgária e Romênia adotam a expressão “Estado Democrático, de Direito e social” nos Preâmbulos e a da Colômbia refere-se a Estado social de direito no art. 1º. Já a Constituição da República da Guiné-Bissau, no art. 3º, usa a fórmula “Estado de democracia constitucionalmente instituída”.¹⁸

A nosso ver, a terminologia mais adequada é Estado Constitucional Democrático de Direito. Tal estrutura de Estado tem conformação constitucional, com a previsão na Carta de um rol de direitos fundamentais e de limitações ao próprio legislador, em nome de uma esfera inviolável de direitos do cidadão. O conjunto de princípios constitucionais conformadores do regime democrático (soberania e vontade populares, sufrágio universal, participação democrática dos cidadãos, etc.) “revelam que o Estado Constitucional só é constitucional se for democrático. Daí que ‘tal como a vertente do Estado de direito não pode ser vista senão à luz do princípio democrático, também a vertente do Estado democrático não pode ser entendida senão na perspectiva de Estado de direito. Tal como só existe um *Estado de direito democrático*, também só existe um Estado democrático de direito’, isto é, sujeito a

¹⁷ No texto original da Constituição Portuguesa, a expressão “Estado de Direito democrático” só constava do Preâmbulo. No corpo da Constituição só havia referência a “legalidade democrática”.

¹⁸ O texto anterior à reforma de 1993 mencionava “Estado de democracia nacional revolucionária”.

regras jurídicas”.¹⁹

O Estado Constitucional Democrático de Direito é um Estado *material* de Direito. Não é apenas um Estado Democrático, mas um Estado Democrático de Direito, em que o poder do Estado democrático está vinculado aos valores e princípios jurídicos expressos na Constituição, ao qual estão submetidos todos: cidadãos, Estado, governo, e a própria maioria parlamentar, cuja ação é limitada pelos valores materiais constitucionais, especialmente os direitos fundamentais.²⁰

Manoel Gonçalves Ferreira Filho critica a expressão “Estado Democrático de Direito”, que a seu ver “se vincula a uma concepção socializante do Estado”, por sua ambigüidade e por ser conceito mais político do que jurídico²¹. Tal concepção se funde na doutrina de Elías Díaz para quem a fórmula Estado Democrático de Direito exprimiria regime político que busque realizar a predominância da propriedade social dos meios de produção, enquanto “Estado Social de Direito” se identificaria com o neo-capitalismo.

¹⁹ J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2002, p. 231.

²⁰ “No sólo se trata de hacer imposible el retorno a una dictadura que se apropie del poder de hacer normas y que pretenda desde esa apropiación legitimar su pretensión de obediencia, sino también de cerrar el paso a una concepción jacobina, o decisionista-totalitaria, de la democracia, que haga de la decisión mayoritaria la suprema y todopoderosa instancia del Estado, absoluta e sin límites. Para ello la Constitución ha configurado a la democracia, no como una simple regla mecánica, ciega a los valores materiales y estrictamente neutral ante ellos, sino como una pieza inserta en un cuadro de valores materiales que, en cuanto constitucionalizados, se imponen a su funcionamiento; por ello el artículo 1.1 no califica al Estado sólo de Estado democrático, sino de “Estado democrático *de Derecho*”. Lo cual quiere decir un Estado donde el poder del Estado, democráticamente formado, está vinculado al Derecho, en el sentido de sus valores materiales y de sus principios generales. Pues el Derecho, dice el Presidente del Tribunal Federal Constitucional alemán, Ernst BENDA, es algo más que mera forma, comprende ‘principios fundamentales positivados, a los cuales todos, y también el Estado mismo, están sometidos’ ”. Eduardo García de Enterría. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid, Civitas, 1996, p. 104, grifo do original.

²¹ Estado de Direito e Constituição. 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 63.

Ambos a nosso ver não têm razão. O Estado Democrático de Direito não se vincula – ao menos necessariamente – a uma concepção socializante de Estado. Manoel Gonçalves extrai tal noção da redação ao art. 2º da Constituição portuguesa resultante da revisão constitucional de 1982, que incluiu a menção a Estado Democrático de Direito e manteve a referência (do texto original da Constituição) à “transição para o socialismo”.²² Esta última (transição para o socialismo) foi suprimida nas revisões posteriores, o que já demonstra quão frágil era a associação. Tampouco o conceito é ambíguo (pelo contrário, é menos indeterminado que vários outros conceitos jurídicos) ou mais político que jurídico: como veremos a seguir (nºs 2 e 3) é possível, no atual estágio do direito constitucional precisar, de forma intersubjetivamente controlável, seus parâmetros mínimos e seus subprincípios concretizadores.

2. PARÂMETROS MÍNIMOS

É possível estabelecer, com razoável precisão, alguns requisitos mínimos do Estado Constitucional Democrático de Direito, que são, todavia, passíveis de graduação conforme as especificidades dos sistemas políticos e jurídicos correspondentes. Passamos à sua menção.

a) Definição precisa e garantia real de direitos fundamentais, no mínimo aqueles referentes à vida, à

²² O art. 2º da Constituição Portuguesa, com a redação resultante da primeira revisão constitucional (1982) estava assim posto: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e no pluralismo de expressão e organização política democráticas, que tem por objetivo assegurar a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural, e o aprofundamento da democracia participativa”. A redação hoje vigente é a seguinte: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

integridade pessoal, à liberdade física, de consciência e religião, à segurança individual e jurídica e à igualdade jurídica;

b) à pluralidade de órgãos governamentais com funções distintas, competindo ao Parlamento o primado da função legislativa;

c) a reserva da função jurisdicional a tribunais independentes, efetivada esta pela existência de garantias de independência dos juízes;

d) princípio da constitucionalidade, com efetivo controle, jurisdicional ou jurisdicionalizado, da constitucionalidade das leis;

e) princípio da legalidade dos atos administrativos, com meios para sua impugnação contenciosa;

f) a existência de responsabilidade civil do Estado, com obrigação deste de indenizar os danos causados a particulares por seus agentes, no exercício de suas funções.²³

3. SUBPRINCÍPIOS CONCRETIZADORES

Seguimos aqui o magistério de Canotilho²⁴ que menciona como subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito a legalidade da administração, a segurança jurídica e proteção da confiança dos cidadãos, a proibição de excesso e a proteção jurídica e garantias processuais (controle judicial). A eles agregaremos o princípio democrático, a nosso ver tautologicamente essencial à noção de Estado Constitucional Democrático de Direito e procuraremos divisar como os concretiza, no atual ordenamento jurídico constitucional brasileiro, a jurisprudência, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

²³ Jorge Miranda, obra citada, tomo IV, p. 198.

²⁴ Obra citada, pp. 256-278.

A) LEGALIDADE

Refere Canotilho que o princípio da legalidade foi muitas vezes erigido em “cerne essencial” do Estado de Direito.²⁵ É verdade que o princípio da legalidade é *necessário* à noção de Estado de Direito. Mas *não é suficiente*. Estado Constitucional Democrático de Direito é (como já se viu – item 2, supra) e se desenvolverá, bem mais que Estado de legalidade. A este podem chegar mesmo regimes totalitários, desde que percam suas características mais despóticas e enquadrem nos parâmetros do respeito à lei as atividades de seus funcionários.

Mas a legalidade é, por certo, uma pré-condição à existência do Estado Constitucional Democrático de Direito. Em um Estado de Direito tem de haver legalidade e algo *mais*. Mas sem observância ao princípio da legalidade, não se pode cogitar de Estado de Direito.

Por isto e por ser o aspecto mais tradicional da noção de Direito, é sua concretização mais recorrente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que inclusive, em nome dela, justifica o exame pela Corte de textos infra-constitucionais, pois admitir sua violação, ainda que pelo não conhecimento da matéria pelo STF, implica em lesão aos princípios da legalidade e do “due process of law”, básicos do Estado Democrático de Direito. Assim, exemplificativamente:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DO DEVIDO
PROCESSO LEGAL – NORMAS LEGAIS –
CABIMENTO. A intangibilidade do preceito
constitucional que assegura o devido processo legal
direciona ao exame da legislação comum. Daí a
insubsistência da tese de que a ofensa à Carta
Política suficiente a ensejar o conhecimento de
extraordinário há de ser direta e frontal. Caso a

²⁵ Obra citada, pp. 256.

caso, compete ao Supremo Tribunal Federal apreciar a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora se torne necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais.²⁶

Também pela aplicação do princípio da legalidade, o STJ, mesmo em nome da fiscalização tributária, tem limitado as restrições que a administração pública pode impor à atividade privada. Assim:

ADMINISTRATIVO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – PROTOCOLO FIRMADO ENTRE A SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ, COM ANUÊNCIA DA JUNTA COMERCIAL, PARA QUE SEJAM PREVIAMENTE VISADOS PELA CENTRAL DE CADASTRAMENTO – CECAD, ÓRGÃO CRIADO PARA INTERCAMBIAR INFORMAÇÕES TRIBUTÁRIAS, OS ATOS DE REGISTRO COMERCIAL.

1. Exigência imposta pela Administração Pública, de caráter limitativo para o exercício de atividade empresarial, que não encontra amparo legal.

2. Interpretação do art. 37 da Lei 8934, de

²⁶ Recurso Extraordinário 194295/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07.11.2000, DJU de 17.08.2001, p. 52. No mesmo sentido, REs 252245/PR, 242064/SC, 247262/BA, 215624MG, 223230/SP, 170463/DF, 158215/RS, 154159/PR, 198016/RJ, 162309/PE, 158655/PA, entre outros.

18.11.94.

3. Excesso de autoridade na política administrativa tributária.

4. O princípio da legalidade é o sustentáculo do regime democrático.

5. O exercício da atividade fiscalizadora tributária há de ser exercido nos limites fixados pela lei.²⁷

Em verdade, o princípio da legalidade nos Estados de Direito contemporâneos, que são *estados constitucionais*, apresenta duas vertentes. A primeira é o *princípio da constitucionalidade*. O Estado Constitucional Democrático de Direito pressupõe uma Constituição estruturante de uma ordem jurídica normativa fundamental vinculativa de todos os poderes públicos. Daí decorrem a vinculação do legislador à Constituição e a chamada “reserva de Constituição”, ou seja, determinadas questões respeitantes ao estatuto jurídico da estrutura política do Estado devem ser reguladas pela própria Constituição. A reserva da Constituição se concretiza na tipicidade constitucional de competências dos diversos órgãos estatais; na só admissibilidade de restrições constitucionais (e não por normas infra-constitucionais) de direitos, liberdades e garantias fundamentais e no reconhecimento de força normativa advinda diretamente da Constituição, como o faz o art. 5º, § 1º, da Constituição brasileira, segundo o qual as normas (constitucionais) definidoras dos direitos e garantias fundamentais são auto-aplicáveis.

A outra vertente do princípio da legalidade é a prevalência da lei. Classicamente se apresentava a lei como o ato de vontade estatal juridicamente mais forte, que, por isto, prevalece sobre os demais atos estatais, como decretos e atos administrativos em geral, detendo posição no topo da

²⁷ Recurso Especial 513356/CE, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, julgado em 04.09.2003, DJU de 13.10.2003, p. 270.

hierarquia das normas, com exceção das normas constitucionais.

Tal vertente era a face do princípio da legalidade no “État legal” e mesmo no Estado de Direito liberal (com maior clareza ainda no Estado de Direito liberal formal).²⁸ Hoje, nos Estados Constitucionais Democráticos de Direito, o princípio da prevalência da lei foi muito relativizado. Canotilho fala de sua “erosão” e “relativização” e aponta:

Quanto à “escala de dureza das normas” (Calamandrei), a força normativa da Constituição concretizada sobretudo pelo princípio da constitucionalidade e cuja observância é fiscalizada pelos tribunais obriga a considerar o princípio da constitucionalidade como a marca da indiscutível superioridade hierárquica das normas constitucionais. O princípio da legalidade, que pressupunha um conceito unitário de forma e força de lei, acabada por ser objecto de uma tendencial relativização... Além disso, o princípio da legalidade é substituído pelo princípio da constitucionalidade nos casos em que a constituição serve como “habilitação” imediata do agir da administração.²⁹

B) SEGURANÇA JURÍDICA

O princípio da segurança jurídica, entre nós objeto de previsão constitucional no art. 5º, “caput” da CF, funda-se na exigência de estabilidade jurídica, molde a garantir a calculabilidade e previsibilidade dos atos do Poder Público e dos cidadãos. Relativamente aos atos normativos, expressa-se na exigência de precisão ou determinabilidade das normas: a

²⁸ Vide Parte I, nºs 1 e 2.

²⁹ Obra citada, p. 717.

lei deve ser clara, sua linguagem tem de ser compreensível, evitando obscuridades. Sua dicção deve ser suficientemente determinada, forma a garantir uma densidade mínima de normação (ou seja, pré-determinar minimamente o comportamento da administração e dos cidadãos). Por outro lado, ainda quanto aos atos normativos, o princípio da segurança jurídica veda a existência de leis retroativas, pois a exigência de previsibilidade é incompatível com a produção de efeitos do ato normativo em período anterior à sua promulgação e vigência.

Relativamente aos atos jurisdicionais aponta-se tradicionalmente que o subprincípio da segurança jurídica concretiza-se na exigência de respeito à coisa julgada. Cuida-se de exigência basilar de segurança jurídica, entre nós, realçada pela jurisprudência do STF:

O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS IRRECORRÍVEIS IMPÕE-SE AO PODER PÚBLICO COMO OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL INDERROGÁVEL. A exigência de respeito incondicional às decisões judiciais transitadas em julgado traduz imposição constitucional, justificada pelo princípio da separação de poderes e fundada nos postulados que informam, em nosso sistema jurídico, a própria concepção de Estado Democrático de Direito. O dever de cumprir as decisões emanadas do Poder Judiciário, notadamente nos casos em que a condenação judicial tem por destinatário o próprio Poder Público, muito mais do que simples incumbência de ordem processual, representa uma incontornável obrigação institucional a que não se pode subtrair o aparelho de Estado, sob pena de grave comprometimento dos princípios consagrados no texto da Constituição da

República.³⁰

Ainda próximo ao instituto da coisa julgada, assim o STF aplicou o subprincípio da segurança jurídica, diante da ocorrência de preclusão:

PROCESSO. ORGANICIDADE E DINÂMICA. Defeso é voltar-se, sem autorização normativa, a fase ultrapassada. A época de liquidação de precatório não enseja rediscussão do título executivo judicial. Óptica diversa implica olvidar a organicidade e a dinâmica do Direito, alçando o Estado a posição que não o dignifica. Paga-se um preço por viver-se em um Estado Democrático de Direito e nele encontra-se a estabilidade das relações jurídicas, a segurança jurídica, ensejadas pela preclusão.³¹

Mas nossos tribunais superiores têm feito dele aplicação mais rica, apontando várias outras possibilidades de concreção. Assim, dele extraem a exigência de motivação das decisões jurisdicionais.

A análise da estrutura formal do acórdão questionado evidencia que esse ato decisório revela-se desprovido da necessária fundamentação, que é reclamada e exigida, sob pena de nulidade, não só pela legislação processual penal (CPP, art. 381, III), como também pela própria Constituição da República (CF, art. 93, IX). - A exigência de motivação dos atos jurisdicionais constitui, hoje, postulado constitucional inafastável, que traduz poderoso fator de limitação ao exercício do próprio poder estatal, além de configurar instrumento essencial de respeito e proteção às liberdades

³⁰ Questão de Ordem na Intervenção Federal 590/CE, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 17.09.1998, DJU de 09. 10.1998, p. 5.

³¹ AI 249470 AGR/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 10.10.2000, DJU, de 01.12.2000, p. 74.

públicas. Com a constitucionalização desse dever jurídico imposto aos magistrados - e que antes era de extração meramente legal - dispensou-se aos jurisdicionados uma tutela processual significativamente mais intensa, não obstante idênticos os efeitos decorrentes de seu descumprimento: a nulidade insuperável e insanável da própria decisão. A importância jurídico-política do dever estatal de motivar as decisões judiciais constitui inquestionável garantia inerente a própria noção do Estado Democrático de Direito. Fator condicionante da própria validade dos atos decisórios, a exigência de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais reflete uma expressiva prerrogativa individual contra abusos eventualmente cometidos pelos órgãos do Poder Judiciário.³²

Igualmente, fá-lo o Superior Tribunal de Justiça:

A Constituição da República (art. 93, IX) determina que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário sejam fundamentados. A ênfase está diretamente relacionada com os princípios do Estado Democrático de Direito. As partes têm o direito de conhecer as razões de decidir. Fundamentar é explicitar as razões fáticas e normativas do convencimento do magistrado. Despacho interlocutório exige fundamentação ainda que sucinta.³³

O STF tem daí extraído a necessidade de pleno contraditório, de forma a assegurar efetivamente a ampla

³² STF, Habeas corpus 69013/PI, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, julgado em 24.03.1992, DJU de 01.07.1992, p. 10556.

³³ STJ, Habeas-corpus 1054/PE, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 10.02.1992, DJU de 09.03.1992, p. 2592. No mesmo sentido, no STJ: RHC 3818/RJ e Resp. 19661/SP.

defesa:

RECURSO DE HABEAS CORPUS.
DENÚNCIA. REQUISITOS. CONCURSO DE
AGENTES.

PRINCÍPIO DA PERSONALIDADE.

A denúncia deve descrever os elementos constitutivos do crime e suas circunstâncias. Importante é a narração do fato. A capitulação normativa é inócua. A imputação, além disso, precisa individualizar a conduta de cada autor. A regra é válida também para o caso de concurso de agentes. Decorre da imprescindibilidade dos princípios do contraditório e defesa plena. O aditamento à denúncia não supre, no Estado de Direito democrático, a deficiência da acusação. A Constituição da República consagra o princípio da personalidade. Rejeita, pois, a responsabilidade pelo fato de outrem.³⁴

e

A denúncia deve descrever o fato com todas as suas circunstâncias (CPP, art. 41). Em se tratando de Prefeito Municipal, quando se trata de ato decorrente de função de outro agente, dado refugir as atribuições do Chefe do Executivo, impõe-se afirmar haver determinado, ou sugerido que o ato fosse praticado. Observância da finalidade da exigência legal, visando a ensejar o contraditório e a defesa plena (instituto inerente ao Estado de direito democrático).³⁵

Por fim, relativamente aos atos administrativos, o subprincípio da segurança jurídica deve ser objeto de

³⁴ Recurso ordinário em *habeas corpus* 759/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, julgado em 25.06.1991, Revista do STF, vol. 24, p. 127.

³⁵ Agravo Regimental no Agravo de instrumento 132270/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 14.04.1997, DJU 02.06.1997, p. 23898.

ponderação com o da legalidade molde a verificar-se, nos casos concretos, qual adquire prevalência. Almiro do Couto e Silva, em estudo pioneiro, no Brasil, na década de 1980, apontou:

É importante que se deixe bem claro, entretanto, que o *dever* (e não o poder) de anular os atos administrativos inválidos só existe, quando no confronto entre o princípio da legalidade e o da segurança jurídica o interesse público recomende que aquele seja aplicado e este não. Todavia, se a hipótese inversa verificar-se, isto é, se o interesse público maior for de que o princípio aplicável é o da segurança jurídica e não o da legalidade da Administração Pública, então a autoridade competente terá o dever (e não o poder) de não anular, porque se deu a sanatória do inválido, pela conjugação da boa-fé dos interessados com a tolerância da Administração e com o razoável lapso de tempo transcorrido. Deixando o ato de ser inválido, e dele havendo resultado benefícios e vantagens para os destinatários, não poderá ser mais anulado, porque, para isso, falta precisamente o pressuposto da invalidade. E nem poderá, igualmente, ser revogado, porque gerou Direitos Subjetivos.

...

A Administração Pública brasileira, na quase generalidade dos casos, aplica o princípio da legalidade, esquecendo-se completamente do princípio da segurança jurídica. A doutrina e jurisprudência nacionais, com as ressalvas apontadas, têm sido muito tímidas na afirmação do princípio da segurança jurídica.

Ao dar-se ênfase excessiva ao princípio da legalidade da Administração Pública a ao aplicá-lo

a situações em que o interesse público estava a indicar que não era aplicável, desfigura-se o Estado de Direito, pois se lhe tira um dos seus mais fortes pilares de sustentação, que é o princípio da segurança jurídica, e acaba-se por negar justiça.³⁶

Tal timidez jurisprudencial hoje começa a ser superada. O STJ tem restringido o poder da Administração de anular seus atos pela estreita observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa: “O poder de a administração pública anular seus próprios atos não é absoluto, porquanto há de observar as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório”.³⁷ Ou: “A instauração do procedimento administrativo para anular atos sob a fundamentação de terem sido praticados com vícios insanáveis deve, contudo, em homenagem aos princípios, norteadores do regime político democrático, seguir, com todo rigor, o devido processo legal (art. 5º, LV, da CF).”³⁸

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem reiteradamente decidido caracterizar-se a decadência administrativa – e portanto preponderar o princípio da segurança jurídica sobre o da legalidade – quando decorridos cinco anos de percepção do benefício pelo particular, em boa-fé e sem insurgência da Administração.

AÇÃO DECLARATÓRIA. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. FILHAS SOLTEIRAS. DEPENDÊNCIA. DIREITO À PERCEBER PENSÃO. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA.

Decorrido o prazo de cinco anos, contados da data a partir de quando a filha solteira completou 21 anos, ou, se já maior, de quando passou a

³⁶ Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. Revista de Direito Público, nº 84, pp. 61-62.

³⁷ ROMS 737/90, RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Pádua Ribeiro, DJU 06.12.1993.

³⁸ MS 5283/DF, 1ª Seção, Rel. Min. José Delgado, julgado em 13.10.1999, DJU de 08.03.2000, p. 39.

receber a pensão, operou-se a decadência administrativa a impossibilitar a revisão do ato administrativo.³⁹

Finalmente, o STF tem-na acolhido:

Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (v.g. art. 2º).

Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material.

Na espécie resta evidente que a decisão administrativa consulta integralmente o princípio da segurança jurídica. Se se afigurava pacífico o entendimento autorizativo da criação dos cursos antes do advento da nova disciplina legal, não há porque negar validade à resolução que se limita a reconhecer a plena legitimidade de sua instituição nesse período. Orientação contrária revelar-se-ia afrontosa ao princípio do Estado de Direito na acepção de segurança.⁴⁰

c) PROPORCIONALIDADE

No Estado Constitucional Democrático de Direito há

³⁹ TJRS, AC 70007063795, 1ª CCível, Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, julgada em 15/10/2003. A questão tem sido repetitiva no caso do pagamento de pensões a filhas solteiras, maiores de idade, de servidores públicos falecidos e posterior alteração da interpretação dada ao art. 73 da Lei Estadual 7672/82, pela administração.

⁴⁰ STF, Recurso em Mandado de Segurança 23383/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.06.2003, DJU 06.02.2004.

extensa previsão constitucional de direitos fundamentais, que frequentemente entram, em situações concretas, em colisão, como se exemplificou linhas acima, com os princípios da legalidade e segurança jurídicas. A determinação de qual prevalecerá em cada situação, far-se-á pela ponderação de seu peso naquela situação, à luz do princípio da proporcionalidade.

Sua operacionalização requer a observância de três níveis de exame: *adequação* (a medida adotada pela administração deve ser *apropriada* à consecução do fim); *necessidade* (não existir meio alternativo e apropriado à consecução do fim visado, que não restrinja, na mesma intensidade, o direito fundamental objeto de colisão) e da proporcionalidade em sentido estrito (ou justa medida), que consiste na comparação entre a importância da realização do fim visado e a intensidade da restrição imposta a outros direitos fundamentais.

Como sabido, a doutrina sobre o princípio da proporcionalidade e seu tríplice aspecto, como meio de efetuar a ponderação dos respectivos pesos nos casos de conflitos de direitos fundamentais, foi objeto de longa construção pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, posteriormente sistematizada pela doutrina daquele país, daí se desenvolvendo para outras nações especialmente aquelas de direito continental. Foi, inclusive, positivado no Tratado da União Européia (art. 5º) e nos arts. 18º, parágrafo 2, 19º, parágrafo 4 e 266º, parágrafo 2 da Constituição portuguesa.⁴¹

⁴¹ Art. 18º, parágrafo 2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Art. 19º, parágrafo 4: “A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respectivas declaração e execução, devem respeitar o princípio de proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”.

Art. 266º, parágrafo 2: “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito

Independentemente de sua positivação, a aplicação do princípio da proporcionalidade (de forma expressa ou não) é imposição para a solução, por ponderação, dos conflitos entre princípios. Em nossa jurisprudência podemos colher vários exemplos. Aqui encontramos casos de ponderação entre a proteção a deficientes físicos e o equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo:

Recurso Ordinário em Mandado de Segurança contra acórdão que entendeu constitucional a Lei do Estado do Ceará nº 12.568/1996 que isentou os deficientes físicos do pagamento de tarifas para o uso de ônibus de empresa permissionária de serviço regular comum intermunicipal.

...

O tratamento diferenciado dispensado aos deficientes físicos configura princípio constitucional que procura, por meio de tratamento distinto, promover-lhes a integração na sociedade. O princípio da isonomia, ao invés de ser infringido, é prestigiado, conforme os postulados da igualdade material que atualmente consubstancia.

No sopesamento de valores, diante do caso concreto, o princípio do amparo aos deficientes físicos prevalece sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, consoante os ditames da proporcionalidade.⁴²

Exemplo, por sua vez, de ponderação entre o direito à saúde e à observância do orçamento público:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE
SEGURANÇA. DOENÇA CONGÊNITA

pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, de Justiça, da imparcialidade e da boa-fé.”

⁴² STJ, 1ª Turma, ROMS 13084/CE, Rel. Min. José Delgado, julgado em 28.05.2002, DJU 01.07.2002, p. 214.

GRAVE. MIELOMENINGOCELE INFANTIL. NECESSIDADE DE TRATAMENTO POR MEIO DE APARELHO TERAPÊUTICO NÃO FABRICADO NO PAÍS. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE.

1. O direito à saúde, expressamente tutelado pela Carta de 1988, veio se integrar ao conjunto de normas e prerrogativas constitucionais que, com o status de direitos e garantias fundamentais, têm por fim assegurar o pleno funcionamento do estado democrático de direito, pautado na mais moderna concepção de cidadania.

2. Não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento fora do País, a ponto de abandonar, à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garanta condições mínimas de sobrevivência digna.

3. Não havendo no País equipamento terapêutico apropriado ao tratamento da enfermidade, justifica-se que o Estado disponibilize recursos para a sua aquisição no exterior, não podendo servir de óbice às pretensões do doente, necessitado, argumentos fundados em questões burocráticas, de cunho orçamentário.⁴³

Ou entre o direito à saúde, bem como a proteção à infância e o princípio da legalidade:

FGTS - LEVANTAMENTO DO SALDO - TRATAMENTO DE SAÚDE - AQUISIÇÃO DE APARELHO AUDITIVO PARA FILHA MENOR

⁴³ STJ, 1ª Secção, MS 8740/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 26.02.2003, DJU de 09.02.2004, p. 127.

- POSSIBILIDADE.

1. É tranqüila a jurisprudência do STJ no sentido de permitir o saque do FGTS, mesmo em situações não contempladas pelo art. 20 da Lei 8.036/90, tendo em vista a finalidade social da norma.

2. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com assento no art. 1º, III, da CF/88, é fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, que constitui a República Federativa do Brasil, e deve se materializar em todos os documentos legislativos voltados para fins sociais, como a lei que instituiu o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.⁴⁴

D) PROTEÇÃO JURÍDICA E GARANTIAS PROCESSUAIS (CONTROLE JUDICIAL)

O controle judicial significa a existência de uma proteção jurídico judiciária individual sem lacunas. É exigência fundamental na noção de Estado Constitucional Democrático de Direito, pois a garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados só pode ser efetiva quando, no caso de violação, houver uma instância independente que os restabeleça (o que é exigência da observância do próprio princípio da constitucionalidade). Tal é assegurado na Constituição Federal, entre os direitos e garantias individuais fundamentais, pelo art. 5º, inciso XXXV, matéria cuja alteração é inclusive vedada ao poder constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV).

A jurisprudência tem dado efetividade a tal garantia, inclusive restringindo crescentemente o âmbito das áreas

⁴⁴ STJ, 2ª Turma, REsp 560777/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 04.12.2003, DJU de 08.03.2004, p. 234.

tradicionalmente entendidas como imunes ao controle judicial, como, por exemplo, matéria disciplinar. Paradigmático aqui, o excerto a seguir referido, de decisão da Corte Suprema:

A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal - como convém a uma sociedade democrática e livre - ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A *rule of law*, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo. O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante utilização desse *writ* constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar.⁴⁵

⁴⁵ MS 20999/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 21.03.1990. RTJ 131/1101.

E quanto à possibilidade de controle judicial dos atos de Comissões Parlamentares de Inquérito, assentou a Corte Suprema:

O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória.⁴⁶

O controle judicial envolve a garantia da via judicial (controle sem lacunas), a existência de garantias processuais (cláusula do “due process of law”, posta no art. 5º, LIV da CF) e o princípio do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVIII e LIII).

⁴⁶ MS 23452-RJ, Pleno, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 16.09.1999, DJU de 12.05.2000, p. 20. No mesmo sentido: STF, MS 23851-DF, DJU 26.09.2001, p. 98.

Sobre garantias processuais, é de apontar decisão do Superior Tribunal de Justiça que concedeu *habeas corpus*, para trancar investigação policial sob o fundamento que “com o Estado democrático de direito, que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, não compadece a investigação policial prolongada por mais de lustro a respeito de apenas uma operação bancária”.⁴⁷

Já o princípio do juiz natural “que reflete noção vinculada às matrizes político-ideológicas que informam a concepção do Estado Democrático de Direito - constitui elemento determinante que conforma a própria atividade legislativa do Estado e que condiciona o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter persecutório em juízo. O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado - que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção -, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*.”⁴⁸

O controle judicial é instrumento, ainda, da efetivação da garantia de responsabilidade civil do Estado por prejuízos decorrentes de atos de seus agentes, nesta qualidade (CF, art. 37, § 6º), que incluímos entre os parâmetros mínimos da noção de Estado Constitucional Democrático de Direito.⁴⁹

E) PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O Estado Constitucional é também um Estado

⁴⁷ RHC 9970/MT, 6ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar, julgado em 13.03.2001, Lex STJ 147/268.

⁴⁸ STF, 1ª Turma, AI 177313 AgR/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 23.04.1996, DJU 17.05.1996, p. 16343.

⁴⁹ Ver nº 2, *supra*.

Democrático. Nele, o exercício do poder, nos limites traçados pela constituição, subordina-se a requisitos de legitimidade, por formas de consenso social derivadas tanto da democracia representativa (escolha dos representantes pelo voto direto, secreto, universal e periódico – também erigido em cláusula pétrea em nossa Constituição), como pelo estímulo a formas de democracia direta (CF, art. 14, I, II, III).

Em suma, no Estado Constitucional Democrático de Direito está sempre presente o princípio democrático, ao lado do balizamento da ação dos Poderes Públicos pelos direitos fundamentais previstos na Constituição.⁵⁰ Os dois se autolimitam, convivem e seus conflitos resolvem-se por ponderação de seus pesos, nos casos concretos.

“Há uma interação de dois princípios substantivos – *o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais* – e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos colorários, o princípio da liberdade

⁵⁰ Exemplo de ponderação entre os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição e o princípio da democracia temos na decisão do Superior Tribunal de Justiça no ROMS 2171/GO, 6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 12.04.1993, DJU 02.08.1993, p. 14273: “A Constituição da República garante o direito de greve aos funcionários públicos, ‘nos limites definidos em lei complementar’ (art. 37, VII). Essa legislação não poderá recusar a paralisação da atividade, essência da greve, universalmente reconhecida. Além disso, são passados quatro anos de vigência da Carta Política. O legislador mantém-se inerte. Esses dois dados conferem legalidade ao exercício do direito, observando-se, analogicamente, princípios e leis existentes. Caso contrário, chegar-se-ia a um absurdo: a eficácia da Constituição depende de norma hierarquicamente inferior. Não obstante a legalidade, incensurável o desconto dos dias parados. A consequência é própria da greve, nos estados de direito democrático. Ônus típico do movimento. O pagamento depende de negociação”. No mesmo sentido, decisões do STJ nos ROMS 2717/SC, 2675/SC, 1965/SP, 4531/SC.

poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e actualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas”.^{51 52}

4. *VERFASSUNGSTAAT* E SUAS DIMENSÕES ESSENCIAIS.

Verfassungstaat é expressão que vem sendo proposta pela doutrina alemã para designar a forma mais elevada do Estado de Direito. Pode ser traduzido por “Estado de Constituição” e se identifica com a noção que aqui referimos como Estado Constitucional Democrático de Direito.

Podemos apontar-lhe quatro dimensões essenciais: constitucionalidade, sistema de direitos fundamentais, socialidade e democracia.

Na própria denominação alemã, ou na usada neste trabalho, vem posta a noção de constitucionalidade. A Constituição não é uma simples lei, mesmo que de maior hierarquia, mas uma ordenação estruturante do próprio Estado e um limitador da atuação de todos os atos estatais. Constitucionalidade também implica a existência de controle da conformação das leis à Constituição por órgão jurisdicional (modelo da Suprema Corte americana) ou jurisdicionalizado (modelo dos Tribunais Constitucionais europeus). Significa vinculação do legislador à Constituição, vinculação de todos os

⁵¹ Jorge Miranda, obra citada, tomo IV, p. 211, grifo nosso.

⁵² Concluímos assim a exposição dos subprincípios concretizadores do Estado Constitucional Democrático de Direito. Evidentemente, são possíveis outras classificações de subprincípios: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, aponta como princípios do Estado de Direito legalidade, igualdade e justicialidade (obra citada, pp. 23-37).

órgãos estatais (administrativos e jurisdicionais) também à Constituição, reserva da Constituição (matérias jurídico-político estruturantes do Estado e restrições aos direitos constitucionais fundamentais só podem ser normadas pela Constituição) e o reconhecimento de força normativa da Constituição (auto-aplicabilidade de suas normas básicas, especialmente sobre direitos fundamentais).

A segunda dimensão essencial é a existência de um catálogo de direitos fundamentais, a vincular todas as entidades públicas e privadas, e objeto de proteção, ante atos de terceiros, pelos Poderes Públicos. Entre nós, os direitos e garantias individuais são defesos à alteração pelo poder constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, IV), constituindo as chamadas “cláusulas pétreas” (ou “cláusulas de eternidade” ou “núcleo duro”, como referem a doutrina constitucional alemã e francesa, respectivamente). Os direitos fundamentais, núcleo do chamado “constitucionalismo de valores”, incluem não só direitos a prestações negativas (os direitos individuais clássicos do Estado de Direito Liberal), mas também a prestações positivas, pelo Estado e inclusive por particulares (assim por exemplo, o art. 5º, XXIII de nossa Constituição, que obriga – o particular, por óbvio – a utilizar a propriedade molde a atender à sua função social).

Tal aponta para a terceira dimensão, da *socialidade*. Este Estado de Direito é um estado social, caracterizado, além de pelo reconhecimento de direitos individuais, pela densidade da normação de direitos sociais (assim, CF, arts. 6º e 7º), incluídos entre os referidos, direitos a ações estatais positivas e mesmo com força normativa ante particulares (inúmeros dos direitos dos trabalhadores, assegurados pelo art. 7º da CF). Na doutrina constitucional alemã, é freqüente o uso da expressão Estado Social e Democrático de Direito, colhida dos art. 20, parágrafo 1 e 28, parágrafo 1 da Lei Fundamental (número 1, supra).

Por fim, é essencial a dimensão da democracia, como

forma da legitimação do exercício do poder, nos limites em que o estruturou a Constituição, através da democracia representativa, sob a forma de sufrágio e mandato popular, ou mesmo pela utilização de formas de democracia direta (número 3, “c”, supra).

CONCLUSÃO

O Estado de Direito Liberal substancial foi o paradigma jurídico-político do Estado burguês revolucionário; o Estado de Direito Liberal formal foi o modelo constitucional da consolidação do poder da burguesia (ou da composição de seus interesses com os da nobreza). O Estado Constitucional Democrático de Direito é o paradigma jurídico-político do Estado do bem-estar social que se desenvolveu principalmente na Europa, após a 2ª Guerra Mundial⁵³ e onde o constitucionalismo alemão (Lei Fundamental e formas de sua concretização pelo Tribunal Constitucional) alcançaram desenvolvimento ímpar. Pode-se dizer, então, que o Estado Constitucional Democrático de Direito corresponde à estruturação jurídico-constitucional do *Estado moderno*.

Cabe perguntar se nos tempos de pós-modernidade, após

⁵³ “Estava definitivamente ultrapassada a fase da autarquia e independência da esfera económica e social perante o Estado *político*, tanto mais que à referida dinâmica dos mecanismos económicos acresciam factores exógenos resultando fundamentalmente da nova dimensão adquirida pela reivindicação igualitária dos que mais directa e imediatamente sofriam as conseqüências da irracionalidade da *razão* burguesa. Pois, se até aí essa reivindicação se exprimira fundamentalmente no terreno ‘*ilegítimo*’ dos afrontamentos sociais, o progressivo e irrecusável alargamento dos direitos políticos às massas trabalhadoras projectara-a para dentro das portas da *cidade*. O Estado no seu conjunto – e não apenas os mais lúcidos protagonistas – reconhecia agora a necessidade de superar os pressupostos do liberalismo e assumia, no objectivo da prossecução da justiça social, a via para a integração das camadas até então marginalizadas. E este objectivo era tanto mais inadiável quanto, nas convulsões que atravessavam a Europa, era cada vez mais presente a referência à alternativa *soviética* de resolução da *questão social*”. Jorge Reis Novais, obra citada, p. 192, grifos do original.

o influxo das chamadas idéias neo-liberais e de progressiva redução de direitos sociais e de prestações características do Estado do bem-estar, seria ainda a forma jurídico-constitucional mais apropriada. Em suma, o neo-capitalismo liberal é compatível como Estado Constitucional Democrático de Direito?

Jorge Reis Novais após manifestar a dúvida, responde com reservas, pela afirmativa, pois a polêmica se reduziria à questão da socialidade e os neo-liberais não a excluem totalmente; nem poderiam fazê-lo, face ao grau de inserção da intervenção estatal nas sociedades contemporâneas.⁵⁴ A nós parece, que a forte predominância, em determinada sociedade, das concepções neo-liberais, implicaria sim, avassaladora redução do peso da dimensão da socialidade. Nossos textos constitucionais, a doutrina a respeito dos direitos fundamentais, o próprio desenvolvimento do direito, e as amplíssimas e em grande parte ainda inexploradas possibilidades de concreção das Constituições pelos tribunais, representam extraordinária possibilidade de resistência à descaracterização da dimensão da socialidade, que representa o desenvolvimento de algumas das características de maior generosidade do ser humano: os ideais de solidariedade e fraternidade, inspirados no respeito à dignidade de cada um dos nossos semelhantes. Este trabalho apresentou alguns exemplos reais de concreção dos princípios constitutivos do Estado Constitucional Democrático de Direito pela jurisprudência de nossos Tribunais Superiores: um campo ainda muito mais vasto está por ser descoberto e realizado no cumprimento desta tarefa, fundamental para garantia dos valores constitucionais. Constitui, cremos, o grande desafio aos juristas comprometidos com o que representa, nas dimensões essenciais aqui apontadas, a idéia de Estado Constitucional Democrático de Direito.

⁵⁴ Obra citada, pp. 231-232, nota 530.

