

1. Introdução

O Estado democrático de direito é uma construção histórica. Uma série de revoluções, lutas políticas, ideologias, construções teóricas e construções jurídicas fez chegar agora ao início do século XXI esta fórmula que concilia o Estado de direito e a democracia. Se nos ativermos apenas à modernidade podemos remontar ao século XVII e as ideias de John Locke os principais argumentos teóricos que vão derrubar o absolutismo e começar o caminho de afirmação da liberdade que nos levará ao Estado de direito. É a burguesia revolucionária no século XVIII que dará concretude à limitação do poder do Estado inaugurando a ideia de um Estado limitado pelo direito e obediente à legalidade.

O Estado de direito nasce revolucionário e, uma vez derrubado o absolutismo se desenvolverá no século XIX sob o ideário liberal. Na Europa dos oitocentos florescem as ideias de separação entre o Estado e a economia, separação entre o direito e a moral, a ideia de uma sociedade civil que deve ser deixada à própria liberdade. Neste cenário o Estado de direito liberal é o Estado mínimo, é o Estado que deve cuidar da segurança interna e externa e deixar o mercado regular-se pela lei da oferta e da procura e pela soma dos interesses individuais. O direito não deve misturar-se com a moral sendo esta última esfera do arbítrio individual.

É somente com o século XX que se afirmam os direitos sociais e que a democracia passará a ser unida ao conceito de Estado de Direito. O conceito de Estado de direito passa a ser entendido como aquele que deve obediência ao direito mas que é ao mesmo tempo guardião de direitos, guardião dos direitos fundamentais que não são mais apenas individuais mas também sociais, direitos para garantir a vida digna a cada um e a todos. A ideia de democracia se soma neste contexto como governo não apenas da maioria mas governo para todos. Soberania popular que é também proteção das minorias, pluralidade, diversidade.

A soma destes dois conceitos, Estado de direito e democracia, gera algumas polêmicas e até uma aparente contradição é possível entre direitos fundamentais e soberania popular, entre liberalismo e republicanismo. Mas, em que pese os debates sobre o tema, melhor concepção é aquela que entende tais conceitos como interdependente. Impossíveis direitos fundamentais que não contem com ambiente democrático para se afirmarem, e inexistente democracia se seus cidadãos não contam com seus direitos fundamentais. Hoje no século XXI reconhecer esta interdependência é fundamental, implementar a união destes conceitos é o grande desafio.

2. Objetivos

Nosso trabalho tem por objetivo traçar o caminho histórico de construção dos conceitos de Estado de direito e de Estado democrático de direito. Partimos desde os séculos XVII e XVIII nas lutas da burguesia contra o absolutismo, passando pelo ideário liberal na Europa do século XIX, chegando ao fim ao século XX com a união entre Estado de direito e democracia. Neste trajeto visamos construir de forma adequada os conceitos possibilitando uma exposição do debate atual acerca do Estado democrático de direito e conciliação necessária mas às vezes difícil entre direitos fundamentais e soberania popular.

Conduzimos nosso raciocínio em três passos. Primeiro a exposição do arcabouço teórico e da prática revolucionária que inaugura do Estado de direito moderno. Depois passamos a análise do pensamento liberal e o ideário do Estado de direito liberal. Por fim chegamos à passagem do Estado de direito ao Estado democrático de direito. Neste último passo propomos a análise de um conceito de Estado de direito e abordamos os debates em torno da conciliação dos direitos fundamentais e da soberania popular, conciliação necessária para a constituição do Estado de direito que agora se concilia com a democracia.

3. Metodologia

Como metodologia utilizamos o estudo de autores que se debruçaram com excelência no estudo de tais temas e que nos fornecem abordagens críticas como, por exemplo, Jorge Reis Novais e Luis Roberto Barroso. No tratar das revoluções burguesas trazemos à baila trechos dos documentos políticos que lhes são característicos, qual sejam, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França de 1789. Da mesma forma ao tratarmos do pensamento do John Locke utilizamos citação do seu Segundo tratado sobre o governo civil.

No que concerne ao conceito de Estado de direito utilizamos características enunciadas por Goffredo Telles Junior. E nos que se refere a dificuldade na conciliação entre o Estado de direito e a democracia, entre direitos fundamentais e soberania popular nos remetemos a análise sobre o tema feita por Jürgen Habermas. Neste tema desenvolvemos a distancia entre perspectivas liberais e republicanas para concordarmos com Habermas da interdependência entre os direitos fundamentais e a soberania popular, na necessidade de conciliação entre Estado de direito e democracia.

4. O Estado de direito e a burguesia revolucionária

O Estado de Direito é uma conquista moderna. A ideia de um Estado limitado pelo Direito e guardião de direitos pode ser historicamente rastreada, senão mais longe, certamente até o século XVII e a luta dos ingleses contra as ambições absolutistas de seus reis. Quando revolucionário ingleses assassinam seu rei Carlos II e inauguram a experiência que ficou conhecida como república de Cromwell é contra o poder absoluto que se elevam. Pelo ideal de um Estado seguidor do direito e pela afirmação da soberania do Parlamento novamente na Revolução gloriosa se sublevam os ingleses trocando o rei Jaime II e suas pretensões absolutistas pelo holandês Guilherme D'orange e seu respeito ao poder do Parlamento.

O turbulento século XVII inglês vê um povo afirmar limites ao poder do Rei, vê o Parlamento ganhar soberania ao fazer o direito. Neste cenário, se por um lado Thomas Hobbes vai afirmar o contrato legitimador do Leviatã, do Estado absoluto, anos depois seu conterrâneo John Locke vai afirmar o contrato que dá origem ao Estado de Direito, o contrato social que faz nascer um poder limitado e guardião dos direitos de seus cidadãos. Podemos identificar em John Locke um pensador moderno do Estado de Direito.

A ideia de que o Estado nasce para proteger os direitos de seus cidadãos. Afirmação de que o soberano não pode contrariar as leis. Que qualquer um que exerça a força sem o direito a exerce de forma ilegítima e portanto pode ser desobedecido. A força sem o direito rompe os laços políticos e legitima a resistência. A ideia de que é do consentimento dos súditos que nasce o poder do Estado. Todas essas ideias já estão em Locke e não é por menos que seu Segundo Tratado sobre o governo civil é considerado o texto legitimador da revolução gloriosa e fundamento teórico para os revolucionários americanos no século seguinte. Nada menos que duas revoluções que mudaram o mundo é esse o resultado do pensamento que principia nas ideias de Locke, e o pensamento que vai ancorar o Estado de Direito.

Neste caminho, a grande novidade de Locke em relação a seu antecessor Hobbes é a afirmação de que os homens são portadores de direitos anteriores ao Estado, direitos naturais que já são exercidos no estado de natureza, sendo estes a vida, a liberdade e a propriedade. O indivíduo lockeano não é movido apenas pelo medo da morte violenta, ele entra no contrato social já com direitos a serem observados por todos. O estado que nasce do contrato lockeano é um estado limitado já na sua origem, limitado já na sua fundação, limitado pelos direitos naturais de seus cidadãos. Um Estado de que deve guardar tais direitos, formulação chave do que a modernidade consagrará com a expressão Estado de Direito.

Em Locke, o contrato social é um pacto de consentimento em que os homens concordam livremente em formar a sociedade civil para preservar e consolidar ainda mais os direitos que possuíam originalmente no estado de natureza. No estado civil os direitos naturais inalienáveis do ser humano à vida, à liberdade e aos bens estão melhor protegidos sob o amparo da lei, do árbitro e da força comum de um corpo político unitário.(MELLO, 1998,86)

Mas não é apenas a afirmação de direitos naturais inalienáveis que servem de limite ao poder do Estado que nos faz aproximar Locke da origem do conceito de estado de Direito moderno. O Estado que nasce do contrato lockeano é ainda um poder que deve agir dentro da legalidade. O poder político em Locke tem sua legitimidade atrelada ao cumprimento da lei. Uma afirmação do que irá consagrar-se como grande princípio do estado de Direitos, o princípio da legalidade já encontra amparo na teoria lockeana do poder e do contrato. Segundo seu Segundo tratado sobre o governo civil, só o poder que se exerce dentro da lei é poder legítimo.

Como está adstrito à lei o poder de aplicar o direito também não deve ser deixado ao arredo de interesses particulares. Locke duvida dos homens que são juízes em causa própria. Já encontramos neste pensador do século XVII uma outra característica do Estado de Direito moderno: os juízes devem aplicar a lei de forma imparcial. A ninguém deve ser dado o poder de ser juiz de si mesmo. Já aparece aqui a ideia do juiz moderno, funcionário do Estado, escravo do Direito.

...quem tiver o poder legislativo ou o poder supremo de qualquer comunidade obriga-se a governá-la mediante leis estabelecidas, promulgadas e conhecidas pelo povo (...) e mediante juízes imparciais e corretos que terão de resolver as controvérsias conforme essas leis. Obriga-se também a empregar a força da comunidade no seu território somente na execução de tais leis... (LOCKE, 1998, 101)

E ainda sobre a originalidade e contemporaneidade da teoria de Locke acerca do governo civil cabe citar algumas de suas notas acerca das leis, do poder legislativo e dos limites do poder do estado:

...Tem de governar por meio de leis estabelecidas e promulgadas, que não poderão variar em casos particulares, instituindo a mesma regra para ricos e pobres, para favoritos da corte ou camponeses no arado.

... Tais leis não devem ser destinadas a qualquer outro fim senão o bem do povo.

... Não devem lançar impostos sobre a propriedade do povo sem o consentimento deste, dado diretamente ou por intermédio de seus deputados.

...O legislativo não pode transferir o poder de elaborar leis a ninguém mais, ou colocá-lo em qualquer outro lugar que não o indicado pelo povo. (LOCKE, 1998, 103)

Como já antecipamos as ideias de Locke não ficarão restritas aos revolucionários ingleses, no século XVIII elas ecoarão pela América, enunciadas pelos founding fathers, em sua luta pela independência e formação dos Estados Unidos da América. É contra abusos da coroa inglesa que lutam os americanos então quando estes vão organizar seu novo Estado certamente não é um rei absolutista o que eles decidem proclamar como seu governante. Os Estados Unidos da América já nascem sob a égide da legalidade. Primeiro Estado moderno com uma constituição escrita os fundadores dos Estados Unidos da América leram John Locke e proclamaram o império da lei.

O Estado não só deve guardar os direitos naturais de seus cidadãos como ele é constituído para tal fim, é sua razão de ser. A revolução americana traz em sua célebre Declaração de Independência a afirmação do governo que nasce do consentimento dos indivíduos, a afirmação de direitos como limites ao poder do Estado, a afirmação do direito acima do poder. Um dos mais belos textos políticos de afirmação da liberdade a Declaração de Independência dos revolucionários americanos é crucial para a compreensão do histórico do Estado de Direito na modernidade.

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. *Declaração de Independência dos EUA – 1776*¹

Mas sobre os primórdios do Estado de Direito e a luta contra o absolutismo será a Revolução francesa que dará universalidade à ideia de direitos do homem servindo de limites ao poder do Estado. Comparando a Revolução francesa à americana Antonio Negri em seu *O Poder constituinte* chega a enunciar que é a francesa a revolução que realmente instaura uma nova ordem, uma nova relação entre sociedade e Estado: “é na França, e somente na França,

¹ *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*, 1776, disponível em <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>, acessado em 11/04/16

que o princípio constituinte se impõe e se define: na *Declaração de Direitos*, ele é imediatamente ato de fundação constitucional de uma nova sociedade.”(NEGRI, 2002,33)

Os revolucionários franceses vão lutar contra o absolutismo sob a bandeira dos direitos universais do homem e do cidadão. A luta por um Estado guardião dos direitos é a luta pela construção do Estado de Direito. O poder só serve à afirmação de tais direitos, a desgraça e a corrupção derivam da ignorância e esquecimento de tais direitos e dentre tais direitos está ainda o direito que legitima a própria revolução, o direito de resistir à opressão. A revolução de 1789 inaugura um novo horizonte na limitação ao poder do Estado de na afirmação dos direitos do homem.

Os representantes do povo francês, constituídos em assembleia nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres...

Artigo 2º- O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - 1789²

Depois desse começo revolucionário o Estado de Direito se consolida ao longo do século XIX sob a forma de Estado constitucional. As primeiras constituições escritas são formadas principalmente por normas de repartição dos poderes e limitações ao poder do Estado enunciadas principalmente em normas de proteção aos direitos individuais em face do Estado. É o pensamento liberal que ainda inspira em grande parte este Estado de Direito, a noção de democracia representativa ainda estava se consolidando e o Estado de Direito só ganharia sua qualificadora democrática ao longo do século XX. (BARROSO, 2014,63)

5. Estado de direito e liberalismo

Não poderíamos tratar do tema do Estado de direito sem citar obra majestosa sobre o tema de autoria do mestre português Jorge Reis Novais, intitulada *Contributo para uma teoria do Estado de direito*. Nesta obra encontramos um excelente histórico do Estado de direito e

² *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, 1789, disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf, acessado em 11/04/16.

suas características desde suas possíveis origens na Grécia antiga até os debates acerca do seu caráter democrático no século XX. Neste trajeto temas centrais são abordados como a passagem do estado de polícia ao Estado de direito pelas reivindicações burguesas, a consolidação do Estado liberal do século XIX, as experiências totalitárias anti-liberais da primeira metade do século XX e a consolidação do Estado Democrático de direito.

Partindo do que ele chama de “discutíveis antecedentes” (Novais, 1987) Jorge Reis Novais começa sua obra com a análise de algumas características do Estado da Grécia Antiga e da organização política da Idade Média que poderiam servir como antecedentes do Estado de direito. Mas é certamente a partir da contestação do Estado absolutista pela burguesia do século XVIII e suas revoluções liberais que se configura a primeira afirmação do Estado de Direito moderno. A afirmação da personalidade jurídica do Estado, diversa da pessoa do monarca, a afirmação da racionalização da atuação do Estado e sua limitação como um problema jurídico e não apenas político são alguns dos ideais desta burguesia revolucionária e de afirmação do nascente Estado de direito.

Chegando ao século XIX o autor elabora uma comparação entre o *Rechtsstaat* alemão e o *État Constitutionnel* francês:

Deste ponto de vista o Estado Constitucional ia mais além que o “Rechtsstaat” e parecia, naquela assunção de limites supra-positivos, precaver-se contra a redução formalista que afetaria este. Mas, num outro plano ficava *aquém*, pois desvalorizando relativamente as formas jurídicas, não retirava, com prejuízo da proteção dos direitos individuais, todas as consequências potencialmente decorrentes da ideia de limitação jurídica do Estado. (NOVAIS, 1987, 45)

Na trajetória histórica de afirmação do Estado de direito a Inglaterra merece uma menção particular. O turbulento século XVII inglês em seu embate entre ambições absolutistas de seus reis e a afirmação da força do Parlamento este sai vitorioso e se instaura em terras inglesas a ideia até hoje respeitada por lá da soberania do Parlamento. Mas em que pese o poder do Legislativo inglês não se deve deixar de mencionar o poder do *common Law*, do direito não-estadual. São estes dois poderes que vão constituir o *rule of Law* na Inglaterra: a soberania do Parlamento e o direito consuetudinário. Nas palavras do autor: “sendo então a “rule of Law” entendida não já como supremacia de Deus ou da Igreja, mas do direito consuetudinário e do Parlamento” (NOVAIS, 1987,48). O Estado de direito que nasce na Inglaterra com a “rule of Law” pode ser sintetizado em três elementos: a supremacia da lei sobre o poder discricionário do governo; igualdade de todos perante a lei; e regras

constitucionais que tem por fonte os princípios de direito privado levados a cabo pelos tribunais e pelo Parlamento e não o inverso.

O que se segue à vitória da burguesia em sua luta contra o absolutismo, com a afirmação do Estado de direito vem a sua adjetivação de Estado liberal de direito, o século XIX é o século do Estado mínimo. O ideário liberal pode ser representado por uma tripla separação do Estado: o Estado se separa da economia, se separa da moralidade e se separa da sociedade. Representadas por seus três expoentes, respectivamente, Smith, Kant e Humboldt tais separações fornecem o embasamento ideológico a sustentar o Estado liberal, o Estado cujo principal objetivo é intervir o mínimo necessário no campo social.

Adam Smith é conhecido por sua teoria da auto-regulação da economia, sua afirmação da existência de uma mão invisível do mercado que, sem necessidade da intervenção do Estado, regula a economia. Para aquele que é considerado o pai do liberalismo econômico o bem coletivo não precisaria de uma atuação do Estado mas seria alcançada pela livre concorrência. Cada indivíduo na sociedade buscando seu bem individual levaria ao alcance do bem coletivo.

O bem-estar coletivo resultará, não de uma atividade conscientemente dirigida a atingi-lo, mas antes do livre encontro de fins individuais, da livre concorrência de produtores e consumidores movidos e dirigidos por uma mão invisível através da procura e oferta de mercadorias. Porém, para que estes resultados se produzam é necessário que as leis internas da economia se possam desenvolver sem interferências exteriores e, logo, sem intervenção do estado na esfera econômica, para que a política não venha alterar a livre concorrência dos agentes econômicos. (NOVAIS, 1987, 53)

A segunda separação que sustenta o ideário liberal tem como principal expoente Kant e sua autonomia da moral. O filósofo afirma a separação entre Direito e moral sendo esta última esfera de determinação individual que deve ser deixada ao arbítrio de cada um. Assim, para este pensamento liberal não cabe ao estado a afirmação de nenhuma moralidade comum ou coletiva, devendo este limitar-se a organização jurídica dos comportamentos e não de valores. “À auto-regulação do mercado de A. Smith corresponde, em Kant, a auto-eleição dos fins e a auto-regulação da esfera moral de cada um, sendo excluída qualquer moral social enquanto moralidade assumida como fim do Estado e imposta do exterior às consciências individuais.” (NOVAIS, 1987, 60)

Por fim o liberalismo opera ainda uma separação entre Estado e sociedade. Principalmente pelas ideias de Humboldt. A separação entre Estado e sociedade civil deriva

das duas primeiras e se afirma pela atuação do Estado limitada à segurança externa e interna para garantir apenas as condições mínimas para o exercício da liberdade individual. Para o autor “a tarefa do Direito é delimitar e assegurar a esfera da liberdade e propriedade individual e a única função do Estado é proteger o ordenamento jurídico reduzido a tal tarefa.” (NOVAIS, 1987,67)

Alguns elementos fundamentais do Estado de Direito se consolidam a partir da experiência liberal e até hoje integram o arcabouço de direitos e princípios próprios desta forma de estado. São exemplos destes conceitos a afirmação de direitos fundamentais, notadamente aqueles ditos de primeira dimensão ou direitos negativos, e a divisão dos poderes e o princípio da legalidade. Ainda que a experiência liberal tenha sido terrível e cruel para a massa dos trabalhadores da indústria nascente, sem direitos ou limitação à exploração capitalista, alguns conceitos jurídicos se consolidam no estado liberal e permanecem como conquista jurídica de limitação do poder até os dias de hoje.

A Europa do início do século XX é o palco da ascensão de Estados não-liberais que podem ser chamado também de estado de (não) direito como diz Jorge Reis Novais. São exemplos o estado fascista na Itália ou a experiência nazista na Alemanha. Esses Estados somente poderiam ser chamados de Estados de direito se tomássemos o conceito por seu sentido mais fraco, apenas como observância de uma ordem jurídica determinada. Em seu sentido material ou forte ou substancial Estado de direito em nada descreve essas experiências. Tratava-se de Estados totalitários, racista, discriminatórios, assassinos, beligerantes que em nada se assemelham ao ideal de direitos e liberdades próprias dos Estados de direito em sentido forte.

Mas é também no século XX que o Estado de direito começa a se relacionar diretamente com o ideal democrático, dando origem ao Estado democrático de direito. Neste o ideal liberal dá lugar ao de Estado social, em que se afirmam atuações positivas do Estado na defesa de direitos sociais. O Estado democrático de direito se consolida como Estado onde a atuação do direito não se resume à divisão dos poderes ou à legalidade, a atuação do Estado não se restringe à segurança e aos direitos individuais negativos, mas se afirma positivamente na garantia de direitos sociais.

6. Do Estado de direito ao Estado democrático de direito.

No que concerne ao conceito de Estado de direito, Luis Roberto Barroso em seu *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* afirma ser possível identificarmos um sentido fraco ou formal e um sentido mais forte ou substancial. (BARROSO, 2014,63) No seu sentido mais fraco o Estado de Direito se configura pelo respeito à legalidade, a existência de uma ordem jurídica observada tanto pelos detentores do poder como pelos particulares. Este primeiro sentido da expressão Estado de direito se satisfaz com a existência formal de uma ordem legal, independente de seu conteúdo material. É o Estado que cumpre o direito. O estado da lei e não dos homens.

O sentido formal de Estado de direito, no entanto, é flexível o suficiente para abraçar como Estado de Direito estados autoritários e até totalitários. Este conceito, que correspondente à doutrina alemã do *Rechtsstaat* se satisfaz com uma ordem jurídica obedecida pelo Estado seja qual for o seu conteúdo, sejam quais forem os direitos individuais respeitados ou não por este Estado.

Quanto ao Estado de direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares. Este sentido mais fraco do conceito corresponde, segundo a doutrina, à noção alemã de *Rechtsstaat*, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade. (BARROSO, 2014,63)

Todavia é um outro sentido de Estado de direito que se consolida principalmente da doutrina anglo-saxã e latina, um Estado de direito que não se satisfaz apenas com a formalidade da legalidade mas que exige certos conteúdos materiais nesta ordem jurídica. Neste sentido material de Estado de direito são requisitos a legitimidade e a justiça de suas leis. Não importa apenas a legalidade mas a origem de suas leis. Não importa apenas a limitação ao poder mas a justiça dos direitos garantidos. É esta visão substantiva que é subjacente ao conceito de *rule of the Law* e à ideia latina contemporânea de Estado de direito, *État de droit*, *Stato di diritto*.

Todavia, em uma visão substantiva do fenômeno, não é possível ignorar a *origem* e o *conteúdo* da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente ao conceito anglo-saxão de *rule of the Law* e que se procurou incorporar à ideia latina contemporânea de Estado de direito, *État de droit*, *Stato di diritto*. (BARROSO, 2014,63)

Podemos encontrar uma feliz caracterização do Estado de direito no discurso histórico “Carta aos brasileiros”³ de Goffredo Telles Junior. O ano era 1977 e a sociedade brasileira já se cansara das atrocidades da repressão violenta dos últimos anos por parte dos militares. Movimentos sociais começam a vir a público contestando a ditadura e reivindicando a democratização. Uma sociedade cansada do medo, da censura, da violência de um estado autoritário vinha à tona em manifestações pela democracia. É nesse cenário que ocorre, nas arcadas do Largo de São Francisco, uma cerimônia pelos 150 anos dos cursos jurídicos no Brasil, e o discurso de Goffredo Telles Junior, que teve também a assinatura de diversos dos mais renomados juristas do país.

Era tempo de derrubar um Estado autoritário e por isso era preciso diferenciar ditadura de democracia, e o referido discurso assim o fez. Era tempo de exigir direitos e portanto era premente afirmar os limites do poder do Estado, e o discurso assim o fez. Era tempo de afirmar que a legitimidade só vem do povo, e o discurso assim o fez. Faltava diferenciar o Estado baseado na força do Estado baseado no poder das ideias e no entrechoque de opiniões. Faltava diferenciar a ordem dos cemitérios da ordem democrática. Faltava diferenciar o Estado de fato do Estado de direito e o discurso assim o fez.

“Carta aos brasileiros” é documento político e histórico de monumental importância pelo seu papel à época, como instrumento de luta contra a ditadura e exercício do direito de resistência, mas também de importância até hoje, por enunciar conceitos que jamais devem ser esquecidos, desde os bancos acadêmicos das faculdades de Direito até as cadeiras da mais alta corte. Eis que dentre tantas afirmações relevantes encontramos em “Carta aos brasileiros” de Goffredo Telles Junior um conceito útil de Estado de direito, uma caracterização do Estado de direito em três notas essenciais. O Estado de direito é aquele que é obediente ao direito, guardião dos direitos e aberto para as conquistas da cultura jurídica (NADER, 2011,138).

Seguindo este conceito a primeira característica essencial de um Estado de Direito é sua obediência ao direito. Tal nota requer que o Estado seja dotado de uma ordem jurídica que seja respeitada por toda a estrutura do Estado. Significa que todo e qualquer agente público tem seu poder restrito pela legalidade. Dentro daquele sentido mais fraco de Estado de direito que mencionamos, dizer que o Estado é obediente ao direito significa que todo seu poder é limitado por uma ordem jurídica vigente . Aqui o princípio central é o princípio da legalidade.

³ Disponível em http://www.goffredotellesjr.adv.br/site/pagina.php?id_pg=30, acessado em 11/04/16.

Vale mencionar sobre o tema a observação tornada célebre por Hely Lopes Meirelles acerca da distinção de aplicação do princípio da legalidade no que concerne ao cidadão e no que diz respeito aos agentes públicos. O princípio da legalidade é uma moeda de duas faces, uma voltada para o cidadão e outra para os agentes do Estado. O princípio da legalidade aplicado aos cidadãos, conforme enunciado em nosso artigo 5º, inciso II da CF/88, dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ou seja, decorre da interpretação da norma que no silêncio da lei o cidadão é livre para fazer ou não fazer qualquer coisa. Naquilo que a lei não obriga ou proíbe o cidadão é livre.

No entanto, diferente é a interpretação do princípio da legalidade para os agentes públicos. O Estado obediente ao direito é aquele que só pode agir naquilo que a ordem jurídica lhe dá o poder para tanto. Os agentes públicos só podem agir no limite do que a legalidade permita que eles façam, sua competência vem da ordem jurídica e se restringe à ela. Ao contrário do cidadão, os agentes públicos não podem agir no silêncio da lei. O princípio da legalidade para os agentes públicos significa uma limitação a seu poder, seu poder vem da ordem jurídica e somente nos limites desta pode ser exercido.

Mas se a obediência do Estado ao direito pode ainda restringir-se ao sentido apenas fraco da expressão Estado de direito, podendo fazer crer que o Estado de direito poderia se enunciar independente do conteúdo de tal ordem jurídica, a segunda característica estabelecida por Goffredo Telles Junior nos remete diretamente ao caráter substancial do conceito: o Estado de direito é um Estado guardião dos direitos. O Estado de direito guarda os direitos de seus cidadãos, guarda o cumprimento das leis na sociedade assim como implementa necessariamente uma série de princípios, liberdades e direitos subjetivos que fazem o poder servir aos homens e não o contrário.

Neste ponto vale mencionar a distinção que faz o autor entre Estado-fim e Estado-meio, sendo o primeiro aquele Estado que serve ao poder e o último o Estado que serve aos homens. O Estado-fim é aquele que se afirma imbuído de sua própria finalidade e que afirma ser a sociedade mero serviçal para afirmação de seu poder. Já o estado-meio é aquele que se constitui como instrumento para a afirmação dos valores humanos, para a efetivação de direitos e guarda de liberdades. O Estado-fim é característico dos Estados autoritários que fazem passar sua força sobre o direito, o Estado-meio é o Estado de direito que guarda seu caráter instrumental à uma finalidade maior que são os direitos humanos.

O Estado de Direito se caracteriza por três notas essenciais, a saber: por ser *obediente ao Direito*; por ser *guardião dos Direitos*; e por ser *aberto para as conquistas da cultura jurídica*.

É *obediente ao Direito*, porque suas funções são as que a Constituição lhe atribui, e porque, ao exercê-las, o Governo não ultrapassa os limites de sua competência.

É *guardião dos Direitos*, porque o Estado de Direito é o Estado-meio, organizado para servir o ser humano, ou seja, para assegurar o exercício das liberdades e dos direitos subjetivos das pessoas. *Carta aos Brasileiros*⁴

Por fim, como terceira característica do Estado de direito temos que este é aberto para as conquistas da cultura jurídica, o que enuncia o caráter democrático deste Estado. O Estado de direito não é um Estado hermético, fechado aos valores da sociedade. O Estado de direito é aberto às inovações da sociedade em suas demandas e conquistas, em suas mudanças e novas ideias. Aberto ao debate democrático a responder às novas exigências de uma sociedade que está em constante mudança, mudanças que devem ser acompanhadas pelo Direito e pelo Estado.

E é aberto para as conquistas da cultura jurídica, porque o Estado de Direito é uma democracia, caracterizado pelo regime de representação popular nos órgãos legislativos e, portanto, é um Estado sensível às necessidades de incorporar à legislação as normas tendentes a realizar o ideal de Justiça cada vez mais perfeita. *Carta aos Brasileiros*⁵

A união entre o Estado de direito e a democracia não ocorre sem algumas dificuldades, nem sempre o ideal de direitos e garantias fundamentais, próprios do Estado de Direito, se encontra pacificamente com a noção de soberania popular própria da democracia. Autor que se dedica ao tema da difícil conciliação entre Estado de direito e democracia Jürgen Habermas faz uma exposição do tema em seu artigo *O Estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?*

Para Habermas, a aparente contradição que pode surgir entre Estado de direito e seu arcabouço de direitos fundamentais e a autodeterminação soberana do povo ilustra a oposição

⁴ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Carta aos brasileiros*, disponível em http://www.goffredotellesjr.adv.br/site/pagina.php?id_pg=30#um, acessado em 11/04/16.

⁵ TELLES JUNIOR, Goffredo. *Carta aos brasileiros*, disponível em http://www.goffredotellesjr.adv.br/site/pagina.php?id_pg=30#um, acessado em 11/04/16.

entre liberalismo e republicanismo. Tomando por base teórica a diferença entre a concepção kantiana de autonomia ou a compreensão de Rousseau acerca do mesmo conceito a distinção liberalismo x republicanismo reproduz ainda a distinção entre liberdade dos modernos ou negativa e liberdade dos antigos ou positiva. No primeiro campo prevalecem os direitos fundamentais sobre a soberania do povo sendo a mais importante liberdade aquela que põe limites ao poder do estado e garante as liberdades individuais. Já no segundo campo teórico prevalece a soberania popular sendo liberdade principal aquela que garante a participação na vida pública e na tomada de decisões políticas. Neste embate Habermas assume uma terceira posição, afirma o autor a imbricação dos dois termos que aparentemente poderiam ser contraditórios. Direitos fundamentais e soberania popular são indissociáveis e um só pode afirmar-se na presença do outro e vice e versa.

Por isso, consideramos os dois princípios como sendo, de certa forma, co-origenários, ou seja, um não é possível sem o outro. Além disso, a intuição da “co-origenariedade” também pode ser expressa de outra maneira, a saber, como uma relação complementar entre autonomia privada e pública. Para fazerem um uso *adequado* de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, os cidadãos tem que ser suficientemente independentes na sua vida privada (...). Porém os “cidadãos da sociedade” (...) só podem gozar simetricamente sua autonomia privada, se, enquanto cidadãos do Estado (...), fizerem uso adequado de sua autonomia política – uma vez que as liberdades de ação subjetivas, igualmente distribuídas, tem para eles o “mesmo valor”. (HABERMAS, 2003, 155)

Não nos cabe analisar nos limites deste trabalho a legitimação procedimental proposta por Habermas para o Estado democrático de direito. Vale aqui apenas sinalizar a problemática da união destes dois conceitos, o de Estado de direito e o de democracia, e a alternativa habermasiana que entende-os como co-origenários, interdependentes e indissociáveis. A construção do Estado democrático de Direito é tema que ultrapassa o século XX e chega ao século XXI ainda como desafio.

O constitucionalismo democrático, ao final da primeira década do século XXI, ainda se debate com as complexidades da conciliação entre soberania popular e direitos fundamentais. Entre governo da maioria e vida digna e em liberdade para todos, em um ambiente de justiça, pluralismo e diversidade. Esta continua a ser, ainda, um bom projeto para o milênio. (BARROSO, 2013,64)

Por fim, sobre o tema vale ainda retomarmos as lições de Luis Roberto Barroso quando afirma ser este desafio de concretizar o Estado democrático de direito é aquele de conciliar a ideia de governo da maioria com o conceito material de democracia como governo para todos. Desafio de fazer coexistir a soberania popular e os direitos fundamentais, a

construção da vida digna a todos ao ideal de diversidade e pluralidade. Para tanto são necessários não apenas os direitos individuais mas também direitos sociais, não apenas a participação política mas o respeito às minorias.

7. Conclusão

O Estado democrático de direito é fruto de uma construção histórica que encontra seus antecedentes modernos na luta da burguesia revolucionária do século XVIII pela afirmação das liberdades individuais e hoje se efetiva de forma inseparável com os direitos sociais e com o ideário democrático. Impossível dissociar o conceito de seu trajeto histórico, a compreensão adequada depende da compreensão de sua gênese, de seu caminho de afirmação histórica.

O Estado de direito nasce liberal, uma vez afirmado pelas lutas burguesas seu desenvolvimento se aproxima do ideário liberal e do Estado mínimo. Estado que se separa da economia, Estado que se distancia da moralidade, o Estado liberal é o Estado que deve resguardar a segurança interna e externa e restringir-se à legalidade. Somente as reivindicações dos trabalhadores farão com que o Estado abrace os direitos sociais. A ameaça dos Estados totalitários, não-liberais, Estados de (não) direito varre o mundo ao início do século XX e é no decorrer também deste século que, finalmente, o Estado de direito vai encontrar a democracia.

O Estado democrático de direito é uma conquista, uma construção, e sua concretização está ainda em curso e desafia juristas e teóricos ainda no século XXI. Sobre a dificuldade de conciliar direitos fundamentais e soberania popular transita todo o debate que separa liberais e republicanos. Neste cenário fundamental, ao fim, nos parece afirmar que tais conceitos não se opõem mas pelo contrário são interdependentes. Assim como Habermas, ao final de nosso caminho histórico afirmamos a possibilidade de conciliação entre Estado de direito e democracia onde os dois conceitos são interdependentes: de nada valem direitos fundamentais sem democracia e impossível é o exercício da democracia sem direitos fundamentais.

8. Referência bibliográficas:

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, 1776, disponível em <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>, acessado em 11/04/16

Declaração dos direitos do homem e do cidadão, 1789, disponível em http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf, acessado em 11/04/16.

HABERMAS, Jürgen. “O Estado democrático de direitos – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?” in HABERMAS, Jürgen. *A era das transições*, Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003.

LOCKE, John. “Segundo tratado sobre o governo civil” in WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política*, 10ª edição, São Paulo: Ática, 1998.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. “John Locke e o individualismo liberal” in WEFFORT, Francisco. *Os clássicos da política*, 10ª edição, São Paulo: Ática, 1998.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*, Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Carta aos brasileiros*, disponível em http://www.goffredotellesjr.adv.br/site/pagina.php?id_pg=30#um, acessado em 11/04/16.