

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CONTEMPORARY CHALLENGES TO THE DEMOCRATIC CONSTITUCIONAL
STATE UNDER RULE OF LAW

Luiz Felipe Silveira Difini¹

Doutor em Direito do Estado (UFRGS, Porto Alegre/RS, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; direito público.

RESUMO: Este trabalho examina os parâmetros mínimos exigidos à configuração do Estado Democrático de Direito e aqueles advindos do *Verfassungsstaat*, caracterizando a versão hodierna do Estado Constitucional Democrático de Direito, e trata de sua evolução histórica. A seguir, cuida da possibilidade de retrocesso advinda da ascensão política de populismos nacionalistas de caráter reacionário-autoritário, o desafio que representam à jurisdição constitucional e o papel desta para a preservação das conquistas civilizatórias representadas pelo Estado Constitucional Democrático de Direito.

ABSTRACT: *This article inquires about minimum criteria needed to establish a Democratic State under rule of law and those that came from the *Verfassungsstaat*, characterizing the nowadays version of Constitutional Democratic State under rule of law, and studies its historical evolution. Following, it reflects about retrocession possibilities originated from uprising of nationalist populisms with reactionary-authoritarian character, challenges they represent to constitutional jurisdiction and its roll to preserve civilization conquers represented by Democratic Constitutional State under rule of Law.*

PALAVRAS-CHAVE: Estado Constitucional Democrático de Direito;

¹ Desembargador aposentado (TJRS, Porto Alegre/RS, Brasil). Professor titular aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Ex-Presidente do Tribunal de Justiça Estado do Rio Grande do Sul. Ex-Presidente, Corregedor e Diretor da Escola Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul. E-mail: lfelipe2222@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/9469097303332145>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6206-5024>.

ascensão de populismos nacionalistas reacionários autoritários; desafios; jurisdição constitucional.

KEYWORDS: *Democratic Constitutional State Under Rule of Law; uprising of reactionary authoritarian nationalist populisms; challenges; constitutional jurisdiction.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O *Verfassungsstaat* e seus princípios conformadores; 2 Desafios contemporâneos ao Estado Constitucional Democrático de Direito; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The Verfassungsstaat and its guiding principles; 2 Contemporary challenges to Democratic Constitutional State Under Rule of Law; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

O Estado de Direito, criação do constitucionalismo liberal, passou por importantes mutações e significativa evolução, até ser reconhecido como um princípio indissociável de uma forma de organização político-social compatível com o estado civilizacional a que acreditamos chegar a partir do final do século XX.

A princípio, limitava-se à noção de “*Etat Légal*”, mera submissão dos funcionários do Estado a um determinado arcabouço legal, do século XVIII, que teve seu correspondente no século XX nos Estados de Legalidade (como nos Estados de legalidade socialista):

[...] 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.²

² DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 95, p. 166, set. 2004.

Os totalitarismos derrotados na Segunda Guerra Mundial demonstraram ser insuficiente a noção de “*Etat Légal*” ou mesmo, simplesmente, de Estado de Direito.

A ele se agregou a expressão “democrático”, a indicar que a exigência de legitimidade do Estado demandava que ele fosse não apenas subordinado às leis e ao direito, mas também que os órgãos encarregados da edição e execução dessas leis fossem representativos da sociedade (ou, ao menos, de uma parcela majoritária desta), auferida essa representatividade de mecanismos democráticos de legitimação:

“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 pelos 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.³

Este Estado foi tomando dimensão social⁴, e a Constituição alemã utiliza a expressão “Estado de Direito republicano, democrático e social” no art. 28, parágrafo 1⁵, locução que teve origem em proposta do deputado social democrata Carlo Schmidt.

A evolução posterior cunhou a expressão Estado Constitucional Democrático de Direito. Já não basta um Estado de Direito em que governantes e funcionários do Estado estão submetidos às leis e nem mesmo que estes

³ Kelsen, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado – editor, sucessor, 1976. p. 417.

⁴ A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social. (SILVA, José Afonso. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 24, jul./set. 1988)

⁵ No art. 20, parágrafo 1 da Lei fundamental, referindo-se à organização dos Länder (estados federados), usa-se a expressão “Estado federal, democrático e social”.

governantes e legisladores afirmam sua legitimidade de eleições democráticas e liberdades democráticas dos cidadãos (de crença, consciência e expressão de pensamento) sejam respeitadas. É preciso que cidadãos, governo e legislatura democraticamente eleitos sejam vinculados e limitados em sua ação, por valores e princípios jurídicos expressos na Constituição, especialmente os direitos fundamentais, que representam limites à própria ação da maioria parlamentar resultante de eleições democráticas.

Neste trabalho, examinaremos, em uma primeira parte, a conformação do Estado Constitucional Democrático de Direito, como entendido na sua evolução a partir do final do século XX; na segunda parte, trataremos de seus desafios e de sua missão diante do surgimento de alternativas políticas aparentemente disfuncionais em relação a essa evolução, buscando rediscutir o papel do Estado Constitucional diante da realidade da ascensão de gêneros de nacionalismo e populismo, aparentemente ensejadores de retrocesso em relação às anteriores conquistas políticas e sociais advindas da democracia e do constitucionalismo, visando a alcançar conclusões acerca dos novos desafios postos ao *Verfassungsstaat* e aos órgãos encarregados de sua defesa, concreção e efetivação.

1 O VERFASSUNGSSTAAT E SEUS PRINCÍPIOS CONFORMADORES

Jorge Miranda assim identifica os parâmetros mínimos de um Estado Constitucional Democrático de Direito:

Sem entrar aqui na análise quer da formação e da evolução das instituições quer dos problemas actuais que suscitam – o que excederia o escopo deste volume – devem figurar-se como postulados ou requisitos do Estado de Direito (passíveis de graduação e de conformação específicas consoante os sistemas jurídicos e políticos) os seguintes:

- a) A definição rigorosa e a garantia efectiva, no mínimo, dos direitos à vida e à integridade pessoal, da liberdade física e da segurança individual, da liberdade de consciência e religião, bem como da regra da igualdade jurídica entre as pessoas;

- b) A pluralidade de órgãos governativos, independentes ou interdependentes quanto à sua subsistência, e com funções distintas, competindo, nomeadamente, ao Parlamento o primado da função legislativa;
- c) A reserva da função jurisdicional aos tribunais, independentes e dotados de garantias de independência dos juízes;
- d) O princípio da constitucionalidade, com fiscalização, jurisdicional ou jurisdicionalizada, de conformidade das leis com a constituição;
- e) O princípio da legalidade de Administração, com meios de impugnação contenciosa dos actos administrativos e dos regulamentos;
- f) A responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelos seus órgãos e agentes.⁶

Analisaremos aqui os princípios conformadores inerentes à noção de Estado Democrático de Direito, para, a seguir, agregar aqueles advindos de sua evolução para, mantendo seu carácter democrático e de subordinação à legalidade, alcançar o estágio de Estado Constitucional.

1.1 PRINCÍPIOS ADVINDOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A noção de Estado Democrático de Direito tem como pressuposto a proteção de um rol específico de direitos fundamentais. Tais direitos devem ser determinados, o que implica sua *tipificação*, com descrição minudente de seu conteúdo e mecanismos de sua garantia real, inclusive sua *promoção* por órgãos estatais e *proteção* por órgãos independentes (autárquicos e judiciais). Ainda há uma extensão básica dessa proteção, com a previsão de um rol mínimo de direitos, decorrentes do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

A repartição de poderes também lhe é inerente, competindo a função legislativa (independente da admissão, por exemplo, de função regulamentar

⁶ MIRANDA, JORGE. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 2000. p. 198.

ao Poder Executivo, exercida por decretos e outros atos infralegais) ao Parlamento, escolhido por periódicas eleições democráticas (embora admitida variada gama de sistemas eleitorais).

A função jurisdicional é privativa do Poder Judiciário e deve ser exercida por juízes e tribunais com garantias de independência. Esta se exprime pela subordinação de todos os juízes e tribunais apenas à Constituição e às leis, pela tríplice garantia da vitaliciedade (pelo que não é Estado Democrático de Direito aquele que possibilite a perda do cargo de juiz por decisão *administrativa*), inamovibilidade e irredutibilidade vencimental, pela irresponsabilidade pessoal dos juízes por suas decisões e pela garantia de *autogoverno* do Poder Judiciário.

É inerente ao Estado Democrático de Direito o controle de constitucionalidade das leis, que deve ser exercido por órgão do Poder Judiciário (controle pela Suprema Corte americana, por exemplo, ou, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal) ou por órgão jurisdicionalizado (modelo dos tribunais constitucionais europeus), ainda que fora da estrutura do Poder Judiciário.

A existência de forma de controle jurisdicional ou jurisdicionalizado de legalidade dos atos administrativos já era ocorrente nos simples Estados de legalidade, caracterizados (apenas) pela submissão dos funcionários estatais à lei. Esse controle pode se exercer pela via puramente jurisdicional (independente da existência de meios de impugnação internos à administração pública), como pelos modelos de justiça administrativa, presentes em vários dos sistemas jurídicos europeus.

Por fim, o Estado Democrático de Direito é um regime de responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes, *diretos* ou *delegados*, pelo que presente a obrigação do Estado de indenizar os particulares pelos danos causados por aqueles no exercício de funções estatais.

1.2 DIMENSÕES DO VERFASSUNGSSTAAT

O *Verfassungsstaat*, terminologia proposta pela doutrina alemã (literalmente, Estado de Constituição), que se identifica com a noção, entre nós, de Estado Constitucional Democrático de Direito, possui quatro dimensões essenciais: constitucionalidade, sistema de direitos fundamentais, socialidade e democracia.

Constitucionalidade inclui o controle de constitucionalidade das leis, mas não se resume a ele. Implica perceber a Constituição não como uma simples lei, mesmo que de maior hierarquia (“*a Paramount law*”, no dizer de Marshall)⁷, mas sim norma estruturante de todo o Estado e limitadora de todos os atos e da ação de todos os agentes estatais. Daí deriva não só a vinculação do legislador à Constituição, mas de todos os órgãos estatais, incluídos os administrativos, de todos os tipos, e jurisdicionais. Daí também se extrai o que é conhecido como reserva de Constituição, no sentido de que determinadas matérias só podem ser normatizadas na Constituição (*e.g.*, decisões políticas fundamentais, estruturantes do Estado, bem como limitações aos direitos fundamentais) e o reconhecimento da força normativa autóctone (extraída diretamente da própria Constituição), advinda tanto da autoaplicabilidade de suas normas de maior densidade normativa, especialmente as que versam sobre direitos fundamentais e o reconhecimento de alguma densidade normativa – no mínimo, a de *impedir* a adoção de leis em desacordo – às normas de mais limitada aplicação – outrora referidas como programáticas.

A exigência, nesta conformação de Estado, de um sistema de direitos fundamentais já não se limita à enunciação de um rol mínimo. Pressupõe aqui a estruturação formal dos direitos fundamentais em um sistema, entendido como um conjunto estruturado de normas (princípios e regras), harmônicas e independentes entre si, de forma que a intervenção modificadora de um deles resulte na alteração do próprio sistema.

A dimensão da socialidade, por seu turno, expressa-se pelo reconhecimento não só dos direitos individuais clássicos, mas pela densidade da normação, em sede constitucional, de direitos sociais, tornados realidade tanto por ações estatais positivas como por ações exigidas de particulares, expressas, por exemplo, em inúmeros direitos trabalhistas constitucionalizados, como no art. 7º da Constituição brasileira. O Estado Constitucional Democrático de Direito é, pois, um Estado *Social*.

E nele também se enfatiza a expressão do conteúdo de *democracia*. A democracia não só é condição de *legitimação* do exercício do poder, na conformação em que estruturado pela Constituição, como pré-requisito do seu exercício *conforme à Constituição*. Tal se faz por meio da *democracia representativa*,

⁷ Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

como forma de escolha dos membros dos Poderes Executivo e Legislativo em eleições legítimas (pelo voto secreto, universal e periódico), como por meio de formas de democracia direta, por mecanismos como plebiscito, referendo e iniciativa popular.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, há uma interação – expressa no próprio nome que se lhe dá – entre dois princípios fundamentais: da democracia e da constitucionalidade. Em uma situação de prevalência irrestrita do princípio democrático majoritário, poderia haver grave lesão aos direitos fundamentais de integrantes das minorias; já se a ponderação extremar a prevalência do elemento de constitucionalidade, pouco espaço restaria para o campo de escolha legítima decorrente das opções políticas circunstancialmente adotadas por deliberação majoritária dos cidadãos.

2 DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 FENÔMENOS RECENTES PROBLEMÁTICOS AO ESTADO DE CONSTITUIÇÃO

O século XX foi época de profundas alterações na forma de vida da humanidade. Em sua primeira metade, deu-se a ocorrência histórica do que se pode chamar de “ascensão dos extremos”. Houve o surgimento (em ordem cronológica) das Constituições mexicana e de Weimar, que, pela primeira vez, reconheciam, em um texto constitucional, importantes direitos sociais coletivos que se pretendiam garantir em um ambiente político democrático e sob a égide do Direito. Mas houve também (e a isso reservamos a expressão “ascensão dos extremos”) o surgimento e a conquista de importantes Estados por concepções totalitárias, inspiradas por visões deterministas do desenvolvimento da história, ou por modelos nacionalista-totalitários, inspirados em formas corporativas de sociedade e lideranças de tipo messiânico. É extremamente discutível se tais modelos sociais se alinhavam ao menos às noções de “Estados de legalidade”, caracterizados pela necessidade de submissão e respeito dos agentes públicos às leis vigentes.

Nos Estados socialistas, em sua fase inicial, a resposta será negativa. Na fase revolucionária, alternavam-se ora apelos ao respeito às leis, ora a seu afastamento, quando não à própria violação, em nome dos princípios revolucionários. Vichinsky afirmou que ao juiz, na União Soviética, não cabia

titubear em violar a lei para seguir as diretrizes do Partido; estas seriam, sempre, para o juiz soviético, a lei suprema⁸. Na fase revolucionária do socialismo soviético, a legalidade possuía papel tão só instrumental, condicionada sua observância à utilidade para a sobrevivência e a consolidação do novo regime. Já a partir de sua consolidação (especialmente, a partir da Constituição de 1936 e, definitivamente, a partir da Constituição de 1977), passa o Estado soviético a adotar como princípio a “legalidade socialista”, expressa como exigência de respeito às leis por todos (funcionários e cidadãos); o respeito aos direitos dos cidadãos pelos funcionários públicos no desempenho de suas funções e no controle de legalidade dos atos administrativos, mas especialmente por órgãos *não jurisdicionais*. Trata-se, como dito, de mero Estado de Legalidade, caracterizado apenas pela certeza e pela segurança jurídica advindas da observância do princípio da legalidade e que são, antes de direitos fundamentais dos cidadãos, necessidades do Estado para estabilização da ordem jurídica, qualquer que seja seu conteúdo. Falta-lhe, às características antes apontadas como inerentes ao Estado Constitucional Democrático de Direito, rol de direitos fundamentais, primado da função legislativa reservado ao Parlamento, garantias de independência dos juízes e controle de constitucionalidade por órgãos jurisdicionais ou jurisdionalizados⁹.

Já quanto aos regimes nazista e fascista, a questão é mais complexa. Kelsen, em uma das mais controvertidas passagens de sua extensa obra, referiu:

Segundo o Direito dos Estados totalitários, o governo tem poder 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

⁸ ZELLWEGER, Edouard. Le principe de la légalité socialiste. *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, t. V, n. 2, p. 200, 1964.

⁹ “Pela primeira vez, a própria Constituição (de 1977 – nota nossa) afirma o princípio da supremacia constitucional, nos termos do art. 173: ‘A Constituição da URSS terá força legal suprema. Todas as leis e atos dos órgãos de Estado devem ser promulgados com base e em conformidade com ela’. Isto não aparecia nos textos anteriores. Não obstante, manteve-se a ausência de qualquer referência ao controle de constitucionalidade por um órgão jurídico independente.” (RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado; FERNANDES, Pedro de Araújo. Constituições soviéticas: da dissolução do Estado ao Estado-Partido. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 10, p. 19, 2018.

o que não podemos é considerá-las como situando-se fora da ordem jurídica desses Estados.¹⁰

Inobstante, estes Estados sequer podem hoje ser considerados como Estados de legalidade, pois o Estado nazista procurava auferir sua legitimação não apenas pela aplicação da lei, mas na chamada *sã* consciência do povo alemão e no *Führerprinzip*. Neste se expressava não estar o *Führer* sujeito ao controle jurídico de qualquer órgão estatal e não existir qualquer limite jurídico à sua ação.

Já a segunda metade do século XX, especialmente a partir do final da Segunda Guerra, foi o período de, após longa evolução, consolidação (ao menos no mundo ocidental) das democracias, dos direitos sociais e da noção hodierna de Estado Constitucional Democrático de Direito. Essa evolução parecia consolidada e a salvo de retrocessos, integrando o próprio patrimônio do estado civilizacional alcançado pelo desenvolvimento da humanidade, acima de eventuais opções políticas ou eleitorais.

No entanto, mais recentemente, o quadro parece ter se alterado e se encontrar sob ameaça de graves retrocessos. No final do século XX, a ascensão do neoliberalismo apontava para a progressiva redução de direitos sociais e das prestações positivas características do “*Welfare State*”. Jorge Reis Novais apontava, todavia, que a polêmica, restrita à questão da socialidade, que sequer seria totalmente excluída, não levava à incompatibilidade da ascensão política de movimentos neoliberais com a ideia consolidada de Estado Constitucional Democrático de Direito:

A nossa opção fundamenta-se, porém, nas seguintes razões: em primeiro lugar, aquela resistência é feita em nome dos princípios da liberdade individual e do Estado de Direito, pelo que a polêmica se reduziria à posição relativa face ao princípio de socialidade. Ora, não obstante a importância do seu posicionamento como critério de interpretação do princípio do Estado de Direito neste tipo de Estados, não nos parece que a postura neoliberal exclua absolutamente a assunção do princípio de socialidade. Desde logo

¹⁰ KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado - editor, sucessor, 1976. p. 69.

porque o neoliberalismo abandona o pressuposto liberal do Estado-gendarme garante de uma ordem identificada com o resultado natural do livre jogo das forças concorrentes no mercado; diferentemente, o neoliberalismo, partindo embora da concorrência como princípio regulador da convivência social, atribui ao Estado a incumbência de assegurar os pressupostos (políticos, económicos, ideológicos, culturais) do livre jogo daquelas forças e daí o apelo simultâneo à autoridade de um Estado forte, capaz de regular, organizar e proteger a concorrência. Por último porque, e independentemente do discurso ideológico dos defensores do neoliberalismo, a intervenção social do Estado e a sua imbricação com a sociedade atingiram um grau de desenvolvimento que impede objectivamente a rejeição absoluta do princípio de socialidade, sob pena de rupturas que tornariam ingovernáveis as sociedades contemporâneas. Daí que estas correntes sejam objectiva e subjectivamente impelidas a inscrever o seu Estado mínimo numa fluidez de limites que impede o estabelecimento de uma nova teoria de Estado liberal e permite a sua integração – com as reservas e dúvidas já admitidas – nos quadros do Estado social e democrático de Direito.¹¹

Antes restrita sua contestação ao campo da socialidade, hoje a concepção de Estado de Direito, objeto de paciente evolução inclusive em decorrência das guerras mundiais, defronta-se com desafio significativamente mais grave: o surgimento de forças políticas representativas de um nacionalismo populista ultraconservador (ou mesmo reacionário) e autoritário que coloca em xeque não só sua dimensão de socialidade, mas um rol mais extenso, a incluir a noção de garantias constitucionais de minorias, o próprio sistema de direitos

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. 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 de Coimbra*, Coimbra, nota 528, p. 229-230, 1987.

fundamentais e a noção de tolerância ínsita aos valores da democracia e da pluralidade.

2.2 O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O surgimento, o crescimento, a presença parlamentar significativa e, inclusive, a conquista de governos nacionais por estas vertentes políticas obrigam a uma maior reflexão sobre o papel do Poder Judiciário, especialmente de seus tribunais superiores ou de suas Cortes constitucionais, principalmente por sua função contramajoritária. A esse respeito aponta Luís Roberto Barroso:

O papel contramajoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A possibilidade de juízes não eleitos sobrepor a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contramajoritária” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962).

Como assinalado, este é um dos temas mais estudados na teoria constitucional. A despeito da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias.

No Brasil, ao contrário do que se poderia supor, o Supremo Tribunal Federal desempenha este papel com parcimônia e autocontenção.¹²

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das cortes constitucionais nas democracias contemporâneas*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2019. Versão mais desenvolvida da palestra foi publicada com o mesmo título em *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2019.

Este papel, reservado ao braço de menor colorido político no sistema constitucional, justifica-se, modo geral, em face da tarefa de proteção aos direitos fundamentais e de defesa dos direitos das minorias contra eventual opressão de maiorias conjunturais.

Mais relevante se torna esse debate quando somos confrontados com governos ou eventuais maiorias parlamentares aparentemente descompromissadas com a dimensão substantiva da democracia, identificada com os ideais de igualdade, liberdade e justiça.

É correta a afirmação de que o Supremo Tribunal Federal brasileiro, e – pode-se dizer – as Cortes constitucionais em geral, tem exercido tal papel com parcimônia e autocontenção. No entanto, parecem exigir uma redefinição deste papel os desafios à própria consolidação da noção de Estado Constitucional Democrático de Direito, que cresceram não só em grau como em qualidade, diante, inclusive, da ascensão de governos de ideias e de concepções políticas que, em última análise, negam o direito a todos os participantes da sociedade política, incluídos os vencidos em eventual procedimento eleitoral e os setores minoritários de forma geral, a um tratamento igualitário e respeitoso aos direitos fundamentais, decorrentes da própria qualidade de cidadãos com direito à participação igualitária na sociedade política.

Se, por um lado, o correto desempenho de suas funções diante dessa nova realidade implica o redimensionamento do papel até aqui exercido pela jurisdição constitucional no Brasil, por outro há precondições favoráveis a tanto: se, em outros temas, a Corte Suprema apresenta-se bastante dividida, senão polarizada, parece haver nela uma visão unânime quanto à necessidade de proteção aos direitos fundamentais.

O fato já não é pouca coisa: a defesa, por exemplo, da livre expressão, inclusive artística e intelectual, da inviolabilidade da privacidade, do sigilo de comunicação, do direito adquirido, da punição de qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais, da definição do racismo como crime inafiançável e imprescritível, da inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos, da presunção de inocência, todos direitos fundamentais expressamente previstos no art. 5º de nossa Constituição, assume, no momento histórico, especial relevância. E não constitui programa político, como à primeira vista até seria viável cogitar, mas tarefa constitucional de defesa

de patamares civilizatórios expressos na noção de Estado Constitucional Democrático de Direito.

A ascensão de populismos nacionalistas reacionário-autoritários apresenta grave desafio às instituições cuja tarefa primordial é a defesa do Estado de Constituição. Exige delas um ativismo já não no sentido de buscar avanços político-institucionais em suas sociedades (como se deu, por exemplo, com a “Corte Warren” nos Estados Unidos e o Tribunal Constitucional Federal na Alemanha), mas no de preservação das conquistas do constitucionalismo do final do século XX. A indagação recorrente é se as instituições saberão responder ao desafio e suplantar as vertentes que buscam o retrocesso institucional. Em o fazendo, estarão desempenhando incomensurável tarefa histórica, asseguradora do estado de civilização expressa em institutos como o Estado Constitucional, garante dos direitos fundamentais e do direito de todos os cidadãos ao igual respeito e consideração.

CONCLUSÕES

O Estado Democrático de Direito pressupõe a existência de alguns parâmetros mínimos, como a tipificação de rol de direitos fundamentais, decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana; a repartição de poderes, com pluralidade de órgãos governamentais, cabendo ao Parlamento, escolhido em eleições democráticas e periódicas, o primado da função legislativa; a reserva da função jurisdicional a tribunais dotados de independência, autonomia e garantias; o controle efetivo da constitucionalidade das leis por órgãos jurisdicionais ou jurisdicionalizados; o controle jurisdicional ou jurisdicionalizado dos atos administrativos e a existência de responsabilidade civil do Estado, com dever de indenizar danos causados aos particulares, por seus agentes, no desempenho de suas funções.

A isto se agregam as dimensões do Estado Constitucional, consistentes em constitucionalidade, *sistema* (e não apenas rol) de direitos fundamentais, socialidade e democracia. O Estado Constitucional Democrático de Direito caracteriza-se pela interação entre os princípios fundamentais da democracia e da constitucionalidade.

A construção desta forma de Estado foi objeto de longa evolução histórica, sendo que, sobretudo na segunda metade do século XX, consolidou-se o Estado

Constitucional Democrático de Direito, em uma evolução civilizacional que parecia a salvo de retrocessos.

No entanto, a ascensão por primeiro dos neoliberalismos e depois de populismos nacionalistas de caráter reacionário-autoritário representam grave ameaça ao patamar de desenvolvimento institucional alcançado. Se os primeiros representavam risco apenas ao elemento de socialidade, os últimos colocam em xeque não apenas este, *mas* também o de democracia e o sistema de direitos fundamentais.

Tal constitui desafio sem precedentes aos órgãos do Estado Constitucional a quem cabe o exercício da jurisdição constitucional, a saber, Supremas Cortes e Tribunais Constitucionais, a exigir a revisão de histórica atitude de restrição no exercício desta jurisdição e a adoção de um ativismo já não no sentido de promover avanços sociais, mas de preservação das conquistas civilizatórias expressas na instituição do Estado Constitucional Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis das Cortes constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2019.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Princípio do Estado Constitucional Democrático de Direito. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 95, p. 161-184, set. 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1996.

HEUSCHLING, Luc. *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*. Paris: Dalloz, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado – editor, sucessor, 1976.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, t. IV, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. 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 de Coimbra*, Coimbra, 1987.

PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *Rule of law o Estado de Derecho*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003.

RODRIGUES, Theófilo Codeço Machado; FERNANDES, Pedro de Araújo. Constituições soviéticas: da dissolução do Estado ao Estado-Partido. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 10, p. 1-23, 2018.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul./set. 1988.

SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *A supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002.

ZELLWEGER, Edouard. Le principe de la légalité socialiste. *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, t. V, n. 2, p. 180-210, 1964.

Submissão em: 07.12.2021

Avaliado em: 04.03.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 18.03.2022 (Avaliador B)

Avaliado em: 28.10.2022 (Avaliador C)

Aceito em: 27.12.2022