



Priscila Mendonça Chagas

O CONCEITO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Brasília – DF
Julho / 2012



Priscila Mendonça Chagas

O CONCEITO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Monografia apresentada ao Instituto Brasiliense de Direito Público como requisito parcial para obtenção do título de especialista no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional.

Professor (a): Alexandre K. Jobim

Brasília – DF

Julho / 2012



Priscila Mendonça Chagas

O CONCEITO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina Princípios Constitucionais Fundamentais do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Professor (a): Alexandre K. Jobim

Aprovado em de de 2012

Banca Examinadora

Brasília – DF

Julho / 2012

RESUMO

A monografia tem por objetivo a definição do tipo de Estado escolhido pela Constituição Federal de 1998, Estado Democrático de Direito. Com essa finalidade examinou-se uma área da filosofia denominada Teoria do Conhecimento ou epistemologia que se dedica ao estudo do conhecimento. Após iniciou-se o estudo do Estado em suas origens, elementos, formas, emprego dessa palavra e conceito. Passou-se, então, ao exame dos diferentes tipos de Estado, em particular os adotados pela República Federativa do Brasil. No Estado Liberal ou Estado de direito tratou-se da expressão Estado de Direito, dos tipos de Estado, do Estado Moderno e das normas elaboradas pelas Constituições escritas brasileiras que evidenciam o acolhimento desse tipo de Estado. O Estado Social, assim chamado pelo autor Paulo Bonavides, foi analisado em seguida. Por fim, o Estado Democrático de Direito foi examinado sob a ótica da democracia, dos dispositivos constitucionais brasileiros que abordam assuntos relacionados a esse tipo de Estado, julgado do Supremo Tribunal Federal que trata dos direitos sociais e da separação de poderes e o conceito de Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Conceito. Estado. Estado Liberal ou de direito. Estado Social. Estado Democrático de Direito.

SUMÁRIO

1	Introdução.....	7
2	Desenvolvimento	8
2.1	Conceito	8
2.2	Estado	11
2.2.1	Origens	11
2.2.2	Elementos.....	14
2.2.3	Formas	17
2.2.4	A palavra Estado	18
2.2.5	Conceito	19
2.3	Estado de Direito ou Estado Liberal	21
2.3.1	A expressão Estado de Direito	21
2.3.2	Tipos de Estado.....	21
2.3.3	Estado Moderno	22
2.3.4	Constituições Brasileiras	26
2.4	Estado Social.....	41
2.5	Estado Democrático de Direito	43

2.5.1	Democracia	44
2.5.2	Constituições brasileiras	44
2.5.3	Decisão do Supremo Tribunal Federal	48
2.5.4	Conceito	53
3	Conclusão.....	54
4	Referências.....	55

1 Introdução

O objetivo desta monografia foi o de estudar as obras jurídicas e filosóficas que abordam o tema da conceituação para verificar a existência de um processo ou procedimento adotado pelos autores.

O tema Estado será examinado sob a ótica do conceito que os autores consultados lhe atribuem e das origens e dos elementos. Essa análise terá por objetivo constatar a existência de um modo de definição utilizado e aceito pelo meio acadêmico e também o estudo do Estado para o início do processo de elaboração do conceito de Estado Democrático de Direito pela aluna.

Os tipos de Estado mencionados pela maioria dos autores consultados serão com ênfase em alguns aspectos.

O Estado Liberal ou de Direito adotado pela maioria dos países ocidentais será estudado quanto a origem e os princípios norteadores de atuação. Nesse tópico serão analisadas as normas das Constituições escritas brasileiras que caracterizam a adoção desse tipo de Estado.

O Estado Social que no Brasil encontra abrigo nos direitos sociais previstos pela Constituição de 1988 será estudado em capítulo próprio será estudado, sobretudo em face dos frequentes questionamentos judiciais que pleiteiam a efetivação desses direitos.

Por fim, o Estado Democrático de Direito será examinado a luz das Constituições brasileiras escritas e de algumas obras que abordam esse assunto para que se possa elaborar um conceito.

2 Desenvolvimento

2.1 Conceito

O problema a ser abordado nesta monografia são as possibilidades de definição do Estado Democrático de Direito.

Com esse intuito procedeu-se a leitura de diversos livros que tratam da conceituação de um determinado assunto, a maioria relacionada a temas jurídicos. A leitura dessas obras teve por objetivo a apreensão do processo empregado pelos autores para a formulação de conceitos.

No livro “O Desencantamento do mundo: todos os passos do conceito de Max Weber”, Antonio Flávio Pierucci utilizou a expressão “*núcleo duro de significado*”¹ como pressuposto necessário para a obtenção de um conceito e discorreu sobre o significado da palavra desencantamento na religião e na ciência moderna. No mesmo sentido a autora Maria Helena Diniz na obra “Conceito de Norma Jurídica como Problema de Essência” afirmou que o conceito deve exprimir a essência do ser a ser definido.² No livro “O conceito do político: Teoria do Partisan”, Carl Schmitt defendeu que os conceitos devem ser formulados em consonância com as circunstâncias do momento em que se vive³. A obra “História dos conceitos: debates e perspectivas”, de coautoria de Marcelo Gantus Jasmin e João Feres Júnior, igualmente postulou a construção de definições de acordo com a época histórica⁴. No livro “Conhecimento, Sociedade e Direito”, José Luiz Bulhões Pedreira caracterizou conceito como “*ideia que representa na mente o sistema de notas características próprio de um gênero de objetos concretos*”⁵. Na obra “Filosofia do

¹ PIERUCCI, Antônio Flávio. **O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Marx Weber**. São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia: Ed. 34, 2003. Pg. 32.

² DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. Pgs. 2/4.

³ SCHMITT, Carl. **O conceito do político: Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Pg. 8.

⁴ JASMIN, Marcelo Gantus e JÚNIOR, João Feres. **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2006. Pgs. 29/30.

⁵ PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Conhecimento, Sociedade e Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Pg. 51.

direito: definições e fins do direito: os meios do direito”, Michel Villey, seguindo Marcelo Gantus Jasmin, João Feres Júnior e José Luiz Bulhões Pedreira, dispôs que os conceitos devem ser elaborados de acordo com os significados que o ser a ser definido obteve ao longo do tempo.⁶ No livro “Conceito de Constituição no pensamento de John Rawls” Pedro Nicoletti Mizukami escolheu algumas das acepções empregadas para definir Teoria da Constituição e a comparou com a doutrina de John Rawls.⁷ Na obra “Conceito e validade do direito”, Robert Alexy optou por conceituar direito a partir das doutrinas positivistas e não-positivistas.⁸

No decorrer da leitura dessas obras verificou-se a citação de alguns autores clássicos e de filósofos. A procura pelas obras desses autores ocasionou a descoberta de um ramo da filosofia denominado Teoria do Conhecimento ou Epistemologia que estuda as origens e os processos de aquisição de conhecimento pelos seres humanos.

Johannes Hessen no livro “Teoria do Conhecimento” dividiu essa teoria em Teoria Geral do Conhecimento e Teoria Especial do Conhecimento. A primeira o autor definiu como a “*teoria material da ciência ou como teoria dos princípios materiais do conhecimento humano*”.⁹ A segunda especificou da seguinte forma:

Enquanto a teoria geral do conhecimento investiga o relacionamento de nosso pensamento com os objetos de maneira geral, a teoria especial do conhecimento volta sua atenção para os conteúdos de pensamento em que o relacionamento com os objetos encontra sua mais elementar expressão. Em outras palavras, ela investiga os conceitos primitivos mais gerais com que tentamos definir os objetos. Esses conceitos supremos chama-se categorias. Por isso, a teoria especial do conhecimento é essencialmente uma teoria das categorias.¹⁰

Johannes Hessen advoga que a aquisição do conhecimento acontece a partir da relação sujeito e objeto. Paul K. Moser, Dwayne H. Mulder e J. D. Trout na obra

⁶ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Pg.

⁷ MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Conceito de Constituição no pensamento de John Rawls**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. Pgs. 23 e 25/26.

⁸ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. Pgs. 151/152.

⁹ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução: João Vergílio Gallerani Cuter: revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pg. 13.

¹⁰ HESSEN, Johannes. **Teoria do conhecimento**. Tradução: João Vergílio Gallerani Cuter: revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Pg. 133.

“Teoria do Conhecimento: Uma introdução temática” analisaram a doutrina dos filósofos modernos, baseada em Platão e em Kant, sobre o conhecimento propositivo humano formado pela justificação, verdade e crença:

(...) Desde a época do **Mênon** e do **Teeteto** de Platão, muitos epistemólogos, buscando explicar o conhecimento, procuraram formular os elementos essenciais do conhecimento humano. A formulação desses elementos consiste no que os filósofos modernos chamam de uma “análise” do (conceito de) conhecimentos. Como dissemos no Capítulo I, um dos pontos de vista tradicionais mais influentes, proposto por Platão (ver Mênon 97 e-98a) e Kant, entre outros, é o de que o conhecimento propositivo humano (o conhecimento de que tal coisa é de tal jeito) tem três elementos individualmente necessários e conjuntamente suficientes: a justificação, a verdade e a crença. Segundo esse ponto de vista, o conhecimento propositivo é, por natureza, uma crença verdadeira e justificada.¹¹

A epistemologia leciona que perante a questão da aquisição de conhecimento o estudioso pode adotar quatro posicionamentos. O dogmático que acredita na possibilidade de aquisição de conhecimentos confiáveis e aplicáveis a todos de forma indubitável. O ceticismo que advoga a impossibilidade de obtenção de um conhecimento seguro e infalível, razão pela qual sempre questiona e coloca a prova os postulados ditos de aplicação geral e irrestrita. O relativismo defendido pelos sofistas que não acreditam na existência de uma verdade absoluta, mas sim em verdades individuais que variam de acordo com o contexto histórico vivenciado pelas pessoas. Perspectivismo defendido por Nietzsche aduz a existência de uma verdade absoluta inalcançável pelos seres humanos. Os indivíduos teriam acesso somente a uma pequena parte dessa verdade.¹²

O objetivo deste trabalho era o de verificar a possibilidade de se conceituar Estado Democrático de Direito de modo diverso do histórico frequentemente empregado pelos autores que abordam esse assunto.

Todavia, o breve estudo da doutrina jurídica que trata desse tema e do campo filosófico que examina a teoria do conhecimento demonstrou a inexistência de um método, processo ou procedimento único adotado e reconhecido pela doutrina especializada.

¹¹ MOSER, Paul K., MULDER, Dwayne H. e TROUT, J.D. **A teoria do conhecimento: Uma introdução temática**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 2 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008. Pgs. 32/33.

¹² <http://pt.wikipedia.org/wiki/Epistemologia>. Acesso em 25.07.2012 às 12:26hs.

Na filosofia o modo de aquisição do conhecimento varia conforme a doutrina filosófica a que se está filiado. Os racionalistas defendem a existência de ideias inatas, os empiristas a obtenção de conhecimento por meio da experiência.

A pesquisa realizada, longe de ser exaustiva, demonstrou a existência de diversas teorias filosóficas sobre o conhecimento e a necessidade de um estudo mais aprofundamento da filosofia para compreender essas teorias de forma adequada, constatar uma relação entre elas e formular um método ou processo próprio para a elaboração de conceitos.

A incursão sobre o campo filosófico acarretou a descoberta de uma área da filosofia que estuda a Teoria do Conhecimento ou a epistemologia. Nesse ramo, descobriu-se que a busca pelo conceito dos objetos, de assuntos data da época de Aristóteles, Platão, passa por John Locke, Kant chega até os filósofos mais atuais.

Contudo, foram localizados poucos livros abordando a Teoria do Conhecimento e os que puderam ser lidos não forneceram um método ou processo universal aceito por todos os estudiosos dessa área filosófica.

No presente trabalho serão explanadas as informações que foram coletadas e a partir delas procurar-se-à elaborar um conceito de Estado Democrático de Direito, que naturalmente não tem a menor pretensão de ser universal ou adotado por mais alguém que não a autora deste trabalho.

2.2 Estado

2.2.1 Origens

Dentre os autores pesquisados, Sahid Maluf faz uma observação preliminar importante no capítulo em que aborda esse assunto.

Numerosas e variadas teorias tentam explicar a origem do Estado, e todas elas se contradizem nas suas premissas e nas suas conclusões. O problema é dos mais difíceis, porquanto a ciência não dispõe de elementos seguros para reconstituir a história e os meios de vida das primeiras associações humanas. Basta ter em vista que o homem apareceu na face da terra há cem mil

anos, pelo menos, enquanto os mais antigos elementos históricos de que dispomos remontam apenas a seis mil anos.

Assim é que todas as teorias são baseadas em meras hipóteses. A verdade, sem embargo dos subsídios que nos fornecem as ciências particulares, permanece envolta nas brumas da era pré-histórica. Escassos são os informes que temos, por exemplo, da formação do Estado egípcio, que é um dos mais antigos. Nem mesmo o bramanismo nos esclarece com dados objetivos os pródromos do Estado hindu.

Com esta nota preliminar fica advertência de que as teorias sobre a origem do Estado, que vamos resumir, são meramente conjecturais, isto é, resultantes de raciocínios hipotéticos.¹³

Essa transcrição é relevante por enfatizar a dificuldade de obtenção de respostas absolutas, incontestes e universais no campo das definições e conceituações.

Para tratar desse tópico foram selecionados quatro autores: Darcy Azambuja, Marcus Cláudio Acquaviva, Sahid Maluf e Reis Friede.

Darcy Azambuja trata da teoria da origem contratual do Estado, da teoria da origem violenta do Estado, da teoria da formação natural do Estado baseado em Hauriou que afirma que o Estado originou-se da formação de sociedades sedentárias que naturalmente criaram a autoridade e o Estado, da teoria da formação histórica do Estado fundamentada em Bluntschli que defende a possibilidade de explicar a origem do Estado de modo histórico ou pela formulação de uma hipótese universal aplicável a todos os Estados.¹⁴

Marcus Cláudio Acquaviva aborda a teoria patriarcal e matriarcal, a teoria do contrato social e a teoria da força ou da violência.¹⁵ Esse autor faz uma crítica relevante às teorias que procuram explicar a origem do Estado:

São inúmeras as teorias que buscam fundamentar a origem das primeiras sociedades políticas, mas a verdade é que a formação destas pode estar vinculada a diversos fatores, não necessariamente a um apenas. Na verdade, afirmar que o Estado se origina necessariamente – por exemplo – da violência imposta por um grupo humano sobre outro é um erro; seria tomar a parte pelo

¹³ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 69.

¹⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. Pgs. 120/136.

¹⁵ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994. Pgs. 11/13.

todo. Inegável que o Estado pode, muitas vezes, nascer da dominação imposta pela força, mas isto será sempre contingente, poderá ou não ocorrer. O que o cientista poderia afirmar com justeza, sem laborar em erro, seria que um dos modos de formação do Estado é a violência, a guerra.¹⁶

Sahid Maluf selecionou três teorias para examinar de forma sucinta. A teoria da origem familiar que se subdivide em patriarcal ou matriarcal. Segundo essas teorias o Estado teria origem na família e seria uma extensão dela. O poder seria exercido pelo pai no caso da patriarcal e pela mãe no caso da matriarcal e se caracterizaria pelo direito de primogenitura, inalienabilidade da propriedade familiar, dentre outros. A teoria patrimonial defende o surgimento do Estado para assegurar o patrimônio, notadamente a propriedade. A teoria da força sustenta que o Estado é o resultado do domínio dos mais fortes sobre os mais fracos.¹⁷

Reis Friede reconhece a existência de duas formas de formação do Estado: a originária e a derivada. As formas originárias se subdividiriam em naturais que não apresentam natureza contratual e as forçadas ou artificiais que são de natureza contratual. As formas naturais seriam a teoria familiar, a teoria da força, a teoria patrimonial e a teoria da potencialidade em que “*O Estado é uma potencialidade em si mesma. É o desenvolvimento espontâneo da sociedade que dá origem ao Estado*”.¹⁸ As formas forçadas ou artificiais seriam a do contrato social em que o Estado resulta de um consenso entre todos os indivíduos, a organicista em que “*O Estado é um organismo a ser forjado pelos indivíduos (vale assinalar, contudo, que a Escola Orgânica Panteísta é entendida, por alguns, como de teoria de formação natural do Estado)*”¹⁹ e a do equilíbrio social “*O Estado é forjado como necessário instrumento de equilíbrio social*”.²⁰ As formas derivadas se subdividiriam em típica e atípica. As teorias típicas seriam por fracionamento nas quais uma área de determinado Estado se separa para constituir um novo Estado ou por união em que dois ou mais Estados se juntam para formar apenas um Estado. As teorias atípicas

¹⁶ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994. Pgs. 11/12.

¹⁷ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pgs. 70/73.

¹⁸ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 19.

¹⁹ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 19.

²⁰ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 19.

também são por fracionamento ou por União, todavia nesta hipótese o fracionamento ou a união ocorrem por imposição de um Estado mais poderoso.²¹

2.2.2 Elementos

Os elementos do Estado apresentados pelos autores consultados para a elaboração deste trabalho são território, povo, soberania ou governo.

Saliente-se que alguns autores utilizam os elementos do Estado para conceituá-lo.

O território é o espaço físico demarcado por fronteiras em que seres humanos vivem sob uma autoridade interna chamada governo e no plano externo é reconhecido pelos demais Estados em situação de igualdade por ser detentor de soberania. Kelsen postula a existência de território em sentido estrito e em sentido amplo. Em sentido estrito seria o local em que a autoridade detentora do governo poderia exercer a coerção e em que haveria apenas uma ordem jurídica. Em sentido amplo seriam os locais em que qualquer Estado poderia exercer o poder coercitivo, observadas algumas restrições.²²

As fronteiras podem ser naturais ou artificiais. Naturais seriam as demarcadas por rios, montanhas, lagos ou acidentes geográficos e as artificiais as fixadas por linhas geodésicas e marcos.²³ Além dessas, Darcy Azambuja divide as fronteiras em esboçadas que são as temporárias e normalmente utilizadas nas colônias após a descoberta e antes do estabelecimento de uma estrutura pela metrópole, as vivas que são as que ainda estão em disputa e em que há um grande movimento de pessoas e as mortas em que não há mais conflito, estão firmemente estabelecidas e

²¹ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 19.

²² KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Pg. 210.

²³ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 24.

são respeitadas por todos. Obviamente após o fim das colônias essas divisões ficaram obsoletas.²⁴

Dalmo de Abreu Dallari discorre sobre as quatro teorias de território formuladas por Paulo Bonavides. Teoria do território patrimônio em que a relação do Estado com o território seria exatamente igual a do proprietário com a terra de sua propriedade. Teoria do território objeto que “*concebe o território como objeto de um direito real de caráter público. Embora com certas peculiaridades, a relação do Estado com seu território é sempre e tão-só uma relação de domínio*”²⁵. Teoria do território espaço em que “*território é a extensão espacial da soberania do Estado*”²⁶. Teoria do território competência que “*considera o território como o âmbito de validade da ordem jurídica do Estado*”.²⁷

Darcy Azambuja divide território em político e comercial. O primeiro seria o território em que o Estado exerce todas as suas competências e o segundo o território em que o Estado exerce parte de suas competências, geralmente a mercantil. A segunda divisão desse autor é em território metropolitano e colonial. O metropolitano seria o Estado com a sede do governo, a matriz cultural e política enquanto que o colonial seria formado pelas colônias dos Estados.²⁸

Sahid Maluf adotando a teoria do território competência de Kelsen dispõe que o território é composto por:

- a) o solo contínuo delimitado, ocupado pela corporação política; b) o solo insular e demais regiões separadas do solo principal; c) os rios, lagos e mares interiores; d) os golfos, baías, portos e ancoradouros; e) a parte que o direito internacional atribui a cada Estado nos rios e lagos divisórios; f) o mar territorial e respectiva plataforma marítima; g) o subsolo; h) o espaço aéreo (suprassolo); i)

²⁴ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. Pg. 57.

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 89.

²⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 89.

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 89.

²⁸ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. Pgs. 55/56.

os navios mercantes em alto mar; j) os navios de guerra onde quer que se encontrem; l) os edifícios das embaixadas e legações em países estrangeiros.²⁹

O segundo elemento do Estado é o povo. Darcy Azambuja define o povo como o “*elemento humano do Estado*”³⁰. Povo é diferente de população que é um dado numérico da quantidade de pessoas existentes no território de um Estado, incluindo os estrangeiros, apátridas, enfim todos os que estiverem no território no momento da aferição³¹ e de nação que é constituída por indivíduos com a mesma cultura, tradição, costumes. De acordo com Miguel Reale nação é “*uma comunhão formada por laços históricos e culturais e assentada sobre um sistema de relações de ordem objetiva.*”³²

O terceiro elemento é o governo ou a soberania. Reis Friede sustenta que a soberania tem um plano interno e externo. No plano interno seria a capacidade do Estado de criar órgãos e entidades para exercer suas funções, organizar a sua estrutura e exercer suas competências. No plano externo seria o reconhecimento pelos demais Estados de sua soberania que teria como consequência a independência e a possibilidade de celebração de acordos e tratados internacionais e de participação em organizações internacionais.³³ Miguel Reale define soberania como “*o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência*”.³⁴ Darcy Azambuja ensina:

A soberania interna quer dizer que o poder do Estado, nas leis e ordens que edita para todos os indivíduos que habitam seu território e as sociedades formadas por esses indivíduos, predomina sem contraste, não pode ser limitado por nenhum outro poder. O termo soberania significa, portanto, que o poder do Estado é o mais alto existente dentro do Estado, é a **summa potestas**, a potestade.

²⁹ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 26.

³⁰ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. Pg. 35.

³¹ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 17.

³² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 32.

³³ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 28.

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 80.

A soberania externa significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência, e sim igualdade.³⁵

2.2.3 Formas

Sahid Maluf emprega diversos critérios para classificar as formas de Estado. Quanto à população qualifica o Estado como nacional ou plurinacional. Quanto ao território em Estado central ou marítimo. Quanto ao aspecto material e perante o direito público internacional divide o Estado em perfeito no qual os elementos povo, território e governo estão presente em sua plenitude e imperfeitos em que os três elementos estão presentes, mas sofrem algum tipo de restrição. Os Estados perfeitos se subdividem em Estado simples em que o governo é nacional e em Estados compostos em que existe um governo da união e outro das demais partes constituintes do Estado. Os Estados compostos podem ser do tipo união pessoal, união real, união incorporada, confederação, outras formas e Império Britânico.³⁶ Quanto ao direito público interno o Estado pode ser unitário “*apresenta uma organização política singular, com um governo único de plena jurisdição nacional, sem divisões internas que não sejam simplesmente de ordem administrativa*”³⁷ e federal “*é aquele que se divide em províncias politicamente autônomas, possuindo duas fontes paralelas de direito público, uma nacional e outra provincial*”.³⁸

Jorge Miranda classifica os Estados em simples e compostos de acordo com a unidade ou pluralidade de poderes políticos, ordenamento jurídico, sistema de funções e órgãos do Estado e dos centros de decisão. O Estado unitário pode ser centralizado ou descentralizado ou regional, neste último existem descentralizações administrativas.³⁹

Marcus Acquaviva classifica o Estado em união pessoal quando o governo de dois Estados foi confiado a apenas um governante, em união real quando Estados

³⁵ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. Pg. 69.

³⁶ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pgs. 175/177.

³⁷ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 183.

³⁸ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 183.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pgs. 139/140.

contíguos se unem, mas mantêm a soberania, em simples que se subdivide em centralizado e descentralizado e em composto.⁴⁰

A classificação de Reis Friede é similar a apresentada pelos autores mencionados acima.⁴¹

2.2.4 A palavra Estado

Reis Friede leciona que *“O conceito de Estado evoluiu com o tempo: surgiu do termo polis na Grécia, civitas em Roma e estado durante a Idade Média, tendo sido Maquiavel, no entanto, o introdutor do termo Estado na literatura científica”*.⁴²

No mesmo sentido Marcus Acquaviva:

A palavra **estado** apresenta vários sentidos inconfundíveis. Em princípio, o termo surge do latim **status**, condição pessoal do indivíduo perante os direitos civis e políticos (**status civitas, status familiae**). (...) Todavia, a palavra **estado**, agora com E maiúsculo, denomina, modernamente, a mais complexa e perfeita das sociedades civis, qual seja, a sociedade **política**. Antigamente, gregos e romanos denominavam a sociedade política **res publica** e **polis**, respectivamente. A palavra **Estado** passou a denominar a sociedade política a partir do Renascimento, graças a Nicolau Maquiavel, que, no seu livro clássico *O príncipe* já dizia: “Tutti gli stati, tutti e’ dominii che hanno avuto e hanno império sopra gli uomini, sono stati e sono o republiche o principati” (“Todos os estados, todos os domínios que tiveram e que tem poder sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados”). Em William Shakespeare (1594-1616), nas pegadas de Maquiavel, também encontraremos a expressão **Estado** indicativa da sociedade política, na tragédia “Hamlet”, pela boca do personagem Marcelo, que diz: “Há algo de podre no reino da Dinamarca” (...in the **State** of Danemark). Na França, o termo **estat** ou **état** foi recebido do latim a partir do século XIII, no sentido de situação de alguma coisa e, dois séculos depois, como estado, posição de uma pessoa. No século XVI, passou a ser empregado no sentido de sociedade política (...)⁴³

No mesmo sentido, Jorge Miranda:

⁴⁰ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994. Pgs. 77/84.

⁴¹ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 49.

⁴² FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 15.

⁴³ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 49.

A evolução da terminologia para designar a sociedade política reflete, como não podia deixar de ser, a evolução dos seus tipos e dos respectivos conceitos.

Assim, à **polis** grega e à **civitas** ou **res publica** (ou, mais completamente, **Senatus Populusque Romanus**), seguem-se, na Idade Média, a adoção de **regnum**, como entidade política juridicamente construída e diferenciada da pessoa do Rei; **corona** torna-se, mais tarde, sua expressão simbólica; **terra** é locução corrente; e **civitas** (ou Burg) não possui sentido político. É só com o aparecimento do moderno Estado europeu que se impõe uma nova denominação.

Vem a ser na Itália renascentista, com grande variedade de organizações e formas políticas, que se consagra uma designação genérica, neutra e, sobretudo, mais abstrata: o vocábulo Estado (*stato*), certamente proveniente do latim *status* (que equivale a constituição ou ordem e já empregado, de resto, no sentido de condição social desde o século XII). E o primeiro autor que introduz o termo na linguagem doutrinal é Maquiavel em *Il Principe*: “Todos os Estados, todos os domínios que tiveram e tem império sobre os homens são Estados e são ou repúblicas ou principados.”

Do italiano a palavra passa para as restantes línguas europeias nos séculos XVI e seguintes, com maior ou menor êxito e precisão. E os nomes dos Estados em concreto adquirem valor jurídico e simbólico, enquanto exprimem momentos históricos determinados ou determinadas feições de individualizar os Estados, a sua forma ou o seu sistema político, uns em relação aos outros (assim, o Reino de Portugal e dos Algarves).⁴⁴

Sahid Maluf⁴⁵ e Darcy Azambuja⁴⁶ mencionam os mesmos dados utilizados pelos autores transcritos acima para tratar do primeiro emprego da palavra Estado.

2.2.5 Conceito

Thomas Hobbes em *Leviatã* conceitua o Estado como:

A essência do Estado consiste nisso e pode ser assim definida: uma pessoa instituída, pelos atos de uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, como autora, de modo a poder usar a força e os meios de todos, da maneira que achar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.⁴⁷

Jean Jacques Rousseau define Estado da seguinte forma:

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pgs. 18/19.

⁴⁵ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pgs. 19/20.

⁴⁶ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 23.

⁴⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claire, 2009. Pgs. 126/127.

Imediatamente, em lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, o qual desse mesmo ato recebe a sua unidade, o Eu comum, sua vida, é vontade. A pessoa pública, formada assim pela união de todas as outras, tomava noutro tempo o nome de **cidade**, e hoje se chama **república**, ou **corpo político**, o qual é por seus membros chamado **Estado** quando é passivo, **soberano** se ativo, poder se o comparam a seus iguais.⁴⁸

Kelsen formula um conceito jurídico para Estado, segundo ele:

O Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as condutas humanas, à ideia a qual os indivíduos ajustam as ações humanas, a ideia à qual os indivíduos adaptam sua conduta.⁴⁹

Reis Friede formula um conceito geral de Estado com base em seus elementos “*um agrupamento humano em território definido, politicamente organizado, que, em geral, guarda a ideia de Nação*”⁵⁰ e um conceito jurídico em que Estado seria “*entidade geradora de direito positivo*”⁵¹. Dalmo de Abreu Dallari igualmente define Estado com base em seus elementos “*ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território*”.⁵²

Marcus Acquaviva⁵³ e Jorge Miranda⁵⁴ definem Estado como uma sociedade política.

Sahid Maluf conceitua Estado como “*órgão executor da soberania nacional*”.⁵⁵

⁴⁸ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claire, 2000. Pg. 30.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992. Pg. 190.

⁵⁰ FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Pg. 13.

⁵¹ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994. Pgs. 03/04.

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 119.

⁵³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994. Pg. 3.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Pg. 3.

⁵⁵ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 22.

2.3 Estado de Direito ou Estado Liberal

2.3.1 A expressão Estado de Direito

Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina que:

A locução **Estado de Direito** foi cunhada na Alemanha: é o Rechtsstaat. Segundo Hayek, ela aparece num livro de Welcker, publicado em 1813, no qual distinguem três tipos de governo: despotismo, teocracia e Rechtsstaat. Luc Heuschling, todavia, ensina que o termo foi criado na Alemanha, em 1978, por Johann Wilhel, Placidus (1758-1815). Igualmente foi na Alemanha que se desenvolveu, no plano filosófico e teórico, a doutrina do Estado de Direito. Nas pegadas de Kant, Von Mohl e mais tarde Stahl lhe deram a feição definitiva.

Entretanto, o Estado de Direito, na fórmula clássica, provém de uma longa e profunda tradição. É ela a da existência de um Direito não criado pelos homens, superior ao Direito positivo que o Poder edita.⁵⁶

2.3.2 Tipos de Estado

O Estado antes de ser objeto de estudo de alguma ciência já existia e os autores consultados elencam alguns tipos.

O Estado Antigo era marcado pela unidade e religiosidade. Os governantes eram considerados o próprio Deus ou enviados de Deus⁵⁷. No Estado Grego o objetivo era que todas as necessidades da *polis* fossem supridas. Apenas os cidadãos, que constituíam uma pequena parcela da população, participavam das decisões políticas⁵⁸. O Estado Romano caracterizava-se pela organização familiar e assim como o Estado grego apenas uma parcela do povo influía nas decisões políticas.⁵⁹ O Estado Medieval resultou das invasões bárbaras ao Império Romano e na entrega dos territórios conquistados aos senhores feudais que eram a máxima autoridade do território e os intermediários entre os indivíduos explorados e o fraco

⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e constituição**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg. 5.

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pgs. 62/63.

⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pgs. 63/64.

⁵⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pgs. 64/65.

governo central.⁶⁰ O cristianismo se fortaleceu nessa época.⁶¹ A insatisfação da população completamente explorada levou ao anseio de centralização do poder central o que culminou nas monarquias absolutistas em que o poder do soberano tinha origem divina.

2.3.3 Estado Moderno

As alterações econômicas, sociais e políticas que estavam acontecendo em alguns países culminaram nas revoluções burguesas e na formação dos Estados Modernos. As revoluções mais citadas pelos doutrinadores são a inglesa ou gloriosa ocorrida em 1688, a americana em 1776 e a francesa em 1789.

Uma das causas das revoluções burguesas foi a opressão, a exploração e a extorsão perpetradas pelas monarquias absolutas contra as classes mais pobres. O aumento desenfreado do valor e da quantidade de tributos que custeavam os gastos do clero, da nobreza e dos soberanos também contribuiu. Além disso, os burgueses que auxiliavam financeiramente os governantes não detinham qualquer tipo de ingerência na tomada de decisões políticas.

Esses descontentamentos conduziram a uma reforma social em que o exercício do poder passou das mãos dos monarcas hereditários que possuíam legitimação no poder divino para a burguesia cuja legitimação decorria das leis.

A revolução econômica foi iniciada pela Inglaterra com a Revolução Industrial. Na Revolução Gloriosa a chefia do governo passou a ser exercida pelo parlamento que deixou de ser provisório. Coube a monarquia, como se verifica até hoje, o exercício da chefia de Estado. Essa revolução teve por fundamentação as ideias de John Locke sobre a separação dos poderes, a limitação do poder soberano, o reconhecimento dos direitos naturais.⁶²

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. Pgs. 66/70.

⁶¹ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pgs. 121/133.

⁶² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pgs. 137/138.

O pensamento de John Locke, de outros filósofos iluministas, o cristianismo que pregava a imagem e a semelhança dos homens com Deus resultaram em uma nova visão do homem, no sentido de ser humano, que passou a ser detentor de direitos naturais e do direito de se insurgir contra os desmandos estatais.

A *Magna Charta Libertatum* de 1215, outorgada pelo rei João Sem-Terra, ao estabelecer um procedimento para a instituição de tributos pode ser considerada o início da concepção do homem como detentor de direitos e da necessidade de limitação do poder do governante.

A Declaração de Direitos elaborada pelo parlamento inglês em 1689 e aceita pelo rei Guilherme de Orange estabelecia a necessidade do parlamento para o exercício do governo da Inglaterra e para a garantia dos direitos relativos a liberdade, a vida e a propriedade. A *Bill of Rights* dispunha sobre a necessidade da participação do parlamento no processo de cobrança de impostos, sobre a manutenção do exército em tempo de paz, estabelecia a liberdade para eleição dos membros do parlamento, previa a possibilidade de os discursos proferidos serem avaliados apenas pelo parlamento e dispunha sobre a convocação permanente do parlamento para decidir sobre os agravos, corrigir, afirmar e conservar leis.⁶³

As colônias inglesas situadas no norte do continente americano sofreram influência das transformações que estavam acontecendo no continente europeu. Os conflitos com a metrópole inglesa se intensificaram e se tornaram mais constantes em prol do envio de uma menor quantidade das riquezas coloniais e da independência.

A luta pela independência norte-americana resultou na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia em 16 de junho de 1776 que condensou o pensamento liberal. No início do documento assegurou-se aos homens os direitos inatos da vida, da liberdade, da propriedade, da segurança e da obtenção de felicidade. Essa declaração determinou que todo o poder emanava do povo, que o governo deveria ser exercido almejando o bem comum, que a proteção e a segurança do povo

⁶³ **Declaração de Direitos de 1689.** Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_1689. Acesso em: julho 2012.

seriam garantidas, bem como a igualdade entre todos os homens, vedados os privilégios, a separação dos poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, eleições periódicas para os cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, a necessidade de obediência a algumas regras para a aplicação de penas, o julgamento pelo júri e a liberdade de imprensa e religiosa.⁶⁴

No dia 4 de Julho de 1776 foi declarada a independência dos Estados Unidos da América. No ano de 1787 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos da América que instituiu o Poder Legislativo por meio do Congresso dos Estados Unidos, composto pela Câmara de representantes e pelo Senado, cujos membros seriam escolhidos por eleição, determinou o exercício do Poder Executivo pelo Presidente da República, escolhido por eleição, firmou a composição do Poder Judiciário com a Suprema Corte e os órgãos inferiores, dispôs sobre registros públicos e sobre a cidadania, constituiu os estados-membros integrantes da federação, determinou que a forma republicana deveria ser adotada pelos estados-membros e o processo de emenda da Constituição e estabeleceu a soberania dos Estados Unidos.

A emenda nº 1 assegurou a liberdade religiosa, de expressão, de imprensa, de reunião e o direito de dirigir petição ao governo para reparação de agravos. A emenda nº 3 dispôs sobre o direito de propriedade. A emenda nº 4 firmou a inviolabilidade das pessoas, casas, papéis e haveres contra buscas e apreensões arbitrárias. A emenda nº 5 dispôs sobre a detenção apenas mediante denúncia ou acusação perante o grande júri, o devido processo legal e a proteção da propriedade. A emenda nº 6 estabeleceu o direito a um julgamento rápido, pela autoridade competente e por órgãos instituídos antes da prática do delito e o direito a ampla defesa. A emenda nº 9 vedou interpretação que acarretasse negativa ou coibição de direitos fundamentais. A emenda nº 10 fixou uma espécie de poderes residuais aos estados-membros e ao povo. A emenda nº 14 dispôs sobre a cidadania norte-americana, o devido processo legal e a proteção dos cidadãos norte-americanos. A emenda nº 19 garantiu o direito de voto aos homens e às

⁶⁴ **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia de 16 de junho de 1776.**
Disponível em: http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0611.pdf. Acesso em: julho 2012.

mulheres. A emenda nº 24 estabeleceu o direito a voto para os maiores de 18 anos que não poderiam ter esse direito cerceado por qualquer motivo.⁶⁵

A Revolução Francesa é a mais conhecida das revoluções burguesas e da mesma forma que as outras provocou alteração na titularidade do poder político, a limitação do poder do soberano, o reconhecimento de direitos inatos aos homens e a modificação da legitimação para o exercício do poder pelo governante.

A primeira constituição escrita francesa foi elaborada em 1791 e estabelecia o livre acesso aos cargos e empregos, a divisão proporcional das contribuições entre os cidadãos de acordo com a renda, a liberdade de locomoção, de expressão, religiosa, de reunião e de envio de petições as autoridades constituídas, a vedação de publicação de leis que gerassem obstáculos ou prejudicassem o exercício dos direitos fundamentais, a imposição de penalidades para os atos que atacassem a segurança nacional ou os direitos de outrem e que fossem nocivos à sociedade, o direito de propriedade, a assistência para crianças e para os pobres doentes e desempregados, o ensino gratuito parcial, uma previsão de elaboração de um Código Civil; reconhecia a soberania una, indivisível, inalienável e imprescritível de titularidade da nação francesa, vedado o exercício pelo povo; estabelecia a forma de constituição representativa em que os representantes seriam os corpos legislativos e o rei; delegava o Poder Legislativo a Assembléia Nacional, integrada por representantes temporários eleitos pelo povo, cujo exercício dependia da sanção do rei; compunha o Poder Judiciário de delegado e juizes eleitos pelo povo; determinava a permanência da Assembléia Nacional e a formação por uma única Câmara cujos membros seria, eleitos; reiterou a indivisibilidade e a hereditariedade da Realeza e a chefia suprema do Poder Executivo pelo rei que deveria reinar de acordo com a lei e exigir obediência com base nela.⁶⁶

⁶⁵ _____ **Constituição dos Estados Unidos da América - 1787**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: julho 2012.

⁶⁶ _____ **Constituição Francesa de 1791**. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: julho 2012.

As principais características do Estado de Direito ou Liberal enumeradas por Sahid Maluf e Manoel Gonçalves Ferreira Filho são a limitação e a submissão do governante as leis e o reconhecimento dos direitos fundamentais.

Há autores que aduzem que a formação do Estado Moderno e as revoluções liberais inauguraram a era das constituições escrita.

2.3.4 Constituições Brasileiras

Neste tópico será analisada a estrutura do Estado Liberal formada pela separação dos poderes, soberania estatal e reconhecimento dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras escritas em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

A Constituição de 1824 estabelecia que o Império brasileiro seria dividido em províncias, governado por uma monarquia, hereditária, constitucional e representativa da dinastia de Dom Pedro I, a religião católica seria a religião do império, contudo outras religiões eram permitidas, apenas o culto deveria se restringir ao âmbito doméstico, vedada a construção de templos; dispunha sobre a cidadania, as hipóteses de perda da cidadania e de suspensão dos direitos políticos; separou os poderes do Império em Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador; estabeleceu que o exercício do poder legislativo seria de atribuição da Assembléia Geral formada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado; instituiu inviolabilidades aos parlamentares; previu o processo legislativo; criou os Conselhos Gerais das províncias; estabeleceu a realização de eleições indiretas para escolha dos membros da Assembléia Geral e dos Conselhos Gerais das províncias; previu o voto censitário e a irresponsabilidade do Imperador; atribuiu a titularidade do poder moderador e do poder executivo ao Imperador; previu as regras de sucessão e de regência; estabeleceu a independência do Poder Judicial e a constituição por juízes e jurados; estabeleceu o Supremo Tribunal de Justiça e as formas de alteração da Constituição.

Os direitos civis e políticos foram considerados invioláveis e fundamentados na liberdade, segurança individual e propriedade. Houve previsão do princípio da

legalidade e do caráter de utilidade pública das leis, bem como a vedação de efeito retroativo destas, da liberdade de expressão, religiosa, de locomoção, da necessidade de formação de culpa para a prisão, salvo as ressalvas mencionadas no art. 179, VIII, e da possibilidade de pagamento de fiança; a determinação da inviolabilidade da casa; a estipulação de prisão no caso de flagrante delito; o reconhecimento do princípio do juiz natural, da independência do poder judicial, do princípio da igualdade, do acesso aos cargos públicos, da obrigatoriedade de pagamento de tributos; a vedação de privilégios, exceto os de utilidade pública, de foros privilegiados e de comissões especiais; a elaboração de Código Civil e Criminal fundados na justiça e equidade; a proibição de penas cruéis; a restrição da pena ao infrator; a determinação do cumprimento da pena em locais adequados, de proteção do direito de propriedade e de garantia da dívida pública; a estipulação da liberdade de exercício de profissão; a abolição das corporações de ofício; a previsão de proteção da propriedade intelectual e da inviolabilidade de correspondência; o estabelecimento de recompensa aos serviços prestados ao Estado e do direito adquirido a recebê-las; a fixação da responsabilidade dos empregados públicos; a previsão de apresentação de reclamações, queixas e petições ao Executivo e ao Legislativo; o estabelecimento de socorros públicos, de ensino primário e gratuito a todos os cidadãos e de colégios e universidades para o ensino de ciências, belas letras e artes e a previsão de suspensão dos direitos individuais nos casos de rebelião ou invasão de inimigos.⁶⁷

A Constituição de 1891 foi promulgada no início do período republicano e dispunha no primeiro artigo que a forma de governo seria a república federativa, sob a forma representativa, constituída pela união indissolúvel e perpétua das antigas províncias em estados unidos do Brasil. As províncias foram transformadas em estados e o município neutro, que sediava a capital federal, em distrito federal. O artigo 3º demarcava como território da União “*Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada para nela estabelecer-se a futura Capital federal.*” Esse texto constitucional estipulava a forma de criação dos estados-membros, a

⁶⁷ _____ **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o24.htm. Acesso em: julho 2012.

autonomia financeira dos estados-membros, as hipóteses de intervenção da União nos estados-membros, as competências exclusivas da união, dos estados-membros e as vedações aos estados-membros e a União; firmava que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário seriam harmônicos e independentes e seriam órgãos da soberania nacional; determinava que o Poder Legislativo seria exercido pelo Congresso Nacional composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal; previa inviolabilidades parlamentares e o processo legislativo; estabelecia que o Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil; fixava eleições por sufrágio universal para a escolha do Presidente e Vice-presidente da República; previa a responsabilidade do Presidente da República e enumerava os crimes de responsabilidade; estabelecia que o Poder Judiciário seria formado pelo Supremo Tribunal Federal e pelos juízes e tribunais federais; estabelecia as garantias de vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos aos membros do Judiciário; atribuía aos estados-membros autonomia legislativa e aos municípios autonomia nas matérias de seu peculiar interesse; determinava que o Distrito Federal seria administrado por autoridades municipais e previa normas sobre cidadania.

Os direitos individuais foram estabelecidos como invioláveis e diziam respeito a liberdade, a segurança individual e a propriedade.

A partir dessa constituição serão mencionados apenas os direitos fundamentais que sofreram alguma alteração ou acréscimo devido a repetição da maioria dos direitos fundamentais que constavam da Constituição anterior.

O artigo que abordava os direitos fundamentais estabelecia que apenas o casamento civil seria reconhecido pela República e que a celebração seria gratuita; atribuía caráter secular aos cemitérios e a administração a autoridade pública; previa o ensino leigo nos estabelecimentos públicos; vedava a subvenção, relação de dependência ou aliança entre o governo da União ou dos estados-membros e a igreja ou o culto; previa a liberdade de associação; proibia o anonimato; determinava que a prisão ocorreria somente após a pronuncia do indiciado e por ordem escrita de juiz; estabelecia o princípio da reserva legal e a plenitude de defesa; restringia o direito de propriedade ao prever de modo excepcional a desapropriação no caso de

necessidade ou utilidade pública, mediante prévia indenização; estabelecia o direito de exploração de minas pelos proprietários do solo, a abolição da pena de galés, de banimento judicial e de morte, ressalvado nesse último caso as hipóteses previstas na legislação militar em tempo de guerra; estipulava o *habeas corpus* para o caso de iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder; reconhecia os direitos autorais de obras artísticas e literárias e a propriedade das marcas das fábricas; proibia o não cumprimento de dever cívico por motivo de crença ou de religião; fixava hipóteses de perda dos direitos políticos; estabelecia o princípio da legalidade tributária; vedava a acumulação remunerada de cargos públicos; reconhecia a existência de patentes, postos e cargos inamovíveis; admitia a aposentadoria só por invalidez no caso de serviço da nação; estipulava a perda de patente e foro especial para militares de terra e mar e dispunha que os direitos individuais não se exauriam nos que foram elencados nesta Constituição.⁶⁸

A Constituição de 1934 foi elaborada por uma Assembleia Constituinte e manteve a República Federativa sob a forma representativa, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Pela primeira vez um artigo do texto constitucional dispôs sobre a soberania popular “*Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos.*” Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário continuaram independentes e coordenados entre si e órgãos da soberania nacional. Houve a vedação de delegação das atribuições dos poderes constitucionais e de exercício pelo cidadão de função em mais de um dos poderes; o estabelecimento de que a declaração de guerra ocorreria apenas se não fosse possível o arbitramento; a fixação das competências privativas da União e dos Estados-membros; a previsão de celebração de acordos entre Estados-membros e União; o estabelecimento de competências concorrentes entre União e Estados; a vedação de bitributação; a previsão de intervenção da União em negócios peculiares do Estado em casos excepcionais; a atribuição de autonomia aos municípios nas hipóteses de peculiar interesse; a determinação da possibilidade de eleição do prefeito pela assembleia de vereadores ou por nomeação do governador de Estado; a previsão de incorporação, subdivisão, desmembramento,

⁶⁸ _____ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: julho 2012.

anexação e formação de novos estados-membros; disposições sobre o território do Acre; vedações a União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios; a fixação dos bens dos Estados-membros e da União; o exercício do Poder Legislativo pela Câmara dos Deputados com colaboração do Congresso Nacional; a previsão de vedações aos parlamentares desde a diplomação e a posse; a previsão de licença prévia para representação diplomática aos parlamentares; o estabelecimento do processo legislativo; o exercício do Poder Executivo pelo Presidente da República; a composição do Poder Judiciário pela Corte Suprema, juízes e tribunais, federais, militares e eleitorais; a proteção das garantias de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos; a atribuição ao Senado Federal de atividade de coordenação dos poderes; o estabelecimento do Ministério Público, do Tribunal de Contas, dos Conselhos Técnicos, da Justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios como órgãos de cooperação das atividades governamentais.

Os direitos fundamentais foram divididos em direitos políticos e direitos e garantias fundamentais. Houve a determinação de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada contra os prejuízos advindos da edição de nova lei, assistência religiosa nas expedições militares, hospitais, penitenciárias e estabelecimentos oficiais, possibilidade de manutenção de cemitérios particulares por associações religiosas, direito de resposta, responsabilidade pelos abusos e de proibição de propaganda de guerra ou de processos violentos que visassem subverter a ordem política ou social; de direito de reunião, de expulsão de estrangeiros que representassem perigo para ordem pública ou fossem nocivos aos interesses do país, a possibilidade de utilização de propriedade particular nos casos de perigo eminente como guerra ou comoção intestina, ressalvado o direito de indenização ulterior, de necessidade de comunicação imediata ao Juiz de prisão ou detenção, de prisão no caso de flagrante ou de ordem escrita da autoridade competente, de *Habeas Corpus* nos casos de violência ou coação em sua liberdade ou de ameaça de que isso pudesse ocorrer por ilegalidade ou abuso de poder, com a ressalva que não caber *habeas corpus* no caso de transgressões disciplinares, de possibilidade de retroação da lei penal para beneficiar o réu, de proibição de pena de morte, banimento, confisco, caráter perpétuo, de morte, exceto nesse último caso nas hipóteses admitidas pela legislação militar nos casos de guerra contra país

estrangeiro, de vedação de prisão por dívidas, multas ou custas, de proibição de extradição por crime político ou de opinião e de brasileiro, em qualquer caso, de assistência judiciária aos necessitados pela União e Estados com isenção de custas, emolumentos, taxas e selos; de mandado de segurança para defesa de direito certo, incontestável ameaçado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade que deverá ser ouvida, de amparo aos indigentes, de rápida tramitação dos processos nas repartições públicas, de comunicação aos interessados dos despachos proferidos e das informações que a estes se refiram, de expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais ou para o esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva, de vedação de criação de imposto pelo exercício da profissão de jornalista, professor e escritor, da impossibilidade de Juiz deixar de decidir por omissão na lei, hipótese em que deve usar a analogia, os princípios gerais do direito e a equidade, de possibilidade de qualquer cidadão pleitear a declaração de nulidade ou de anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.⁶⁹

A Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas durante a instauração do chamado Estado Novo. O Brasil continuou a ser denominado República dos Estados Unidos do Brasil, uma soberania popular e uma República Federativa formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Territórios. Ocorreu a fixação da competência da União para criar territórios e para a administração do Distrito Federal; a transformação dos Estados-membros que não tivessem receitas suficientes para custear seus serviços em territórios até que fossem novamente capazes de se sustentar; a previsão de intervenção do governo federal nos estados-membros; a determinação da execução dos tratados comerciais firmados pela União aos estados-membros e no caso dos estados-membros não propiciarem as condições necessárias, os tratados seriam executados pela União; a previsão de expedição de regulamentos complementares pelo Poder Executivo; a autorização parlamentar para edição de decretos-lei pelo Presidente da República e a dispensa dessa autorização nos casos de recesso do parlamento ou de dissolução

⁶⁹ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: julho 2012.

da Câmara dos Deputados; o estabelecimento das competências privativas e tributárias da União e das competências privativas e exclusivas dos estados-membros; a previsão de criação de impostos pelos estados-membros; a especificação dos impostos que cabiam aos municípios; a previsão da possibilidade de união dos municípios da mesma região para instalação, exploração e administração de serviços comuns; a determinação de vedações a União, Estados e Municípios e aos Estados, Distrito Federal e Municípios; a especificação dos bens de domínio da União e dos Estados; a determinação de que o exercício do Poder Legislativo seria feito pelo Parlamento Nacional, formado pela Câmara dos Deputados e pelo Conselho Federal, com a ajuda do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República; a determinação das hipóteses de perda do cargo de Deputado ou de membro do Conselho Federal quando um deles for autor de manifestação contrária à existência ou à independência da Nação ou houver incitamento à subversão violenta da ordem política ou social; a estipulação de vedações aos membros do Parlamento Nacional; o estabelecimento de normas do processo legislativo; a não citação do Poder Executivo, somente a determinação de que o Presidente da República seria a autoridade suprema do Estado; a determinação de que as eleições presidenciais seriam indiretas e que o Poder Judiciário seria constituído pelo Supremo Tribunal Federal, Juízes e Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e Juízes e Tribunais Militares.

A fórmula de proteção dos direitos e garantias individuais com fundamento nos direitos de liberdade, segurança individual e propriedade foi repetida. A Carta Magna estabeleceu que os cargos públicos seriam acessíveis a todos os brasileiros; fixou exceções para a inviolabilidade de domicílio e de correspondência; previu a possibilidade de interdição das reuniões em caso de perigo imediato para a segurança pública; estipulou a instrução criminal contraditória; vedou penas corpóreas perpétuas e pena de morte para alguns crimes; restringiu a liberdade de expressão por meio da censura com a finalidade de garantir a paz, a ordem e a segurança pública; estabeleceu medidas para impedir manifestações contrárias a moralidade pública e aos bons costumes; estipulou a possibilidade de providências para proteção do interesse público, do bem estar do povo e da segurança do Estado e de lei especial para regular a imprensa; estabeleceu a possibilidade de criação de

Tribunal especial para julgar crimes contra a existência, a segurança, a integridade do Estado, a guarda e o emprego de economia popular.⁷⁰

A Constituição de 1946 foi promulgada por uma Assembleia Constituinte. O Brasil permaneceu sob a denominação de Estados Unidos do Brasil, sob a forma de República Federativa em que o poder emanava do povo e formada pela união de Estados, Distrito Federal e Territórios. O Distrito Federal foi considerado a Capital da União. Os dispositivos constitucionais estabeleceram a forma de incorporação, subdivisão, desmembramento e anexação de estados-membros, bem como a possibilidade dos territórios formarem estados-membros, subdividir-se em outros territórios e voltarem a integrar os estados-membros de que se originaram, a competências da União, as hipóteses de intervenção do governo federal nos estados-membros, a competência do Presidente da República para decretar intervenção federal, a competência tributária da União e dos estados-membros, a intervenção dos estados-membros nos municípios a fim de regular as finanças, a criação de órgãos de assistência técnica para os municípios pelos estados-membros, a publicação de lei federal para regular a organização administrativa e judiciária do Distrito Federal e territórios, a autonomia política e administrativa dos municípios, a competência tributária dos municípios, as competências e vedações impostas a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, os bens da União e dos estados-membros, a união independente e harmônica do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, a proibição de delegação de atribuições entre poderes, o exercício do Poder Legislativo pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, a realização de eleições para o parlamento, a previsão de imunidades parlamentares e proibições desde a diplomação e desde a posse, possibilidade de criação de comissões de inquérito, o exercício do Poder Executivo pelo Presidente da República, o exercício do Poder Judiciário pelo Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos, Juízes e Tribunais militares, eleitorais e do trabalho, as garantias aos magistrados e vedações aos juízes.

⁷⁰ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: julho 2012.

As normas sobre nacionalidade e cidadania foram inseridas no título da declaração de direitos, o que acarretou que as regras pertinentes a nacionalidade, as condições de alistamento eleitoral e elegibilidade fossem consideradas direitos fundamentais.

Os direitos e garantias individuais passaram a ter como supedâneo o direito a vida, a liberdade, a segurança individual e a propriedade. O texto constitucional foi acrescido do Princípio da Inafastabilidade de jurisdição, assim como de limitações a liberdade de expressão em espetáculos e diversões públicas em que houvesse abuso, da vedação de propaganda de guerra, de processos violentos para subverter a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classe, da proibição de cultos religiosos que contrariassem a ordem pública ou os bons costumes, de atribuição de personalidade jurídica civil para associações religiosas, da previsão de assistência religiosa prestada por brasileiro para as forças armadas, da previsão de que associações seriam dissolvidas compulsoriamente apenas por sentença judiciária; da proibição de existência de associações e partidos políticos com programa ou ação contrária ao regime democrático, da vedação de foro privilegiado e de Tribunais de Exceção, do Princípio do devido processo legal e do Princípio da individualização da pena, da pena de sequestro ou perdimento de bens no caso de enriquecimento ilícito por influência ou abuso de cargo ou função pública e emprego em entidade autárquica, da prisão civil no caso de depositário infiel e falta de pagamento de pensão alimentícia, da necessidade de prévia autorização orçamentária para cobrança de tributos, exceto tarifa aduaneira e imposto lançado por motivo de guerra.⁷¹

A Constituição de 1967 foi promulgada durante a ditadura militar que teve início em 1964.

Nesta constituição o Brasil passou a se denominar República Federativa do Brasil, permaneceu como uma federação sob regime representativo, formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Territórios e uma soberania

⁷¹ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: julho 2012.

popular. A criação dos Estados-membros e dos territórios passou a depender de lei complementar. Os bens da União e dos estados-membros foram indicados. Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário continuaram independentes e harmônicos. O texto constitucional estabeleceu a solução pacífica de conflitos internacionais, as competências da União e as vedações a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurou a intervenção da União nos estados-membros e a competência do Presidente da República para decretar intervenção, determinou que o Poder Legislativo seria exercido pelo Congresso Nacional e formado pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, manteve as inviolabilidades parlamentares e as proibições desde a diplomação e desde a posse; determinou que o Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República com o auxílio dos ministros; determinou que as eleições presidenciais seriam indiretas; manteve o Poder Judiciário com a mesma formação da constituição de 1946; dispôs sobre a organização dos estados-membros; reconheceu a autonomia política e administrativa dos municípios. A organização administrativa e judiciária do Distrito Federal e dos Territórios passou a ser realizada por lei. Pela primeira vez o sistema tributário foi tratado em um capítulo que dispôs sobre as competência e vedações tributárias, a destinação de recursos para o fundo de participação dos Estados e do Distrito Federal, o fundo de participação dos municípios e o fundo especial.

Os direitos relativos a nacionalidade foram inseridos no título da declaração de direitos que sofreu o acréscimo de mais dois capítulos, um tratando dos direitos políticos e o outro dos partidos políticos, cuja regulação deveria ser realizada por lei federal. Essa constituição previu a punição de preconceito por raça, não restringiu a liberdade de expressão por meio da censura, assegurou o respeito a integridade física e moral do detento e do presidiário, estabeleceu a soberania do júri e a competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida, assegurou a entrada, permanência e saída de bens durante o período de paz, resguardou o direito de petição e de representação em defesa de direitos ou contra abuso de autoridade, previu a ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio das entidades públicas, normas para regular a sucessão de bens de estrangeiro e a expedição de certidões para defesa de direitos e esclarecimento de situações, a ressalva de que

esse rol de direitos não é exaustivo. Os dispositivos que tratam do estado de sítio foram incluídos no título da declaração de direitos.⁷²

A Constituição de 1988 foi promulgada por uma Assembléia Constituinte após o término de uma ditadura militar que durou vinte e um anos. O artigo primeiro estabeleceu que o Brasil é uma República Federativa constituída pela união indissolúvel de Estados, Distrito Federal e Territórios. Pela primeira vez uma constituição dispôs sobre a forma de Estado adotada: Estado democrático de Direito. Os quatro primeiros artigos trataram da forma de estado e de governo, da separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário de forma harmônica e independente, dos fundamentos do estado, do poder que emana do povo e configura a soberania popular, dos objetivos fundamentais da República Federativa e dos princípios que regem essa república em suas relações internacionais. O texto constitucional determinou que as eleições para os cargos políticos do Executivo e do Legislativo são diretas e periódicas e que o voto é universal, direto, periódico e secreto. Os municípios passaram a ser considerados entes autônomos da federação. Os bens da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios foram arrolados. Os dispositivos constitucionais versaram sobre a fixação das competências privativas e exclusivas da União, da competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal e da competência comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a previsão de intervenção da União nos Estados, dos Estados nos Municípios e intervenção da União nos municípios localizados em territórios federais, a determinação de que o Poder Legislativo será exercido pelo Congresso Nacional composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, o exercício do Poder Executivo pelo Presidente da República com auxílio dos ministros, a instituição do Conselho da República e da Defesa Nacional, a composição do Poder Judiciário pelo Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Juízes federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes militares, Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. O

⁷² _____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7%C3%A3o67.htm. Acesso em: julho 2012.

Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública passaram a ser funções essenciais da justiça.

O título dos direitos e garantias fundamentais sofreu um deslocamento físico para o início do texto constitucional e o acréscimo dos direitos sociais.

A Carta Magna estabeleceu a igualdade de gênero; proibiu a tortura e o tratamento desumano ou degradante; previu a prestação alternativa nos casos de recusa de cumprir obrigação a todos imposta por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica; dispôs sobre a liberdade de expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; estabeleceu a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado direito de indenização, e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, exceto as telefônicas por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal; resguardou o acesso a informações, assegurado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional; estabeleceu que o direito de reunião está sujeito a prévio aviso e ausência de convocação anterior de outra reunião para o mesmo lugar; proibiu associação de caráter paramilitar; vedou a interferência estatal nas associações e cooperativas; estabeleceu que a dissolução compulsória de associações só ocorrerá com o trânsito em julgado e que a suspensão das atividades se dará por decisão judicial; determinou que a representação judicial e extrajudicial dos filiados será feita pelas entidades associativas que tiverem autorização; determinou que a propriedade deverá atender a função social; estabeleceu que o procedimento de desapropriação será regulado por lei; determinou a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família devido a débitos decorrentes de sua atividade produtiva; assegurou a proteção das participações individuais em obras coletivas, a reprodução de imagens e voz humanas e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, intérpretes, representações associativas e sindicais pertinentes; estabeleceu o direito de herança, a promoção da defesa do consumidor e a não obtenção dos órgãos públicos de informações de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral quando o sigilo for imprescindível para a segurança da sociedade e do Estado; assegurou o direito de petição aos poderes públicos e de obtenção de certidões em repartições públicas

independente do pagamento de taxas, a plenitude de defesa, o sigilo das votações e a soberania dos veredictos do júri; proibiu discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais; estabeleceu que o crime de racismo é inafiançável e imprescritível, que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, a tortura e os crimes definidos como hediondos são inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia e que a ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático é inafiançável e imprescritível; determinou a extensão da obrigação de reparar o dano e da declaração do perdimento de bens aos sucessores do condenado; enumerou os tipos de penas; determinou o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos conforme a natureza do delito, sexo e idade; assegurou o estabelecimento de condições para que as presidiárias permaneçam com seus filhos durante o período de amamentação; possibilitou a extradição do naturalizado; estabeleceu o direito ao contraditório; determinou a inadmissão no processo de provas obtidas por meios ilícitos, que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença e que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, exceto nos casos fixados em lei; admitiu ação penal privada no caso de a ação penal pública não ser ajuizada no prazo; restringiu a publicidade dos atos processuais para defesa da intimidade ou por exigência do interesse público; determinou a prisão na hipótese de transgressão militar ou crime propriamente militar definido em lei, que o preso será informado de seus direitos, inclusive o de permanecer em silêncio e poderá ter assistência da família e de advogado, que o preso tem direito a identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório, que a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária e que a prisão só será possível nos casos em que não couber liberdade provisória e fiança; possibilitou a impetração de mandado de segurança coletivo por partido político com representação no Congresso Nacional e por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano em defesa do interesse de seus membros ou associados; previu mandado de injunção quando faltar norma regulamentadora para o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes a soberania, nacionalidade e cidadania, o *Habeas Data* para a obtenção de informações relativas a pessoa do impetrante, constante de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público e para retificação de

dados, a Ação popular para anular ato lesivo a moralidade pública, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural com isenção de custas e ônus de sucumbência, ressalvada a má-fé, indenização ao condenado por erro judiciário e ao que ficou preso além do tempo estipulado na sentença, o direito de registro civil de nascimento e de certidão de óbito gratuitos para os reconhecidamente pobres, a gratuidade de *habeas corpus*, *habeas data* e dos atos necessários ao exercício da cidadania, a razoável duração do processo e a celeridade.

Os direitos sociais apareceram pela primeira vez na Constituição de 1988 e compreendem o direito a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção a maternidade e a infância e assistência aos desamparados.

O artigo sétimo da constituição de 1988 assegurou aos trabalhadores urbanos e rurais relação de emprego protegida contra dispensa arbitrária, nos termos de lei complementar que fixará indenização e os termos em que essa dispensa poderá ocorrer, seguro desemprego por desemprego involuntário, fundo de Garantia por tempo de serviço, salário mínimo fixado em lei e nacionalmente unificado, com reajustes periódicos, proibida a vinculação para qualquer fim, piso salarial proporcional a extensão e complexidade do salário, irredutibilidade de salário, exceto por convenção ou acordo coletivo, salário nunca inferior ao mínimo para quem tem renda variável, décimo terceiro salário, remuneração do trabalho noturno superior a do diurno, participação nos lucros ou resultados independente do salário e excepcional participação na gestão da empresa nos casos estabelecidos em lei, salário família pago ao dependente de trabalhador de baixa renda, limitação da jornada de trabalho a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, permitida a compensação de horários e a redução de jornada por acordo ou convenção coletiva de trabalho, jornada de trabalho de seis horas para turnos ininterruptos de revezamento, repouso semanal remunerado preferencialmente aos domingos, remuneração do trabalho extraordinário superior no mínimo a cinquenta por cento do valor da remuneração pelo trabalho ordinário, gozo de férias remuneradas e anuais com o recebimento de um terço a mais do valor do salário normal, licença gestante por 120 dias e licença paternidade a ser fixada em lei, proteção do mercado de trabalho da mulher, aviso prévio proporcional remunerado de no mínimo 30 dias,

redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, adicional de remuneração para atividades penosas, perigosas, ou insalubres, aposentadoria, assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas, reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, proteção em face da automação, seguro contra acidentes de trabalho por conta do empregador com direito a indenização se o acidente ocorreu por dolo ou culpa do empregador, prazo prescricional de cinco anos para créditos decorrentes das relações de trabalho até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, a vedação de diferença salarial, exercício de função ou critério de admissão baseado no sexo, idade, cor, estado civil, a proibição de diferença salarial e de critério de admissão da pessoa portadora de deficiência, a vedação de diferenciação entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os respectivos funcionários, a proibição de trabalho noturno, insalubre e perigoso aos menores de dezoito anos e de qualquer trabalho aos menores de dezesseis, exceto na condição de aprendiz a partir dos catorze anos, a igualdade entre trabalhador com vínculo permanente e trabalhador avulso e que a retenção dolosa de salário é crime.

O artigo 8º garantiu a liberdade de associação profissional ou sindical, entretanto fixou algumas normas como a necessidade do registro do sindicato no órgão competente, a vedação de intervenção ou interferência estatal, a proibição de criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial a ser definida pelos trabalhadores e empregadores interessados, não podendo ser inferior a área de um município, a defesa pelo sindicato de direitos e interesses individuais e coletivos da categoria em causas judiciais ou administrativas, a contribuição para o custeio do sistema confederativo da representação sindical estabelecida por assembleia geral, sem prejuízo do estabelecimento de outra contribuição por lei, a liberdade de filiação e desfiliação de sindicato, a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas, o direito do aposentado filiado votar e ser votado nos sindicatos, a estabilidade provisória desde o registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical até um ano após o final do mandato, mesmo que tenha sido eleito para suplente, exceto no caso de prática de falta grave.

Os trabalhadores tem o direito de greve, de participação nos colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação e de eleição nas empresas com mais de duzentos empregado de um representante para promover entendimento direto com os empregadores.⁷³

Esse exame dos textos constitucionais brasileiros demonstrou que mesmo com a existência de um lapso temporal, o Estado brasileiro acompanhou as alterações que estavam ocorrendo no que pertine as acepções de Estado no mundo ocidental.

2.4 Estado Social⁷⁴

As revoluções inglesa, francesa e americana e as demais revoluções ocorridas nos Estados que adotaram o Estado Liberal serviram para difundir os ideais iluministas e para constatar na realidade os benefícios e maléficos dessa nova forma de Estado.

A limitação do poder dos governantes diminuiu os excessos praticados pelo poder político. Todavia, os operários das fábricas e os indivíduos que deixaram o meio rural para morar nas cidades continuaram a ser objeto da exploração econômica. A doutrina que pregava que o papel do Estado deveria se restringir a assegurar o direito a vida, a liberdade, a igualdade, a propriedade sem interferência do Estado mostrou-se insuficiente.

A crença de que haveria uma auto-regulação social e econômica em que as desigualdades seriam compensadas evidenciou-se uma falácia. Os ricos ficaram cada vez mais ricos e os pobres cada vez mais pobres.

Os indivíduos que não detinham os meios de produção estavam trabalhando nas fábricas de dia e de noite, sem jornada estabelecida, recebendo salários

⁷³ _____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: julho 2012.

⁷⁴ Expressão retirada do livro *Do Estado Liberal ao Estado Social* de autoria de Paulo Bonavides.

miseráveis. A migração da população rural para as cidades provocou um inchaço e a formação de cortiços, com baixa qualidade de vida.

Nesse contexto, doutrinas novas começaram a despontar como a marxista, baseada no Manifesto do Partido Comunista, que criticava a mera formalidade dos direitos fundamentais que, apesar de estarem previstos nas Constituições, não eram respeitados na prática e que defendia a união da classe operária na busca de direitos sociais e econômicos.

O papa Leão XII publicou a encíclica “*rerum novarum*” em 15 de maio de 1891 em que condenava a exploração de homens, mulheres, crianças e o processo de “coisificação dos seres humanos” e pedia a implantação de um equilíbrio social.⁷⁵

Todas essas circunstâncias demandavam modificações no Estado Liberal a fim de que fossem criados direitos sociais e os mais pobres fossem protegidos. Após a primeira guerra mundial, a Alemanha promulgou a Constituição de Weimar, em 1919, que é considerada um marco por prever direitos sociais. Os Estados Unidos após a crise de 1929 viveram um período em que a ênfase no social prevaleceu e a intervenção do Estado por meio da realização de obras foi necessária para que a economia e a sociedade se reestabelecesse.⁷⁶ No Brasil, alguns doutrinadores, defendem a existência do Estado Social na Era Vargas quando houve a publicação da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Nessa época, houve a formação de Estados totalitários na Alemanha, França, Portugal, de ditaduras nos países latino-americanos e de Estados socialistas no Leste Europeu. Segundo Sahid Maluf:

De qualquer forma ameaçado pelas duas extremas totalitárias, o Estado liberal foi colocado ante o dilema de reformar-se ou perecer. Efetivamente, onde ele permaneceu fraco e inerte, ocorreu a transformação violenta, surgindo o Estado revolucionário, como na Rússia, na Itália, na Alemanha, na Polônia e em vários países, como analisaremos nos capítulos seguintes. Quando não, o Estado liberal se transformou de maneira pacífica evoluindo para a forma social-democrática, através de reformas constitucionais e medidas legislativas. Tornou-se evolucionista, intervindo na ordem econômica, colocando-se como árbitro nos

⁷⁵ HORTA, Jorge Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011. Pgs. 119/120.

⁷⁶ HORTA, Jorge Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011. Pg. 124.

conflitos entre o capital e o trabalho, superintendendo a produção, a distribuição e o consumo.⁷⁷

2.5 Estado Democrático de Direito

Como ressaltado anteriormente a Constituição de 1988 foi a primeira que estabeleceu que a República Federativa brasileira constituía um Estado Democrático de Direito.

O regime democrático como um regime de governo era conhecido desde o estado grego antigo, da época de Aristóteles, em que os cidadãos participavam diretamente do processo de decisões relativas ao Estado. Todavia, é consenso doutrinário, a partir das leituras da obra de Aristóteles, que a acepção em que a palavra cidadão era empregada no período clássico é diversa da que empregamos hoje.

Os livros “A Política” de Aristóteles e “A cidade antiga” de Fustel de Coulanges mostram que a sociedade clássica era formada pelos cidadãos ou patrícios que participavam do processo decisório das questões que envolviam a cidade, porém a maior parte da população era composta por escravos que não possuíam esse direito.

Atualmente, a maior parte dos países emprega a palavra cidadão na acepção de todos os seus nacionais, embora a efetividade dessa cidadania sofra críticas.

A Constituição brasileira de 1988 estabelece no título II as hipóteses de aquisição da nacionalidade brasileira e que os cidadãos poderão participar do processo de tomada de decisão por meio do voto que será facultativo para os analfabetos, os maiores de 70 anos e os maiores de 16 anos, mas menores de 18 anos e obrigatório para os maiores de 18 anos.

O texto constitucional assegura também a participação do cidadão por meio do plebiscito, referendo e iniciativa popular. Casos em que participaria de forma direta do processo de tomada de decisões.

⁷⁷ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Pg. 149.

2.5.1 Democracia

A democracia é um regime em que a legitimidade do soberano para exercer o poder advém do povo. A Constituição de 1988 dispõe no parágrafo único do artigo 1º que “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” e no artigo 14 que a soberania é popular.

A maioria dos autores consultados classifica democracia em direta, aquela em que o povo participa diretamente da discussão e votação das questões políticas, representativa, em que por alguma circunstância como a extensão do território, o povo elege representantes para participar dos processos de tomada de decisões relativas ao Estado e a indireta em que o povo elege representantes, mas, em algumas situações há a possibilidade de participação direta no processo político por meio de plebiscito, referendo, iniciativa popular de leis, veto popular, recall ou mandato imperativo.

A democracia brasileira pode ser classificada como indireta porque há a escolha de representantes que irão atuar no Senado e na Câmara dos Deputados e do Presidente da República por sufrágio universal e voto direto, secreto, com valor igual para todos.

2.5.2 Constituições brasileiras

A semelhança do que foi feito no estudo da estrutura do Estado Liberal serão examinados os modos de aquisição de cidadania e o processo de escolha dos representantes nas Constituições brasileiras escritas de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

A Constituição de 1824 conferia a cidadania brasileira aos nascidos no Brasil livres ou escravos, mesmo que o pai fosse estrangeiro e não estivesse a serviço de sua nação, aos nascidos no estrangeiro, filhos de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, desde que viessem morar no Brasil, os nascidos no estrangeiro, filho de pai brasileiro a serviço do Império, independente de posterior residência no

Brasil, os nascidos em Portugal e em suas possessões e residentes nas províncias que tivessem feito essa opção na ocasião da independência das províncias ou que não tivessem se manifestado, mas permaneceram morando no Império e os estrangeiros naturalizados. A escolha dos Deputados era realizada em eleições provinciais e a dos Senadores também, mas por meio de listas tríplices. A escolha dos parlamentares ocorria por eleição indireta e o voto era censitário. O Poder moderador e o executivo eram exercidos pelo Imperador que governava uma monarquia hereditária.⁷⁸

A Constituição de 1891 estabelecia sufrágio direto para a eleição de Deputados, de Senadores e do Presidente da República. Eram cidadãos brasileiros os nascidos no Brasil de pais estrangeiro mesmo que não estivessem a serviço de sua nação, os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro e os ilegítimos de mãe brasileira, desde de que viessem a residir no Brasil, os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro a serviço da República brasileira, independente de residência no território brasileiro, os estrangeiros que estivessem no Brasil em 15 de novembro de 1891 e que não declararam a intenção de permanecer com a nacionalidade originária; os estrangeiros com imóveis no Brasil e casados com brasileiros ou com filhos brasileiros que residissem no Brasil e os estrangeiros naturalizados por outra forma. Os maiores de 21 anos poderiam votar. Os mendigos, analfabetos, praças de pré e religiosos de ordem monástica, companhias, congregações ou comunidades de qualquer congregação que tivessem renunciado a liberdade individual não poderiam votar. Os não alistáveis eram inelegíveis. Os direitos de cidadania poderiam ser suspensos ou perdidos.⁷⁹

A Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer que todo poder emanava do povo e em seu nome seria exercido e o sistema proporcional para a eleição dos Deputados. Os Deputados eram eleitos de duas formas: pelo povo por meio do sistema proporcional, sufrágio universal, igual e direto e por organizações

⁷⁸ _____ **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: julho 2012.

⁷⁹ _____ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: julho 2012.

profissionais por meio do sufrágio indireto. Os direitos políticos foram inseridos no título que tratava da declaração de direitos. A cidadania brasileira era atribuída aos nascidos no Brasil ainda que de pai estrangeiro que não estivesse a serviço de seu país, aos nascidos no estrangeiro, filho de pai ou mãe brasileira a serviço do Brasil ou se os pais não estivessem a serviço do Brasil quando atingisse a maioridade e optasse pela cidadania brasileira, aos que tivessem adquirido a nacionalidade brasileira por residirem no Brasil em 15 de novembro de 1891 e não tivessem revelado a intenção de permanecer com a nacionalidade originária e os estrangeiros com imóveis no Brasil e casados com brasileiros ou com filhos brasileiros se residissem no Brasil e não tivessem optado pela nacionalidade originária, nos termos do estabelecido pelo art. 69, 4 e 5, da Constituição de 1891 e os estrangeiros naturalizados por qualquer outra forma. A nacionalidade poderia ser perdida. Homens e mulheres maiores de 18 anos poderiam votar. O texto constitucional elencava os inalistáveis e os casos de suspensão e perda dos direitos políticos. O alistamento e o voto eram obrigatórios para homens e para as mulheres que exercessem função pública remunerada, nos termos da lei. Havia a enumeração de hipóteses de inelegibilidade.⁸⁰

A Constituição de 1937 previu o sufrágio indireto para a eleição dos Deputados Federais pelos vereadores das Câmaras Municipais e dez cidadãos eleitos por sufrágio direto em cada município. A eleição para Presidente da República seria indireta. A nacionalidade e a cidadania foram tratadas em tópico diferente do dos direitos e garantias fundamentais. As hipóteses de concessão de cidadania permaneceram as mesmas da Constituição de 1934. As hipóteses de perda da nacionalidade foram enumeradas, assim como as hipóteses de inalistabilidade, inelegibilidade, perda e suspensão dos direitos políticos. Homens e mulheres maiores de 18 anos poderiam votar. O alistamento e o voto eram obrigatórios.⁸¹

⁸⁰ _____ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: julho 2012.

⁸¹ _____ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em:

A Constituição de 1946 restaurou a soberania popular, fixou o sistema proporcional para a eleição dos Deputados, o sistema majoritário para a eleição dos Senadores e a eleição para Presidente da República. A nacionalidade e cidadania voltaram a integrar o título que abordava a declaração de direitos. A aquisição da cidadania no caso de nascidos no estrangeiro, filhos de brasileiro ou brasileira que não estivessem a serviço do país teriam que vir morar no Brasil e optar pela nacionalidade brasileira quanto atingisse a maioridade em até quatro anos. A naturalização foi prevista e ocorreria na forma da lei, exceto no caso dos portugueses que teriam que ter idoneidade moral, sanidade física e residência por apenas um ano ininterrupto. Os casos de perda da nacionalidade, suspensão e perda dos direitos políticos e de inalistabilidade era enumerados. Os maiores de 18 anos alistados poderiam votar.⁸²

A Constituição de 1967 permaneceu reconhecendo a soberania popular. Os Deputados Federais eram eleitos pelo voto direto e secreto e os Senadores pelo voto direto e secreto no sistema majoritário. A eleição para Presidente da República era indireta. A nacionalidade permaneceu no título da declaração de direitos e as hipóteses de aquisição de cidadania para brasileiros natos e naturalizados foram previstas em incisos diferentes. Houve a especificação dos cargos que só poderiam ser exercidos por brasileiros natos e das hipóteses de perda da nacionalidade, suspensão e perda dos direitos políticos, inalistabilidade e inelegibilidade. Os direitos políticos foram tratados em um capítulo destacado e poderiam ser exercidos pelos maiores de 18 anos alistados. O voto e o alistamento eram obrigatórios. O sufrágio era universal, o voto era direto e secreto e a representação dos partidos era proporcional. Os partidos políticos passaram a ser tratados em um capítulo próprio.⁸³

A Constituição de 1988 manteve um capítulo para a nacionalidade e outro para os direitos políticos dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, a

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm. Acesso em: julho 2012.

⁸² **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: julho 2012.

⁸³ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: julho 2012.

divisão de brasileiros natos e naturalizados e a especificação dos cargos que só poderiam ser ocupados por brasileiros natos. A Soberania foi classificada em popular, o sufrágio universal, o voto direito e secreto. A democracia pode ser exercida de forma direta pelos cidadãos por meio de plebiscito, referendo e iniciativa popular. Criaram-se hipóteses de alistamento e voto obrigatórios e facultativos. As condições de elegibilidade, inelegibilidade, inalistabilidade e perda da nacionalidade foram enumeradas. Os direitos políticos não podem ser cassados e a perda ocorrerá apenas em situações excepcionais. A lei que alterar o processo eleitoral só se aplicará para eleições realizadas um ano após o início do prazo de vigência. A exemplo da Constituição de 1967 os partidos políticos foram abordados em um capítulo próprio.⁸⁴

2.5.3 Decisão do Supremo Tribunal Federal

Alguns doutrinadores classificam os direitos fundamentais em direitos de primeira geração caracterizados pela atuação estatal no sentido de garantir os direitos fundamentais, em direitos fundamentais de segunda geração distinguidos pela necessidade de uma atuação estatal voltada além da garantia para a prática de atos que possibilitem o usufruto dos direitos fundamentais pela sociedade, em direitos fundamentais de terceira geração que tratam dos direitos difusos de titularidade dos indivíduos enquanto seres sociais como o direito ao meio ambiente que pertence a todos. Existem autores que defendem a existência da quarta, quinta, sexta geração dos direitos fundamentais.

Os direitos de primeira geração requerem que o Estado se organize para que possa garanti-los. O Brasil ainda não concluiu essa fase como se pode constatar na recente estruturação das carreiras e órgão da Advocacia da União e das Defensorias Públicas.

Os direitos de segunda geração a saúde, a educação tem sido fortemente demandados pela população nos últimos cinco anos, conforme se verifica na pesquisa da jurisprudência dos tribunais de segunda instância e superiores. O

⁸⁴ _____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: julho 2012.

problema dos direitos dessa geração é que por demandarem um fazer do Estado há um gasto, um custo a ser suportado pelos cofres públicos. A decisão do Ministro Celso de Mello indica as principais questões imbricadas nesse tipo de questão.

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

DECISÃO: (...)

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

“DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

- O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em **um facere** (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

- Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto

constitucional. Desse **non facere** ou **non praestare**, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

.....
- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS (“A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais”, p. 245-246, 2002, Renovar):

“Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.

Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.” (grifei)

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um

imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL (“Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha”, p. 22-23, 2002, Fabris):

“A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado ‘livre espaço de conformação’ (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.” (grifei)

Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000.

(...) (Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45, Ministro Celso de Mello, julgado em 29. 04. 2004, DJ 04/05/2009, PP. 12) (grifos nossos)

Essa decisão é frequentemente mencionada pelos estudiosos dos direitos fundamentais de segunda geração por abordar a questão da atuação do Estado na satisfação dos direitos sociais em contraponto aos custos que essa atuação gera e a finitude dos recursos orçamentários.

Esse julgado trata ainda da questão da eficácia das normas constitucionais do mero formalismo dos direitos sociais na Constituição Federal, a questão da separação e independência do Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a fiscalização entre os poderes por meio do *check and balance* e da omissão estatal.

Todos assuntos pertinentes a democracia brasileira e que não apresentam uma solução única, válida para todos os casos.

2.5.4 Conceito

Estado Democrático de Direito é uma sociedade política comandada por representantes eleitos pelos cidadãos dessa sociedade que tem por função zelar pela separação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos e a obediência aos ditames legais.

3 Conclusão

O conceito de Estado Democrático de direito formulado neste trabalho correspondeu as pesquisas empreendidas para a elaboração.

Todavia, as fontes consultadas mostraram que o conceito de um objeto ou de um estudo é algo que apesar de ter uma pretensão ao permanente, é temporário. A duração desse temporário é determinada pelos colegas de trabalho, pelo meio acadêmico, pela sociedade que no aprofundamento e aquisição de novos conhecimentos verificam que determinado conceito não corresponde mais a realidade e precisa ser reformulado.

A busca do permanente é altamente excitante e reconfortante no início, frustrante no meio e realista no final. A realidade apreendida neste trabalho é a de que a procura pela formulação de um conceito universal data de tempos longínquos e requer mais estudos e aprofundamento no campo jurídico e filosófico.

4 Referências

1. ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1994.
2. ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
3. ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2010.
4. AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 4 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008. Pgs. 120/136.
5. BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. 16 ed. São Paulo: Cultrix, 2006.
6. CAMARA, Jr. Joaquim Mattoso. **História da linguística**: tradução de Maria do Amparo Barbosa de Azevedo. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1986.
7. _____ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: julho 2012.
8. _____ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm. Acesso em: julho 2012.
9. _____ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm. Acesso em: julho 2012.
10. _____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm. Acesso em: julho 2012.
11. _____ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: julho 2012.

12. _____ **Constituição dos Estados Unidos da América - 1787.** Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>. Acesso em: julho 2012.
13. _____ **Constituição Francesa de 1791.** Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/luarnaut/const91.pdf>. Acesso em: julho 2012.
14. _____
15. _____ **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: julho 2012.
16. _____ **Declaração de Direitos de 1689.** Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declara%C3%A7%C3%A3o_de_Direitos_de_1689. Acesso em: julho 2012.
17. _____ **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virginia de 16 de junho de 1776.** Disponível em: http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/0611.pdf. Acesso em: julho 2012.
18. DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
19. FALCÓN Y TELLA, Maria José. **Conceito e fundamento da validade do direito.** Tradução de Stefani Borba de Rose Trunfo. 2. Ed. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2000.
20. FRIEDE, Reis. **Ciência política e teoria geral do Estado.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
21. FUSTEL DE COLANGES, Numa Denis. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma.** São Paulo: Martin Claret, 2009.
22. HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** São Paulo: Martin Claire, 2009.

23. HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Editora UNESP, 2004.
24. JAPIASSU, Hilton Ferreira. **Introdução ao Pensamento Epistemológico**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A, 1975.
25. JASMIN, Marcelo Gantus e JÚNIOR, João Feres. **História dos conceitos: debates e perspectivas**. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio: Edições Loyola: IUPERJ, 2006.
26. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A Ciência do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.
27. MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
28. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
29. MIRANDA, Pontes. **O problema fundamental do conhecimento**. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2005.
30. MIZUKAMI, Pedro Nicoletti. **Conceito de Constituição no pensamento de Jonh Rawls**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
31. MOORE, G.E. **Estudos filosóficos**. Tradução do inglês por Maria Angelina Rodo. Coimbra: Atlântica Editora, S.A.R.L., 1967.
32. OLIVA, Alberto. **Teoria do conhecimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
33. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Conhecimento, Sociedade e Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
34. PIERUCCI, Antônio Flávio. **O desencantamento do mundo: todos os passos do conceito em Marx Weber**. São Paulo: USP, Curso de Pós-Graduação em Sociologia: Ed. 34, 2003.
35. PLATÃO. **Mênon**. Tradução de Maura Iglésias. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio; São Paulo: Editora Loyola, 2001.
36. ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claire, 2000.
37. SCHMITT, Carl. **O conceito do político: Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

38. VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

39. WHITE, Leslie A. **Conceito de Sistemas Culturais como compreender tribos e nações**. Tradução: Áurea Weissenberg. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.