## Teoria do Estado

Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

#### Nina Ranieri

Professora-associada do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – usp, onde leciona a disciplina de Teoria do Estado. É pesquisadora do Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas da usp – NUPPS, coordenadora da Cátedra Unesco de Direito à Educação da mesma Universidade e autora de diversas obras de direito público e direito educacional.



# Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

"A história tem muito poucos atalhos: a difusão de valores e de instituições através de sua súbita imposição, por uma força estranha, é tarefa quase impossível, a menos que já estejam presentes no local condições que os tornem adaptáveis e sua introdução, aceitável".

Parte II

O novo século: entrevista a Antonio Polito, 2000.

Capitulo 13

### Estado, Direito e Poder

# 1. A IMPORTÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Na Parte I, abordamos o Estado em perspectiva conceitual. Na Pare la reunimos alguns dos elementos relativos à construção e à evolução do bia do de Direito – sua concepção geral, estruturas, categorias de penameta métodos e formas jurídicas, com destaque para as matrizes históricas de cas e suas principais instituições. Longe de intentar um relato histórico e se ciopolítico, o objetivo é pontuar políticas e práticas referidas ao conceito de Estado de Direito, propiciando uma visão de conjunto do seu desenvolvimento e das suas transformações.

O elemento que caracteriza o Estado de Direito é a habilitação jurida do poder político, com o objetivo de eliminar as possibilidades do uso abasrio do poder em razão de sua transformação em competência outorgada, ratituída e regulada pelo Direito.

A importância de sua construção política, jurídica e institucional nottado Moderno pode ser demonstrada por, pelo menos, quatro razões pinepais. Em primeiro lugar, pela inovação que trouxe ao modo de limitar opder. É a lei elaborada pelo Parlamento e não a benevolência do monarcan a pressão exercida por determinados estamentos que o limita. O fato é devante, especialmente ao considerarmos que as limitações de natureza relasa, ética ou jusnaturalista, observadas desde a Antiguidade Clássica, ñolvaram à institucionalização de um "Estado de Direito". Não há Estado Direito nas cidades gregas, tampouco nos reinos ou nas comunas medera muito embora o poder do governante se encontrasse limitado por unastér de relações jurídicas estamentais além de foros e franquias garantidos à se salagem. Da mesma forma, ainda que, no auge do absolutismo, o poder monarca se encontrasse limitado por regras morais e religiosas, inexistu tado de Direito". 13 Estado, Direito e Poder 191

Em segundo lugar, como forma de organização política, o Estado de Direito rompeu com a milenar concepção organicista da sociedade e do Estareito rompeu com a Antiguidade Clássica à Idade Média, na linha de pensado, prevalecente da Antiguidade Clássica à Idade Média, na linha de pensanento aristotélico-tomista, dado que seu pressuposto filosófico radicado na mento aristotélico-tomista, dado que seu pressuposto filosófico radicado na preeminência do indivíduo — e de seus direitos — sobre o Estado determipara que era o indivíduo quem fazia o Estado e não o contrário, nava que era o indivíduo quem fazia o Estado e não o contrário.

nava que era o num nava que era o num Mas não foi apenas em virtude do primado ontológico do sujeito indivi-Mas não foi apenas em virtude do primado notológico do sujeito individual e do valor axiológico da sua liberdade que se deu essa notável dissolução dos valores e condutas políticas até então vigentes na maioria dos Estados europeus. A mudança foi também sustentada, em terceiro lugar, pela certeza da periculosidade do poder político (pessimismo potestativo) e pela convicção da periculosidade do direito positivo em dominá-lo (otimismo normativo). O Estado devena ser a representação da ordem desejada pela comunidade, o que poderia ser propiciado pelo direito desde que o Estado se voltasse à consecução de um ideal, procedendo apenas conforme as normas voltadas para tanto.

un idea, por a la sperava-se que o Direito desempenhasse uma tríplice Sob esse prisma, esperava-se que o Direito desempenhasse uma tríplice função: garantir a ordem e a estabilidade da sociedade, limitar o poder politico e assegurar os direitos subjetivos. De tudo resulta uma visão otimista da soberania, fortalecida pela imagem nacional ou popular que passa a acompanhá-la. A concepção não é nova: o ideal platônico da identificação da alma individual à alma do Estado (presente em A *república*) já intentava trazer o caos político para a ordem e a harmonia, banindo o poder dissoluto do mundo humano e político; a empresa seria realizada por via da própria política, posto ser esta a arte de unificar e organizar as ações humanas e dirigi-las para um fim comum.

Por fim, em quarto lugar, porque a afirmação do Estado de Direito assegurou a inversão das relações entre governantes e governados, a ponto de tornar o súdito um cidadão. A obrigação política entre governantes e governados, a partir daí, passa a equacionar-se pela atribuição prioritária de deveres para os governantes e, inversamente, pelo reconhecimento de direitos ao indivíduo. Até então, como se sabe, os indivíduos eram, sobretudo, sujeitos de deveres e obrigações, quer em relação ao soberano, quer em relação à Igreja. Doravante, o Estado passou a ter o dever de garantir, com o mínimo possível de condicionamentos externos, os direitos inatos dos indivíduos, como é expresso, com ênfase revolucionária, no art. 2º da Deelaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

## Teona do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direão

13 Estado, Direito e Poder 193

Além disso, embora o Estado de Direito seja um fenômeno essencia. Além disso, embora o Estatut múltiplos traços arcaicos. A limitação raça mente moderno, ele apresenta múltiplos traços arcaicos. A limitação raça mente moderno, ele apresenta rista da evidência do papel da lei na lutação raça nal dos poderes do Estado, em vista da evidência do papel da lei na lutação raça nal dos poderes do Estado, en sua da Antiguidade Clássica retornada na ra o poder despótico, é uma herança da Antiguidade Clássica retornada na tra o poder despótico, forma, a necessidade social de legitimação da la tra o poder despótico, e uma necessidade social de legitimação do poder despótico, e uma necessidade social de legitimação do politicas. O desenvolvimo Idade Média. Da mesma ionna, a receledades políticas. O desenvolvimento no de regitimação do po der sempre esteve presente nas sociedades políticas. O desenvolvimento no de portanto, uma invenção: compõe der sempre esteve presente nar é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconderno do Estado de Direito não e, portanto de Reconderno do Estado de Direito não e, portanto de Reconderno do Estado de Direito não e, portanto de Reconderno do Estado de Direito não e, portanto de Reconderno do Estado de Direito não e, portanto de Reconderno do Estado de Reconderno de Reconderno do Estado de Reconderno de Reco demo do Estado de Direito nue en la compõe e recora põe valores e ideias, introduz novos elementos, expressando-se em fórmula põe valores e ideias de velha data.

litas para perpetuar ou recure do Estado de Direito, diferentes siste. No curso da afirmação histórica do Estado de Direito, diferentes siste No curso da antinação recunstâncias históricas, políticas e sociais, mas jurídicos em diferentes circunstâncias históricas, políticas e sociais, ma mas jurídicos em unerenter assemelhados, produziram teorias políticas influenciados por ideias e valores assemelhados, produziram teorias políticas influenciados por ideias e valores assim como modelos institucionais el la como modelos institucionais el como modelos el como modelos institucionais el como modelos institucionais el como modelos el como del influenciados por lacias entres, assim como modelos institucionais política relativamente independentes, assim como modelos são extremamente como relativamente independente. Tais modelos são extremamente complexos con-limitação do poder estatal. Tais modelos são extremamente complexos, conlimitação do poder estatibuição de direitos e de repartição de comprexos, com-binando técnicas de atribuição de direitos e de repartição de competência binando tecnicas de do Estado, com separação funcional de poderes Poste-entre entes e órgãos do Estado, com separação funcional de poderes Postenormente, a eles se agrega a exigência da gestão do poder político, por meio de partidos e procedimentos eleitorais.

A ideia de que a lei poderia limitar o poder iniciou-se com o Rule of Leu britânico, prosseguiu com o Rule of Law americano, o Rechtsstaat alemão, que foi a primeira forma institucionalizada do Estado de Direito - e se aperfeiçoou com o État de droit francês, difundindo-se por praticamente todo a planeta após a Segunda Guerra Mundial. Não se tratou, porém, de uma sinples transposição: os modelos não foram meramente importados, mas funcio naram como catalisadores, isto é, induziram, com a sua presença, o surgimento de uma consciência semelhante que já estava potencialmente presenteno meio social

Ademais, sua difusão mundial foi tão bem-sucedida que sua conformação atual imporá tal padrão de uniformização às estruturas políticas dos Estados, com a tendência de suprimir individualidades territoriais e nacionais, em virtude da capacidade integradora desse modelo.

#### 2. AS PALAVRAS E SEUS SIGNIFICADOS

Para compreender em que sentido são tomadas as palavras "Estado" e "Direito" na consagrada expressão "Estado de Direito", convém principiar lembrando que Estado e Direito são fenômenos sociais, voltados à organiza ção da vida em sociedade, que têm em comum a referência ao poder. No Es pdo. o poder se manifesta em sua atividade política de coordenação de grupado, o poder se mana condição de summa potestas, de titular da soberania, pos <sup>c</sup>indivíduos, em sua condição de summa potestas, de titular da soberania, p<sup>os</sup> e individuos, coercitivo e elaborador do Direito. No Direito, o poder se detentor do poder coercitivo da claboração quanto no da aslidetentor do pouer comento da elaboração quanto no da aplicação da ordem epressa tanto no momento da elaboração quanto no da aplicação da ordem epressa tanto no da aplicação da ordem nomaliva, imposta coercitivamente para garantir direitos e solucionar connomiativa, inclusive no que diz respeito à limitação do poder. Autos sociais, inclusive no são instituições cercados do autor o poder. s sociais, inclui a poder. Estado e Direito são instituições cercadas de ambiguidades, especialmen-

Estado e imbólico. Ambas contêm doutrinas de obediência e revolta, amte no plano sudi instrumentos de proteção e garantia da liberdade, mas tambas se serven de opressão, controle e dominação. Se, em sua concepção bém de inclus do apresenta-se como redentor e protetor do homem, tanto positiva, o Estado apresenta-se como redentor e protetor do homem, tanto positiva, o Estado nomem, tanto mais na medida em que se ampliam os direitos de cidadania, na concepção mais na incluera contrário. Sua imagem é dominada pela "face demoníaca do negativa se traduz pelo emprego arbitrário da força quanto pelo despoder, que Direito, pela corrupção etc. O mesmo se pode dizer em relação respeito ao Direito, pela corrupção etc. O mesmo se pode dizer em relação respensiones de la como instrumento garantidor de um governo de leis, ora como instrumento da ordem do mais forte.

Entre o Estado e o Direito há mais convergências que colisões. Tanto assim que, nas acepções mais comuns, os dois termos são considerados verso e reverso da mesma moeda. Ambos são fatores de integração, coesão e estabilidade sociais, de promoção do indivíduo e da sociedade. Nesse sentido, foram idealizados como "reinos da razão", tal como o fizeram os jusnaturalistas de Hobbes a Hegel, além de Platão e Aristóteles e outros filósofos medievais, na tradição da Antiguidade Clássica. Por outro lado, ao limitar o poder do Estado, o Direito a este se contrapõe, não como opositor, mas, paradoxalmente, como parte daquele, sendo difícil precisar até onde o Estado se desenvolvepor meio do Direito e até onde o Direito limita a ação do Estado.

O Direito é um símbolo deôntico, isto é, um termo que se refere a um tipo específico de linguagem: a linguagem normativa. Nela, direitos e obrigações são termos correlatos que compõem um sistema ou ordenamento jurídico, isto é, um conjunto estruturado de normas de conduta e de organização, de natureza sistêmica, que se volta à organização social. No Estado Democrático de Direito compõe-se um sistema de garantias, derivado de Constituições rígidas, que se caracterizam, simultaneamente, pelo caráter positivo de suas normas e pelo seu conteúdo, projetado segundo valores éticos e políticos centrados na dignidade humana. 1 Nas palavras de Dante Alighie-

Cf FERRAJOLI, Lungi. Derechos y garantías - la ley del más débil. 1999. E. do mesmo autor, Direito e tazão. Teona do garantismo penal, 2002.

13 Estado, Direito e Profer

Teoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

194

ri "O Direito é a proporção real e pessoal, de homem para homem, que to ada, conserva a sociedade, contrato é impedir as ações que possan los A finalidade imediata do Direito é impedir as ações que possan los A finalidade política, assim como possibilitar a solução a

A finalidade imediata do Entrata como possibilitar a solução da sociedade política, assim como possibilitar a solução da sociedade política, assim como possibilitar a solução da sociedade política de propiciar e manter a order de sociedade política de sociedade po flitos que a ameaçam, com o com o como a ordem e a ordem e a social. Para garantia de eficácia e efetividade do sistema jurídico, o Das social. Para garantia de noderá, se necessário, fazer uso da coação, forme o de coação social. Para garantia de circaten ecessário, fazer uso da coação, força filos por via do Estado, poderá, se necessário, fazer uso da coação, força filos por via do Estado, poderá, em síntese, uma relação social coercit. por via do Estado, poetra, em síntese, uma relação social correitiva sanção. O Direito exprime, em síntese, uma relação social correitiva, fação sanção. O Direito exprime, a uma determinada comunidade estatat sanção. O Direito exprinte, en a determinada comunidade estatal, expresso a da em valores comuns a uma determinada comunidade estatal, expresso a normas que integram o sistema jurídico.

nas que integrant o antessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a O papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, e completar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, e completar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relação, e completar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relações, e completar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relações, e completar sanções, e completar sanções, segundo a No papel do Estado, nessa relações, e completar sanções, e completar s O paper do Estudo a porção objetiva e impessoal fixada pelo Direito. Para esse fim é que o Para porção objetiva e impessoal fixada pelo Direito. Para esse fim é que o Para direito da coação, que lhe é atribuído pela Constante da coação. porção objetiva e imperior da coação, que lhe é atribuído pela Constituição, é fa detém o monopolis. Essa é uma das dinâmicas, senão a essencial, que se instancial o de fa ra no âmbito do Estado de Direito entre Estado, Direito e poder, lembrada que a palavra poder, de modo geral, designa a capacidade ou a probabili de de um sujeito influir, condicionar ou determinar o comportamento de os tro indivíduo.

Na interdependência entre Estado, Direito e política convergem as pra cipais motivações e dificuldades do processo de racionalização jurídica dos der do Estado e, por consequência, da elaboração da fórmula do Estado Direito.

Qual o sentido do Estado de Direito? Sua consistente elaboração has rica, carregada de valores e de ideologias, nos assegura que, antes de dese nar a emblemática conjugação dos termos "Estado" e "Direito" - igualmente carregados de múltiplos sentidos e valores - a expressão nos remete a um es tido unitário, que com o passar do tempo adquiriu firmeza de significad Logo, o conteúdo nuclear do Estado de Direito não é estipulativo nem attrário. Tem uma direção, modelada pela experiência. Sua apreensão potanto, requer mais do que análises léxicas. O problema não é a dinâmica à linguagem, nem a taxonomia de significados, mas o significado do Estab de Direito no âmbito da Teoria do Estado, e, mais particularmente, de Es tado Democrático de Direito no sistema jurídico brasileiro contemporáneo

1 - I nus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, que servata hominum sense veda et corrupta comungat [...]". ALIGHIERI, Dante. Monarchia, Liber secundus, v. 1. Ediçlo definit disponisel em was liberliber itbiblioteca/a/alighteri/monarchia/pdf/monarc.p pdf

#### DISCUTINDO CONCEITOS - I

#### Direito e não violência

A coação, embora seja o elemento que diferencia o Direito de outros ordenamentos A cueve A cueve de la creanização social, como a religião, a moral e o costume, é elemento gualmente voltados à organização social, como a religião, a moral e o costume, é elemento eterno e não intrinseco do Direito.

o filósofo fránces Paul Ricoeur, analisando esse terna, observa que

L janda que o confino - portanto, de certo modo, a violência - continue dando ocasião á es-Li anua quiciána, esta se presta a ser definida pelo conjumo dos dispositivos por mejo dos quais o confino è elevado ao nivel de processo, estando este, por sua vez, centrado num dequan o palavras, cuja incerteza inicial é finalmente deslinidada por uma palavra que expressa bate de palavras, cuja o Direto. Existe, pois, um lugar na sociedade - por mais violenta que esta continue, por origem e costume - onde a palavra sobrepuja a violência.<sup>6</sup>

### 3. O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

Aimportância prática de um conceito teórico de Estado de Direito é evidente. Permite a sua precisa identificação, nos diversos sistemas políticos, independentemente das circunstâncias históricas e das modulações ideológicas que impulsionaram o seu desenvolvimento.

A expressão Estado de Direito é tão ambígua quanto o são os vocábulos "Estado" e "direito". Pode ser empregada com diferentes significados, que vanam conforme se refiram ao conteúdo formal ou material do Estado de Direito, designando um tipo de Estado, um modelo prescritivo de organização social ou um princípio democrático constitucional.

Como tipo de Estado, designa uma categoria de Estado moderno europeu na qual o sistema jurídico – e não outros sistemas, de natureza religiosa ou moral – opera em favor da tutela dos direitos humanos e da límitação do poder do Estado. Como modelo prescritivo de organização sociopolítica, a expressão Estado de Direito indica o Estado cujo poder e cujas atividades estão regulados e controlados pela lei. Como princípio constitucional, consagra o ideal do governo de leis, o princípio da legalidade e a garantia da liberdade.

3 O junto II, p. 3.4.

### Teoria do Estado • Parte II – Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito 196

Esses diferentes significados ou se apresentam reunidos num mesmo mesmo un único conjunto de sentidos, ou podem servicio podem servici podem servicio podem servicio podem servicio podem Esses diferentes significatos ou a printo de sentidos num mesmoli de Estado, constituindo um único conjunto de sentidos, ou podem servi-de Estado, constituindo um único conjunto de sentidos, ou podem servi-de estado, constituindo um único conjunto de sentidos, ou podem servi-de estado, constituindo um único conjunto de sentidos, ou podem servi-do podem servide Estado, constituindo um unico com modelo prescritivo de organizados separadamente, para designar um modelo prescritivo de organizados separadamente a determinado regime político. No primeiro com de Estado, zados separadamente, para designar de político. No primeiro de organiza-social correspondente a determinado regime político. No primeiro cao de social correspondente a determinado de Direito em sentido amplo; no cao de social correspondente a determinado o primeiro caso o primeiro caso o tá-se diante do conceito de Estado de Direito em sentido amplo; no segund

#### 3.1. Sentido amplo

O conceito de Estado de Direito em sentido amplo designa un troja O conceito de Estado de organização estatal, de natureza polo O conceito de Estado de organização estatal, de natureza política en Estado que adota uma forma de organização estatal, de natureza política en Estado que adota uma forma de organização estatal, de natureza política en Estado que adota una producta limitado pelo direito, com a facilita e política e polític lidade de garantir os direitos fundamentais.

de de garantir os direitos parantes primordialmente, a legitimidade do poda Estado de Direito significa, primordialmente, a legitimidade do poda Estado de Enterio agui do Estado está vinculado ao direito, reconhece e protege os direitos fundamentais.

Se ausentes tais elementos, não há Estado de Direito, mas Estado dens direito, já que a mera existência de leis ou de um sistema jurídico não au gura a existência do Estado de Direito. Por isso é que nem todo Estado Estado é Estado é Estado e Estado é Estado e Esta tado de Direito, assim como nem todo Estado legal ou jurídico é Estado e Direito. Inexiste Estado de Direito nos estados totalitários, identificados com suportes da ideologia fascista que tentou superar as ineficiências do Estadel beral de direito. Tampouco há Estado de Direito em ditaduras, no sentes governos exclusivos, pessoais, moral e juridicamente condenáveis.

Sem regulação jurídica da atividade estatal e limitação do podereta tal, com respeito à pessoa humana e à proteção de seus direitos, não haf, tado de Direito, mas Estado mais ou menos autoritário. Essa é a chavepar a compreensão do significado e do alcance do Estado de Direito na histo ria ocidental.

Com esse sentido, o conceito de Estado de Direito alcança, indistina mente, as matrizes clássicas, os modelos que delas derivam e outros que are sentem as mesmas finalidades e características.

As matrizes clássicas consistem nas experiências históricas que penda ram a afirmação desse tipo de Estado moderno. São elas o Rule of Law ball nico e o americano, o Rechtsstaat e o État de droit. Nelas, apesar das repo tivas especificidades, identificam-se situações políticas semelhantes, asim como características e processos comuns que permitem construir análiss acerca das relações que se estabelecem entre estes e sua evolução

13 Estado, Direato e Poder 197

Mas os tipos não são nem estáveis nem estáticos. Embora a partir da se-Mas os inpos Mas os inpos da metade do século XX o Estado de Direito se tenha firmado como uma guida metade do século XX o Estado de Direito se tenha firmado como uma sunda metauc das consistentes e consequentes da filosofia política e jurídica das fórmulas mais consistentes perfis conceituais, institucional das fórmulas mais e que seus perfis conceituais, institucionais e normativos acidentais, o faito é que seus perfis conceituais, institucionais e normativos acidentais, o interem incertos e controversos, sobretudo em razão de seu de-anda permanecem incertos e controversos, sobretudo em razão de seu deanda permanento. Do Estado de Direito liberal novecentista ao Estado Demosentolvimente sentolvimente de Direito do início do século XXI vai uma longa história, com ganhos crático de Direito do início do século XXI vai uma longa história, com ganhos crático de Entretação à proteção e valorização do ser humano e à constru-substantivos em relação à proteção e valorização do ser humano e à construção de sociedades mais justas e solidárias.

de sociecuate Não por outras razões, frequentemente as noções de "Estado legal", "Es-Não por oristado democrático", "Estado social", "Estado liberal", "Estado liberal", "Estado constitucional" tado liberar , Estado constitucional", Estado constitucional" etc. são confundidas ou utilizadas como sinônimo de "Estado de Direito", em ete são conceito amplo. Em relação ao "Estado social", em particular, a impreface do concenta, porque a expressão é empregada indistintamente para designar esto aumenta, porque a expressão é empregada indistintamente para designar eisao autore en estado intervencionista, o Estado social de direito, o Estado o Welfare State, o Estado intervencionista, o Estado social de direito, o Estado socialista, o Estado social constitucional etc.

O mesmo ocorre com os perfis conceituais do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ainda que se parta do pressuposto de que o "Estado Democrático de Direito", no Brasil, seria uma modalidade de "Estado de Direito", é preeiso destacar, nessa fórmula, os aprimoramentos políticos e jurídicos em relação ao conceito que lhe deu origem.

É incontestável a centralidade do Direito nas sociedades moderna e contemporânea. Mais impressionante é a adoção da fórmula do Estado de Direito por praticamente todos os sistemas constitucionais vigentes, o que significa dizer que o Estado de Direito é um princípio cultural universal, do qual se apropriaram diversas tendências políticas, muito embora só se configure em face de um sistema de valores humanísticos, assegurado pelo Direito. Assim sendo, quando se fala de uma espécie particular de Estado de Direito, há de se buscar sua definição particular, o que será feito ao longo dos capítulos seguintes.

Democrático de Diteto

### 13 Estado, Direito e Poder 199

#### **DISCUTINDO CONCEITOS - II**

### O conteúdo proteiforme do Estado de Direito

Na mitologia grega, Proteus é uma das divindades marinhas. Filho de Postidon s Na mitología grego, en e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido. Como retribuição, Poséidon o marco de guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido. Como retribuição, Poséidon o marco de guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, vidente a verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, vidente a verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, vidente a verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sábio, verdade. Sua missão é guardar o Tethys de sá Tethys, é sábio, videnie, kon e exercica e poséidon. Como retribuição, Poséidon o presenteou con o presenteo banho de focas que percence o presente e do futuro, conferindo-the o dom da presenteou coma conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premonição conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-the o dom da premo conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo do passado conhecimento do passado do presente e do futuro, conferindo do passado do presente do futuro, conferindo do passado do presente do futuro, conferindo do futuro, conferindo do presente do futuro, conferindo do futuro, co f conhecimento do passouo, de premonição Mas Proteus, insatisfeito com o seu poder de oráculo, usava da habilidade de se transmuta Mas Proteus, insatisfeito com o seu poder a assustar e afastar aqueles que o se Mas Proteus, insatisteito control de la ssustar e afastar aqueles que o procurassem en qualquer forma que quisesse para assustar e afastar aqueles que o procurassem en busca de conhecer o futuro.

a de connecer o totales. Conta o mito que a única maneira de fazer Proteus revelar o futuro era capturálo durante seu sono, antes que ele pudesse transformar-se e assumir aparèncias terrives, que acabavam por repelir seus perseguidores. Foi justamente o que fez Menelau, rei de Espana que, alastado por ventos contrários para a costa do Egito, intentava retornar à pára apóso que, atastado por verte quem orientou Menelau a capturar Proteus durante o sono, ane que ele pudesse se transformar, foi uma de suas filhas, a ninfa Eidoteia Menelau segura a risca as orientações de Eidoteia, planejando abordar o deus marinho durante o desano e, antes de sua metamorfose, conseguir que ele respondesse às suas indagações. Foi e que sucedeu: conseguindo evitar que Proteus assumisse uma de suas formas assustadoras Menelau pode usar o poder de oráculo do deus e obter as respostas desejadas.

Na lingua portuguesa, a palavra "proteico", por analogia ao mito grego, remete a um individuo que muda facilmente de forma. Ao conceito de Estado de Direito atribuisea qualificação de "proteiforme" no sentido de ser um sistema que muda de forma frequente mente, que se reveste de diferentes formas, como Proteus. Ao Estado de Direito, contuda não se pode atribuir o qualificativo de inconstante, incoerente ou inconseguente temos igualmente associados a quem muda facilmente de opinião; pelo contrário, pois na essênse desse caracterizador está antes a ideia de que o Estado de Direito pode assumir diferentes configurações, conforme o sistema social e político a que se dirigem, sem a perda de sua características fundamentais, como ocorre com Proteus, o mito grego.

Por outro lado, há que considerar que Estado liberal de direito, Estado social de direto Welfare State, Estado Democrático de Direito, Estado de Direito democrático, Estado socia e democrático de direito e Estado constitucional de direito não são metáforas, mas dados de realidade, posto que, em qualquer das suas configurações, o Estado de Direito reméte à ideia de um sistema político e jurídico que se volta à proteção dos direitos fundamentas

e a limitação do poder. Também por isso, o Estado de Direito alude às ideias de sabedoria, e a limitação de la limitação de

# 5.2. O conceito amplo de Estado de Direito no direito internacional

O conceito de Estado de Direito em sentido amplo é encontrado no direito internacional, em diversas normas e documentos.

internacional No âmbito das Nações Unidas, o Conselho de Segurança, ao discutir o No amonitação em situações de reconciliação e reconstrução nacionais paper de la contenta de la contenta

O Estado de Direito [...] refere-se a um princípio de governança no qual todos o indivíduos, instituições e entidades, públicas e privadas, incluindo o Estado, estão sob a égide de leis que são publicamente promulgadas, igualmente impostas a todos e que estão em consonância com padrões e normas internacionais de direitos humanos. O Estado de Direito pressupõe, ainda, medidas que assegurem a adesão aos princípios de supremacia da lei, igualdade perante a lei, responsabilização, justiça na aplicação da lei, separação de Poderes, participação nos processos de tomada de decisões, certeza na aplicação da lei, ausência de arbitrariedade e transparência legal.5

Na base desse modelo prescritivo estão as disposições da Declaração Universal dos Direitos do Homem – DUDH (1948) e também a chamada "cláusula democrática", presente no âmbito da União Europeia (UE), do Mercosul e da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Opreâmbulo da DUDH menciona o Estado de Direito como condição essencial à proteção dos direitos humanos "[...] para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão".6 Da

Cf. Dicionário contemporâneo da língua portuguesa Caldas Aulete, 1964

No original: "The rule of law [...] refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrarmess and procedural and legal transparency United Nations S/2004/616". Security Council, 3 August 2004. Disponível em: www.un.org-

<sup>6</sup> Disponível cm. www.onu.org; www.oea.org

200 Teoria do Estado - Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

mesma forma, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, dena minada Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais, prevê essa condição como obrigação fundamental das Parte contratantes. Em seu Título I, relativo aos direitos e liberdades, particularion te nos arts. 2°, 5°, 6° e 7°, expressa os princípios do Estado de Direito,

te nos arts. 2°, 5°, 6° e /, expressa a los constitutivo da União Europeia, em Ainda em sede regional, o Tratado Constitutivo da União Europeia, em a alteração do Tratado de Amsterdã, incorporon, em 1997, a cláusula demo erática a seu art. 6°, como princípio constitucional, nos seguintes termos 4 União assenta-se nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pe los direitos do homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Esta do de Direito, princípios que são comuns aos Estados-membros".

do de Direito, principio en As cláusulas democráticas nos organismos regionais americanos remeta igualmente ao Estado de Direito. É o que consta do art. 2º da Carta Democatica Interamericana, aprovada em 11 de setembro de 2001, no âmbito da ora

[...] o exercício efetivo da democracia representativa é a base do Estado de D. reito e dos regimes constitucionais dos Estados-membros da Organização de Estados Americanos. A democracia representativa reforça-se e aprofundas com a participação permanente, ética e responsável dos cidadãos em um marco à legalidade, em conformidade com a respectiva ordem constitucional<sup>7</sup>

Já em 1998, o Protocolo de Ushuaia sobre o Compromisso Democráco no Mercosul, Bolívia e Chile determinava: "A plena vigência das instituções democráticas é condição essencial para o desenvolvimento dos procesos de integração entre os Estados-partes do presente protocolo".

A verificação dos seus elementos caracterizadores do Estado de Ditem é, ainda, condição essencial para o reconhecimento de novos Estados pla comunidade internacional, para a legitimação de novos regimes políticos os para a integração de Estados em organizações regionais e internacionais Éo que demonstram, por exemplo, a África do Sul após a Constituição de 19%, a criação do Mercosul (1991), a integração dos países do Leste Europeuã União Europeia, após 2003.

Em verdade, desde 1993, a uE exigia como condição preliminar para nevas adesões de Estados nacionais à comunidade o cumprimento de deteninados critérios políticos e econômicos, assecuratórios das instituições demo cráticas, do Estado de Direito, dos direitos humanos e do respeito e proteção às minorias. A adesão da República Checa, da Estônia, de Chipre, da Leté

Disponível em: www.mre.gov.br.

nia, da Lituânia, da Hungria, de Malta, da Polônia, da Eslovênia e Eslovánia, da Lituânia, da Hungria, da República da Bulgária e da Romênia, em quia, em 2003, assim como a da República da Bulgária e da Romênia, em 2005, ocorreu levando-se em conta tais condições.<sup>8</sup>

#### **DISCUTINDO CONCEITOS - III**

#### o Estado de Direito na ordem internacional

#### Declaração Universal dos Direitos do Homem Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade, inerente a todos os membros da familia humana, e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justica e da paz no mundo,

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que todos gozem da liberdade da palavra, da crença e da liberdade de viver a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

Considerando ser essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão,

Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações,

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da oxu, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

Considerando que os Estados-membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades humanas fundamentais e a observância desses direitos e liberdades,

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso [...].\*

Cf. decisões do Conselho da União Europeia, de 23 de setembro de 2003 e de 25 de abril de 2005, bem como dos pateceres da Comissão, de 19 de fevereiro de 2003 e de 22 de fevereiro de 2005, respectivamente.

Disponível em www.onu-brasil.org.br/documentos\_direitoshumanos.php.

Teoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

### 3.3. Sentido estrito

202

O conceito de Estado de Direito em sentido estrito agrega elementos for O conceito de Estado de Direito conceito de Estado de Direito contestos O conceito de Estado de Estado de Estado de Direito, que como a sentido normativo geral do conceito de Estado de Direito, que como mais ao sentido normativo geral do prescritivo de organização social a mais ao sentido normativo gena de prescritivo de organização social do que como já foi dito, remete mais a um modelo prescritivo de organização social do que como de la como de como a um modelo jurídico ou político preexistente.

n modelo jurídico ou pornece O conceito de Estado de Direito em sentido estrito implica um sistem O conceito de Estado da de Direito em sentido estrito implica um sistema O conceito de Estado da além das finalidades próprias do Estado de Di jurídico constitucional no qual, além das finalidades próprias do Estado de Di gurídico constitucional no qual, além das finalidades próprias do Estado de Di jurídico constitucional no quan, são precisas quanto à sua hibólese de bi reito: a) as normas, gerais e abstratas, são precisas quanto à sua hibólese de bi reito: a) as normas, general a seus destinatários e aplicáveis conforme regras de la cidência, compreensíveis a seus destinatários de controle de la control eidência, compretario entre regras pre estabelecidas; b) existam procedimentos de controle de legalidade estabelecidas; b) existam procedimentos de controle de legalidade constitucionalidade das normas.

#### 4. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DE DIREITO

Dos conceitos amplo e estrito de Estado de Direito decorrem os pring pios da legalidade, igualdade e justiciabilidade, fundamentos do Estado rea do pelo Direito e de sua submissão à Constituição.

Principio da legalidade. A legalidade garante que só a lei cria direito. obrigações. Sua enunciação, na Declaração Francesa de 1789 (art. 5º), éau guinte: "A lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tud o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser cons trangido a fazer o que ela não ordena".

Aí está a noção de liberdade na lei, da qual deriva uma das facetas do pris cípio da igualdade, a igualdade formal ou igualdade jurídica, indissociárda liberdade individual, posto que todos nascem e permanecem livres e iguis en direitos e obrigações. A lei é o eixo das novas relações entre cidadão e gorena que derivam do Estado de Direito, até porque "a lei é expressão da vontadege ral" (Declaração Francesa, art. 6º, primeira parte). Mas, o princípio da igualade, além da igualdade de todos perante o Direito, ainda exige a igualdaden criação e na aplicação do direito, o que supõe direitos iguais, tratamento lega uniforme para casos iguais e proibição de discriminações.

Estreitamente ligados a essa concepção estão os direitos relativos 20 pro cesso jurídico, que remontam ao direito romano e foram incorporados poris gleses e americanos ao conteúdo do Estado de Direito, tendo em vista ag rantia da integridade física. Trata-se do chamado due process of law, o dede processo legal, que remete aos princípios da igualdade e da justiciabilidade dada sua conexão com a ideia do julgamento justo.

13 Estado, Direito e Poder 203

princípio da igualdade. O princípio da igualdade, em síntese, exprime a pincipio de que todos são iguais perante a lei; o que significa dizer que todos noção de que todos de início em relação às liberdades inicia dizer que todos noção de que direitos, de início em relação às liberdades individuais e aos di-são iguais em direitos, posteriormente em relação a direitos econo de iguais cursos, posteriormente em relação a direitos econômicos, sociais e relos políticos, direitos difusos e coletivos, e a direitos relacionadas estas relos políticos, relacionados à proteção da culturais, a direitos difusos e coletivos, e a direitos relacionados à proteção da humanidade

Daí por que o repúdio a discriminações que atinjam a dignidade huma-

Dai por seta de gênero, cor ou classe social, seja de religião ou naciona-na em geral, seja de corolário lógico. O princípio de isculta t na em gerai, é seu corolário lógico. O princípio da igualdade de tratamento su-lidade etc., é seu corolário a abstratas, com función da igualdade de tratamento sulidade etc., co de leis gerais e abstratas, sem favorecimento su-põe a edição de leis são iguais na medida de sure da interneto su privilégios põe a eurça sub sido siguais na medida de suas desigualdades, cabe ao Esindevidos mardar o equilibrio da plena igualdade entre os cidadãos tado salvaguardar o equilibrio da plena igualdade entre os cidadãos

princípio da justiciabilidade. A lei também assegura a justiciabilidade, garanprincipio de fistado de Direito assegurada pela atuação do Judiciário na la do siste a recomposição da legalidade ou no controle de constitucionalialençao e incluindo o controle das próprias leis. De tudo resulta um sistema de segurança jurídica, assecuratório de um quadro normativo predeterminado que só pode ser modificado segundo regras igualmente predeterminado dependência do Judiciário é condição da aplicação desse princípio.

Na esfera administrativa, a introdução do contencioso administrativo em vários países europeus tem garantido a efetividade do princípio da justiciabilidade. Por via desse procedimento, os tribunais administrativos fiscalizam as decisões tomadas pela administração pública, estabelecendo diretrizes e regras para o exercício das atividades do Executivo, em benefício do cidadão.

Capitulo 14

#### O Estado de Direito e suas matrizes clássicas

#### 1. ANTECEDENTES

A ideia de Estado de Direito resulta de uma sedimentação de mande A ideia de Estado de dike (processo), themis (direito) e nomos de dois mil anos. Os conceitos de dike (processo), themis (direito) e nomos fen dois mil anos. Os concentra a mara a limitação racional dos poderes de la na filosofia grega já apontavam para a limitação racional dos poderes de la na filosofia grega la aponenta do papel da lei na luta contra o podertes do la tado, em vista da evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce tado, em vista da evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce tado en vista da evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce tado en vista da evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder do papel da lei na luta contra o poder da lei na luta contra o poder despoirce do la evidência do papel da lei na luta contra o poder despoirce da la evidência da la tado, em vista da evidencia de platão quanto nas de Aristóteles, elabora É o que se nota tanto nas obras de Platão quanto nas de Aristóteles, elabora E o que se nota tanto a mbora Heródoto, no século III a.C., já faça refeta, elabora das no século IV a.C., embora Heródoto, no século III a.C., já faça refeta, cia ao problema. Para o primeiro, em A república, a distinção entre foma boas e más de governo reside, basicamente, em dois critérios: violência equ. senso; legalidade e ilegalidade. Na célebre formulação das seis formas de go verno de Aristóteles (A política), os critérios são quem governa e como gover na; o primeiro diz respeito ao número de pessoas que exercem o poder, segundo, ao modo como se exerce o poder, sendo poder legítimo apenas auxle que resulta do consentimento expresso pela lei.

Também o governo misto - exercido em Roma no período republicam com a participação dos cônsules, do Senado e de cidadãos eleitos para a la sembleia Popular - trazia implícita a noção de um poder moderado, que pode ser tomada como precursora remota do Estado de Direito.

No pensamento medieval, as leis fundamentais do reino e os estatutos a sumiam, igualmente, formas de limitação jurídica do poder. Na obra do filizo fo, teólogo e jurisconsulto italiano Marsílio de Pádua também se encontrriam ideías precursoras do Estado de Direito, o que se depreenderia da pasagen Ubi non principant leges non est politia (Onde não há supremacia da lei, não há governo), inscrita no Defensor pacis. A obra, elaborada em 1324 no conteto das disputas entre o papa João XXII e o imperador do Sacro Império Roma no Luis IV da Baviera, volta-se contra a plenitude do poder pontifício. Parad guns estudiosos, porém, nela nada se vê senão o eco clássico do governo de ka 14 O Estado de Direito e suas matrizes clássicas 205

acolhido na tradição medieval. Johannes Althusius, filósofo e teólogo calvinisscolhido na una vez, ao pretender eliminar a expressão potestas legibus soluu alemão, poi de majestas, teria igualmente antecipado o Estado de Direito, la da definição de majestas, teria igualmente antecipado o Estado de Direito. o fato é que, na história da civilização moderna ocidental, nunca hou-

O fato e que poder inteiramente sem controles. Na importante teoria da ideia de ium poder inteiramente sem controles. Na importante teoria da ve a ideia de iurista francês Jean Bodin, por exemplo controles da ve a ideia de inter e a ideia de internete de abolito, por exemplo, construída em Os seis sobre anía do jurista francês Jean Bodin, por exemplo, construída em Os seis sobre anía de internete de absoluto. A obre soberania do policia, o poder nada tem de absoluto. A obra, que exalta a autoluros da repuera e absoluta da monarquia contra o feudalismo e as pretensões adade pública e absoluta da considerada um dos mais impacto e as pretensões ndade punter a França, é considerada um dos mais importantes marcos te-pontificias sobre a França, é considerada um dos mais importantes marcos tepontificias sources de la publico. O pensamento político de Bodin distingue, qualiancos do unente por intermédio da noção de soberania, o poder estatal do poder taivamente, por intermédio da noção de soberania, o poder estatal do poder tativamente, registrata do poder estatal do poder estatal do poder feudal e pos-feudal, o que beneficia o absolutismo. Não obstante, compreende fendal e poste al como poder limitado pela lei divina, pela lei natural, pelos a poder estatual, pela lei fundamentais, assim como por resistências locais e pelos poderes e direitos de corporações, cidades e classes.

A convicção de que o direito podería controlar o poder do Estado, mediante vinculação aos princípios da legalidade e da igualdade, só ganha corpo com a experiência alemã do Rechtsstaat no século XIX. Para o indivíduo dessa época, que se encontrava desprendido da lógica dos pertencimentos de classe, corporações, relações familiares etc., a lei é o instrumento que lhe assegura o fundamento, os limites e as garantias à sua liberdade, seja porque constitui um espaço ao abrigo das ingerências do Estado, seja porque define suas possibilidades de ação e expansão pessoais. Em outras palavras, institui un sistema social e político de confiança e previsibilidade.

Considerado a primeira institucionalização coerente do Estado de Direito, o Rechtsstaat acompanha, em linha de princípio, o Rule of Law britânico de lenta elaboração consuetudinária - e a sua derivação americana, estabelecida após a independência dos Estados Unidos, na Constituição de 1778. Destes se diferenciou em razão da doutrina que o inspirou, da identificação da titularidade da soberania no Estado, dos mecanismos constitucionais de limitação e controle do poder e das formas de tutela dos direitos subjetivos.

Tal como as experiências britânica e americana, partiu das mesmas referências de valor e dos mesmos pressupostos filosóficos e políticos e adotou os mesmos mecanismos de limitação de poder e a garantia jurídico-formal dos direitos e liberdades fundamentais. Posteriormente, a experiência do État de droit francês, elaborada na primeira metade do século XX, ao fazer a síntese entre o sistema germânico e o americano, trouxe aporte singular à constru-

Teoría do Estado 🔹 Parte II – Do Estado de Direito ao Estado Democrático de D<sub>ireito</sub>

ção da identidade teórica do Estado de Direito, por via da concepção da vontade geral.

### 2. O RULE OF LAW BRITÂNICO

O Rule of Law é o resultado de quinhentos anos de lutas contra a para Elaborado sem planejamento prévio, encontra-se, desde base O Rule of Law é o resultado de quinte prévio, encontra se outra so rogativas reais. Elaborado sem planejamento prévio, encontra se desta la rogativas reais. Elaborado na soberania do Parlamento e do Judiciário e, sobre la soberania do Parlamento e do Judiciário e, sobre la soberania do Parlamento e do Judiciário e, sobre la s rogativas reais. Elaborado sem pranciamento e do Judiciário e desde a la mórdios, fundado na soberania do Parlamento e do Judiciário e sobreda mórdios, fundado na coberania do Parlamento e do Judiciário e sobreda mórdios, fundado na soberana a legalidade. Seu embrião foi a Magna Carla de legalidade. Seu embrião foi a Magna Carla de carla de

5; seu substrato, a *taw of the tange* 5; seu substrato, a *taw of the tange* Antecedentes. Quando Guilherme da Normandia conquistou a la for rei, em 1066, uma de suas primeiras providênci. Antecedentes. Quando Crutian de suas primeiras providências a Inglas, ra saxônica e se fez rei, em 1066, uma de suas primeiras providências fais, et.de da terra". Ao enviar juristas a todo o território, para ra saxônica e se fez rei, em 1999, universa a todo o território, para que tos nhecer as "leis da terra". Ao enviar juristas a todo o território, para que tos compilassem práticas e costumes ancestrais, estabelera nhecer as "leis da terra era traticas e costumes ancestrais, estabeleceu a la linessem e compilassem práticas posteriormente por Henrique II lhessem e compliassem participation por le compliassem e compliassem por la la common la common la compliassem por la compliass

Em 1166, por via do Assize of Clarendon, Henrique II estabeleceu par Em 1100, por via do cama entre os quais a instituição do júri e de ves dimentos judiciais na área penal, entre os quais a instituição do júri e de ves dimentos judiciais na accel para pelo júri substituiu as práticas locais de june de real criminais volantes.<sup>1</sup> O julgamento pelo júri substituiu as práticas locais de jú gamento por combate ou por tortura, até então empregadas na resolução disputas e punição de crimes. As cortes criminais volantes, ou petty asiao a funcionamento na Grã-Bretanha até 1972), consistiam em um corpo de na gistrados reais que, viajando por todo o reino, decidia, de imediato, as quetes legais mais simples. O ganho adicional desse sistema, afora dispensar a lutig em bases legais de forma mais sistemática, foi centralizar o poder de julgara tribunais reais. Todos esses mecanismos, contudo, ainda se encontravan fas dados na estrutura estamental que caracterizou o direito europeu medical s que os enfraquecia, especialmente porque a prerrogativa de exercício do pole real sem limitações permaneceu. Daí a importância da Magna Carta (1215 documento fundador do Rule of Law, o sistema inglês de direitos e liberdade

Ao fixar o seu selo na Magna Carta, o rei João I da Inglaterra-chand "sem terra" (lackland) por não haver recebido herança em terras-reconteceu, expressamente, que não se encontrava acima da lei. Tal limitação dop der real, até então fundado na arcaica pressuposição de que o reiera kas dor e protetor de seu povo, estabeleceu um importante paradigma piviles e franquias estamentais se impunham sobre o arbítrio real. O que significa

Cf. Assize of clarendon, disponível em: http://avalon.law.yale.edu/medieval/assizeclasp 1

14 O Estado de Daveito e suas matures clássicas 207

poder real passaria a ser limitado por direitos subjetivos dos governados, e<sup>nio</sup> por local solution por direitos sul e<sup>nio</sup> somente por normas costumeiras ou religiosas. a <sup>somente</sup> poi sem Terra tivesse maiores preoenpações com direitos e li-Não que João sem Terra tivesse maiores preoenpações com direitos e li-

Não que para entre berdades. Concordou em instituir e restabelecer-lhes prisilégios relat-manter a coroa, concordou em instituir e restabelecer-lhes prisilégios relatnanter a const. nanter a const. privilégios relativos. Em outras palavias: vincu-sos à propriedade de terras e cobrança de tributos. Em outras palavias: vincu-privilégios relativos. privilégios relativos de tributos. Em outras palavias: vincuvos à propriedades leis que editava. Mais: reconheceu que os direitos próprios lotose às próprias leis que editava. Mais: reconheceu que os direitos próprios lanse às proprios de clero existiam independentemente de sua vontade, sendo da nobreza e do clero existiam independentemente de sua vontade, sendo di novator do documento,

### 2.1. Caracteristicas

O Rule of Law organiza-se em torno da ideia da supremacia do direito. O kur o la senciais do modelo: a) a igualdade jurídica dos cidadãos, indesio traço entre de classe social e condições econômicas, em particular no pendencere à lei penal e à integridade patrimonial; b) a atribuição de sobeque se refere a monte e ao Judiciário; e c) a tutela jurisprudencial dos direitos subjetivos, sem prejuízo da atividade legislativa no mesmo sentido.

A originalidade do sistema reside, basicamente, em três aspectos principais: a) a diferenciação dos poderes do Estado não é produto da vontade gepars a la diferencia de la constituinte originário; seu caráter difuso, portanto, não tem natureza contratualista; b) a inexistência de Constituição escrita e rígida, caracterizada como norma fundamental, o que significa que o Parlamento pode modificá-la; c) além disso, não há nenhum órgão ou corte com competências exclusivas de controle da legalidade dos atos legislativos.

A Constituição, na verdade, é composta de um corpo de leis - derivadas de fontes legais e não legais - que regula o funcionamento dos órgãos do Estado e a forma como se relacionam. As fontes legais são o Parlamento, o common law e a interpretação judicial acerca dos direitos dos cidadãos; as fontes não legais são as convenções, o costume e a legislação da União Europeia. Não se trata, pois, de uma "Constituição não escrita", como se costuma identificar a Constituição inglesa, mas de uma Constituição sobretudo flexível e descritiva, que espelha a lei comum, isto é, a ordinary law of the land.

A dinâmica da atuação dos poderes foi estabelecida pela fórmula política do King in the Parliament, que organizou a atuação conjunta do rei, da Câmara dos Lordes e da Câmara dos Comuns na elaboração da lei escrita (statute law). Não podemos nos esquecer de que a produção de normas legais era uma atividade marginal no sistema jurídico inglês, mercê da prevalência do

14 O Estado de Direito e suas matrizes clássicas 209

Tal supremacia não pode ser compreendida fora do peculiar contexto po-

Tal supremacta non finico que se delineia a partir da Revolução Gloriosa Juico e institucional britânico que se delineia a partir da Revolução Gloriosa Juico e institucional do Bill of Rights, em 1689. A luta do século XVII hice e institucional teneral de Rights, em 1689. A luta do século XVII não signifi-cla vigência do Bill of Rights, em 1689. A luta do século XVII não signifi-

e da vigência do par or ele sur 1967. A tuta do século XVII não signifi-e da vigência contra o poder do rei, mas a revolta contra o poder absoluto do ou a revolta contra o for instrumento decisivo, mais por terra

eou a revolta contra o poder absoluto do cou a revolta o Rule of Lane foi instrumento decisivo, mais por ter possibilitado rel na qual o do direito positivo, como limite ao absolutismo real a

rei, na qual o rune of rei, na qual o rune of rei, na qual o direito positivo, como limite ao absolutismo real, do que por relaboração do direito subjetivos. Esses objetivos, por sua vez, present

reliboração do surverse reserverse a constructivo a absolutismo real, do que por reliboração do subjetivos. Esses objetivos, por sua vez, propiciaram o esta-grantir direitos subjetivos anteres entre o Parlamento grantir direitos subject sinergia normativa entre o Parlamento e as cortes ju-pelecimento de notável sinergia da associação da consaorada fe-

belecimento de notación a cara contre o rariamento e as cortes ju-belecimitas ordinárias, em razão da associação da consagrada fórmula King in decimitas ordinárias em razão da associação do common l

O common law é uma construção eminentemente histórica, elaborada

O common els estratificação de antecedentes judiciários e de interpretações ao longo pela estratificação de antecedentes de principios e servicios e servicios e servicios e servicios e servicios e

pela estramicação ao longo do tempo. Compõe-se, basicamente, de princípios e regras de conduta rela-

do tempo. Competencia à segurança das pessoas e à propriedade que decorrem cionados ao governo, à segurança das pessoas e à propriedade que decorrem

conados ao 50 costumes ou de decisões judiciais que reconhecem, afirmam e ra-

de usos e costumes, o que ocorre particularmente no direito inglês

ram influência do direito inglês, nos quais o direito não existe como um edi-

ram innecesario con o un entre con contra co

retas, preocupando-se antes com os writs (recursos e remédios processuais)

Em suas origens, a expressão foi empregada como corruptela de commu-

ne ley para distinguir o direito produzido pelos Tribunais de Westminster (tri-

bunais reais) dos direitos costumeiros, locais ou próprios das primitivas tribos

celtas, aplicados pelas County Courts. Essa distinção foi suplantada no tem-

po, na medida em que os juízes do rei, ao distribuir sua justiça, unificaram o

da law of the land (a lei da terra), em torno da qual gira o sistema constitucio-

nal inglês. Nesse sistema, os direitos fundamentais, deduzidos pelo common law, não são resultado da Constituição, mas o fundamento sobre o qual esta

A pluralidade das fontes do direito é a principal causa da complexidade

escrito. Em sentido amplo, compreende todos os sistemas jurídicos que recebe-

declárias oranta. de Parliament (O rei no parlamento) à tradição do common law.

2.2. O common law

não escrito.<sup>3</sup>

direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção judicial (common law), o que signa direito consuetudinário de produção direito de produce de prod direito consuctudinario de presentar antes a impedir as intromissas que a atividade parlamentar se destinava antes a impedir as intromissas do monarca do que a criar direito. gislativas do monarca do que a eriar direito.

a atividade nanca do que a char tivas do monarca do Judiciário, por sua vez, faz-se a posterion, A atuação soberana do Judiciário, por sua vez, faz-se a posterion, A atuação soberana do Parlamento, expressa na lei; nesse bie A atuação soberana de do Parlamento, expressa na lei; nesse n da interpretação da vontade do Parlamento, expressa na lei; nesse n mon law.

law. Como técnica de legitimação do poder, o sistema britânico fascinou Ma Como técnica de legitimação do poder, o sistema britânico fascinou Ma Como técnica de regular da federalistas americanos, que o racionalizaran; elso tesquieu e influenciou os federalistas americanos, que o racionalizaran; elso tesquieu e influenciou original e peculiar do Estado de Direito, que antecoa tesquien e influenciou os reculiar do Estado de Direito, que antecede os bém o sistema original e peculiar do Estado de Direito, que antecede os bém o sistema original e Distingue-se, porém, tanto do sistema a bém o sistema originar e peculiaringue-se, porém, tanto do sistema amerede a le bém o sistema droit. Distingue-se, porém, tanto do sistema amereda chissidad e o État de droit. Distingue-se, porém, tanto do sistema amereda chissidad e o État de droit. elitistat e o Etal de droit, contrato no que concerne à separação dos poles quanto do francês, especialmente no que concerne à separação dos poles quanto do francês, especialmente no que concerne à separação dos poles quanto do trances, especial dos portes en la constituição dos portes antericano - como o demonstram a Constituição de Massac No caso americano – como o de 1787, pioneiras na adoção da sepa de 1780 e a Constituição americana de 1787, pioneiras na adoção da sepa de 1780 e a Constituição americana de limitação – não há poder soberano. de 1780 e a Constitução de limitação – não há poder soberano por a ção de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano por a cao de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano por a esta de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano por a soberano de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano de sete soberano de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano de sete soberano de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano de sete soberano de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano de sete soberano de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano de sete soberano de Poderes como técnica de limitação – não há poder soberano de sete soberano ção de Poderes como tecnica de un consolidação de um poder absoluto la tecnida e consolidação de um poder absoluto la todos atuam sob controles a consolidação de um poder absoluto. Já no intege sos, de modo a impedir a consolidação de 1793, todos os poderes en intege sos, de modo a impedir a constituição de 1793, todos os poderes são soberan francês estruturado pela Constituição de 1793, todos os poderes são soberan francês estruturado pera do poder - o da nação -, que só pode ser exercido pera traduzindo o verdadeiro poder - o da nação -, que só pode ser exercido pera traduzindo o verdadeiro poder - o da nação -, que só pode ser exercido pera traduzindo o verdadeno do Legislativo é delegado à Assembleia Nacional o legação. Assim, o poder do Legislativo é delegado à Assembleia Nacional o legação. Assini, o pose Executivo ao rei e o do Judiciário aos juízes, temporariamente eleitos pelopor Executivo ao rei e o do Judiciário aos juízes, temporariamente eleitos pelopor

eutro ao rei e o un venn Dicey a elaboração teórica da supremacia do Ru of Law (Introduction to the law of the Constitution, 1885). De acordo con sua definição,

quando afirmamos que a supremacia ou o Estado de Direito são característica da Constituição inglesa, estamos nos referindo, com uma única espresa, nenos a três concepções semelhantes. Referimo-nos, em primeiro luga, ala de que nenhum homem pode ser punido ou ter seus bens apreendidos en após a constatação da violação da lei, com o devido reconhecimento perazo tribunais locais. Nesse sentido, o Estado de Direito opõe-se aos sistemas emas impera um exercício autoritário, arbitrário e discricionário do poder de pra Significa, num segundo sentido, igualdade perante a lei, de modo que toda a distintamente, se sujeitem às leis locais administradas pelos tribunais [...]p fim, a expressão pode ser utilizada como uma fórmula a significar que no fa do de Direito as leis da Constituição que, no plano internacional comptet una espécie de código não são a causa mas a consequência dos direitos das divíduos, tal como definidos e protegidos pelos tribunais [...]<sup>2</sup>

Cf. BLACK, Henry Campbell. Black's law dictionary, 1990.

VENN DICEY, Albert Introduction to the law of the Constitution, p. 110-20.

Teorist do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Dirego 208

Generated by CamScanner

foi construída. Da preexistência formal dos direitos subjetivos, por sua vez,

do que com a coerência do sistema.

direito aplicável no território inglês.

Teona do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

derivam pelo menos duas importantes consequências políticas: en printe derivam pelo menos duas importantes consequências políticas: en printe os direitos do homem inglês jamais foram clamores abstratos printe transf the land; em segundo lugar, o Rula et es printe derivam pelo menos duas importantes consequencias políticas: em printa derivam pelo menos duas importantes consequencias políticas: em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos inglês jamais forant clamores abstratos políticas: em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos políticas: em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos políticas: em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos, políticas: em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos, políticas: em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos, políticas: em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos, políticas: em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos, políticas; em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos, políticas; em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos, políticas; em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos, políticas; em printa lugar, os direitos do homem inglês jamais forant clamores abstratos do homem inglês jamais forant clamores abstratos do homem inglês jamais forant clamores abstratos do homem inglês do homem inglês jamais forant clamores abstratos do homem inglês ja derivam pero an lugar, os direitos do homem ingres romsegundo lugar, o Rule of Law pinen foram fundados na law of the land; em segundo lugar, o Rule of Law pinen foram fundados na law of the land; como ocorreu no Rechtsstaat tou a autolimitação do Estado, como ocorreu no Rechtsstaat lugar, os directores do Estado, como ocorreu no Rechtsstaget e sina foram fundados na law of the land, como ocorreu no Rechtsstaget e sina presentou a autolimitação do Estado. diferenciação dos poderes do Estado.

entou a al. nissão do Estado à *law of trac*alas. De forma análoga, a diferenciação dos poderes do Estado não foi impe De forma análoga, a diferenciação dos poderes do Estado não foi impe dos do constituição escrito do foi impe submissao de De forma análoga, a diferenciação vontade geral" rousseauniana, de nas ta pelo Estado, não resultou de uma "vontade geral" rousseauniana, de nas ta pelo Estado, não resultou de Constituição escrita. Na laglate ta pelo Estado, não resultou de uma de Constituição escrita. Na lagarena de pelo Estado, não resultou de constituição escrita. Na lagarena de levou ao reconhecimento do Parlamento do P reza contratualista, nem dependen su ao reconhecimento do Parlanento, afirmação do common law é que levou ao reconhecimento do Parlanento, afirmação como fontes soberanas do direito.

### 2.3. A afirmação do Rule of Law

210

A lógica do Rule of Law, desde os seus primórdios, supõe, em linha de ano ancestrais da law of the land, sua continuidade a A lógica do *Rule of Law*, successful de *law of the land*, sua continuidade e sua de princípio, as raízes ancestrais da *law of the land*, sua continuidade e sua de princípio, as raízes da atividade jurisprudencial e da legislativa

ao, por força da atividade programa de juristas, entre os quais se des. No início do século XVII, por obra de juristas, entre os quais se des. No início do seculo Avia, Edward Coke (Chief Justice of the king) cam Henry de Bracton c Sir Edward Coke (Chief Justice of the king) cam Henry de Bracton e en domínio da lei" vinha sendo defendido como Bench, de 1613 a 1616), o "domínio da lei" vinha sendo defendido como lácica dos procedimentos judiciais britânicos ma Bench, de 1015 a 1010, e consequência lógica dos procedimentos judiciais britânicos, que assegua consequência lógica dos acusados. Nessa construção o Bul consequência logica dos processos acusados. Nessa construção, o Rule assegua-vam sólidas garantias legais aos acusados. Nessa construção, o Rule of Logica dos como os pilamento já eram identificados como os pilamento da e a soberania do Parlamento já eram identificados como os pilares do sus ma constitucional inglês.

É o que se evidencia na diferenciação entre jurisdictio e gubernacular teorizada por Bracton, com fundamento no art. 39 da Magna Carta, na qui jurisdictio designa o "lado da lei" ou o "reino dos direitos", por assimdar e gubernaculum o "lado do rei", isto é, o das instituições políticas e política governamentais. O citado artigo institui uma limitação legal ao poderred (gubernaculum) – ou, em outras palavras, uma limitação de jurisdição - eu situações de prisão, confisco de bens, banimento ou exílio, da seguintemneira:

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens de seisiatur), banido (utlagetur) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado da truatur), nem agiremos nem mandaremos agir contra ele, senão mediantem juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (nisi per lagale iudicium to reium suorum vel per legel terre).4

Cf. COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos, 1999, p 78.

14 O Estado de Direito e suas matrizes clánsicas 211

Jurisdietio, em relação ao gubernaculum, representa, portanto, o limite Jurisdictione de definir o conteúdo dos direitos e de atuar contra alguéra, que impede o rei de definir o conteúdo dos direitos e de atuar contra alguéra, que incediante o devido processo legal. A noção de jurisdictione de servicio de servici d que impede o devido processo legal. A noção de jurisdictio, contra alguém, senão mediante o gubernaculum, já que a definição da selo contudo, não enão mediante o gubernaculum, já que a definição da política contudo, não senão interramente o gubernaculum, já que a definição da política contum lutitava interrogativa soberana do Parlamento. Por essa sus lumlava internorgativa soberana do Parlamento. Por essa razão, o guberna-do reino era pretrogativa soberana do Parlamento. Por essa razão, o gubernade reme subinctia apenas em parte ao direito.

n se subine cas en particular ilustram a consistência do sentido do Rule of Dois eventos em particular ilustram do direito como sentido do Rule of Dois evente do século XVII: a defesa do direito como condição da liberda-Lav no início do século XVII: a defesa do direito como condição da liberda-Las no inicio de que todo homein tem direito a proteção da liberda-de, e a afirmação de que todo homein tem direito à proteção do Parlamento de, e a antinação do Parlamento e do Indiciário. O primeiro é a apresentação da Petition of Rights a Carlos I, e do Indiciário de 1628, perante o Parlamento. Na oportunidade e e do Judicianto de 1628, perante o Parlamento. Na oportunidade, Sir Edward Coke en maio de robori a Magna Carta prevalecia sobre as prerrogativas reais, o enfatizou que, como a Magna Carta prevalecia sobre as prerrogativas reais, o enfatizou que, condição sine qua non da liberdade, sendo "direito originário" de direito era condição que recebia do Parlamento (por originário" de direito era contação que recebia do Parlamento (por meio da statute law) todo homem a proteção que recebia do Parlamento (por meio da statute law) todo homeni a p edo Judiciário (por meio do common law), para garantir seus bens, sua famíe do junctiono, sua vida e sua honra contra agressões.

ral proteção, para ser efetiva, não poderia ser atenuada nem pelo Parlana pelo judiciário, mas garantida por ambos. Nesse sentido, estabelecia a Petition of Rights:

[...] nenhum homem, daqui em diante, seja obrigado (forçado) a fazer ou conceder qualquer doação, empréstimo, benevolência, imposto, ou ser cobrado de alguna forma, sem a aprovação comum por meio de ato do Parlamento; e que ninguina ionachamado a responder ou prestar juramento, ou ser confinado ou de outra forma perturbado ou incomodado pela sua recusa, e que nenhum homem livre, de nenhuma das formas mencionadas, seja aprisionado ou detido [...].<sup>5</sup>

O segundo acontecimento revela-se, igualmente, pela atuação de Coke, desta feita como Lord Chief Justice of Common Pleas no famoso Bonham's Case.6

O Bonham's Case – considerando o precedente fundante do devido processo legal (due process of law) - teve por objeto a revisão da decisão do Royal College of Physicians relativamente à prisão do doutor Bonham, por exercício ilegal da medicina. Ao final de seu julgamento, a decisão foi anulada sob o argumento - apresentado por Coke - de que o College não tinha poderes para julgar casos nos quais era parte, ainda que tais poderes tivessem sido con-

8 Co Rep 114, Court of Common Pleas, 1610. 6

<sup>5</sup> Cf. ASIM.EY, Mike. Taking liberties - The struggle for Britain's freedoms and nght, p. 34 (tradução

Teona do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

feridos pela lei. Restou assim assentado que o Judiciário poderia rever sin

los pera recurrito, tos do Parlamento. O argumento de Coke, centrado na máxima nemo debet esse iudex in pro-O argumento de Coke, centrado na máxima nemo debet esse iudex in pro-O argumento de Coke, centrado na máxima nemo debet esse iudex in proos atos do recentrado na controlava os atos do Parlamento es O argumento de Coke, centrado na controlava os atos do Parlamento es pria causa, sugeria que o common law controlava, or impossible to be perfepria causa, sugeria que o comune repugnant, or impossible to be performent declarava nulos não só quando for "repugnant, or impossible to be performent declarava nulos não só quando for "against common right and reason"; dectarava nucleon quando for "against common right and reason"; também quando tor againsi concepção do common taw como instrument Ao fim do século XVII, a concepção do common taw como instrument La liberdades já se firmara em linha de princípio no teria.

Ao fim do século XVII, a concerpt a com limba de princípio no território ha assecuratório das liberdades já se firmara em limba de princípio no território ha assecuratório das liberdades peras. assecuratório das libertuares parante anulado as diferenças feudais perante al tánico, a ponto de ter praticamente anulado as diferenças feudais perante al tánico, a ponto de ter praticamente al libertuare al casa de la tânico, a ponto de ter praticamente en Um inglês tinha, portanto, aquela épec à exceção da situação das mulheres. Um inglês tinha, portanto, aquela épec à exceção da situação tas vida se desenvolvia de acordo com relações inco a exceção da situação das intrince desenvolvia de acordo com relações jurídica a impressão de que sua vida se desenvolvia de acordo com relações jurídica a impressão de que sua vida se desenvolvia de acordo com relações jurídica a impressão de que sua vience cidadãos formalmente iguais. É fácil deduz horizontais estabelecidas entre cidadãos formalmente a estabilidade e a perm horizontais estabelecidas conceru amplamente a estabilidade e a permantera que essa circunstância favoreceu amplamente a catabilidade e a permantera que essa circunstância do Composito do que essa circunstancia antição Gloriosa de 1698 no espírito do common las conquistas da Revolução Gloriosa de 1698 no espírito do common las

conquistas da Revolução da Rule of Law foi a elabora Outro fator fundamental na sedimentação do Rule of Law foi a elabora Outro fator fundamento, em virtude da vitoriosa rate Outro fator fundamentar ana con virtude da vitoriosa retórica who ção do Bill of Rights pelo Parlamento, em virtude da vitoriosa retórica who ção do Bill of Iugris pero vig é atribuído à facção política inglesa que se con-Como se sabe, o termo whig é atribuído à facção política inglesa que se con-Como se sabe, o termo nung esta que se em trapôs aos tories (conservadores) na luta pela transferência dos poderes do re trapôs aos tories (conservadores) na luta pela transferência dos poderes do re trapôs aos fortes (conservador de la conservador ao Parlamento dinante e portação de modelos juspositivos continentais para a Inglaterra, como foma portação de modelos juspositivos continentais para a Inglaterra, como foma foma de las absoluto do monarca, os whies conferirem a las absolutos do monarca. portação de moderos informativos do monarca, os whigs conferiram elaboração de consolidar o poder absoluto do monarca, os whigs conferiram elaboração de consolidar o poder absoluto de técnica de solução de consolidar o poder absoluto de técnica de solução de consolidar o poder absoluto de técnica de solução de consolidar o poder absoluto de técnica de solução de consolidar o poder absoluto de consolidar o poder absoluto de técnica de solução de consolidar o poder absoluto de consolidar o pod de consolidar o porte a ciaboração de conflitos a ciaporação de conflitos de conflitos a ciaporação de conflitos a ciaporação de conflitos de confli da organização constitucional.

rganização contante dos whigs, como o comprovam estudos historios ficos, foi instituir um sistema de governo sob o império da lei, no qualos d reitos de todos os cidadãos (born free englishmen) tinham uma efetiva ture la, assim como a afirmação definitiva do direito como valor dominante da sociedade inglesa no século XVIII.8 Mais notável ainda, nesse processo fo a espontânca submissão da classe dirigente ao Rule of Law, razão pela qui o common lav não se firmou como instrumento deste ou daquele grupo, representando antes um importante instrumento de coesão social.

#### 2.4. A teorização jurídica do Rule of Law

Foi somente no fim do século XIX, porém, que a construção histórica do Rule of Law foi analisada juridicamente na obra de Albert Venn Dicey. The

Cf. THOMPSON, Edward P.; RAY, Douglas. Whigs and hunters: the origin of the black act, 1955

14 O Estado de Direito e suas matrizes dássicas 213

of the Constitution (1885) foi uma obra de seu tempo: tenta compatibiliof the Constitution en la constitución de seu tempo: tenta compatibili-tor o principio da soberania do Parlamento, fortalecida pela extensão do su-pro principio da tentre 1866 e 1884, com a supremacia da lei constitución do sula<sup>r o</sup> princípio da soluciona 1866 e 1884, com a supremacia da lei, optando por la<sup>t</sup>o princípio da soluciona entre 1866 e 1884, com a supremacia da lei, optando por la<sup>gio</sup> al Inglaterra entre 1866 e na apresentação do *Rule of* t ratoria Inglaterra que consiste na apresentação do Rule of Law como una supremacia da lei, optando por pagio pragmática que consiste na apresentação do Rule of Law como una supremacia da lei, optando por pagio pragmática que consiste na apresentação do Rule of Law como una supremacia da lei, optando por supremacia da <sup>105</sup> olução prasti do poder do governante, e não de todo o Estado p<sup>inte</sup>nitador do poder do governante, e não de todo o Estado p<sup>inte</sup>nitador dessa concepção, encontra-se a tese do filó-of cipio limitado o Estado na base dessa concepção, encontra-se a tese do filósofo e jurista inglês Na base (1700-1859), admirador confesso dos instruktoria

<sup>prin</sup> Na base dessa (1790-1859), admirador confesso dos juspublicistas alemães, se-Joba Austin (1790-1859), admirador confesso dos juspublicistas alemães, se-John Anstin (1) / Fistado deve haver um único órgão soberano cujo poder seja guido a qual no renhum limite prefixado. Do contrário não seria soberano, originário, sem nenhum limite prefixado. Do contrário não seria soberano, originário, foncão. Desse ângulo, portanto, a soberania do Parlamente e de contrario do parlamente e de contrario d <sup>originário,</sup> seria neces ângulo, portanto, a soberania do Parlamento é absoluta, p<sup>or</sup> definição. Desse ângulo, portanto, a soberania do Parlamento é absoluta, p<sup>or</sup> definição, de concepção estatal. A lei, ou seja, a ordem emanda a definição. Los estatal. A lei, ou seja, a ordem emanada do soberae dueito, de coma típica do direito e o fundamento último de toda nor-no (comando) é a forma típica do direito e o fundamento último de toda norna contanto, e direito produzido pelos juízes, recorrende ao conceito de "autoridade subordinada", pelo qual os juízes, recor-rende ao conceito no poder que lhes é concedido pelo Karat rendo ao concerto no poder que lhes é concedido pelo Estado. Austin intecon fundamente utilitarista e empirista da Inglaterra no século XIX, ao lado de gono cenanto XIX, ao lado de Jeremy Bentham, James e John Stuart Mill; suas noções de comando, obriletenty per a la basilares no pensamento jurídico anglo-saxônico. A intenção de Dicey, a seu turno, foi sublinhar que o Rule of Law e a so-

A une of Law e a so-berania do Parlamento constituem os dois eixos do constitucionalismo britâniberanta do tanama permanentes de influência mútua. Tal intento não pode, poco, en recompreendido sem ter em mente que, para Dicey, a singularidade do sitema inglês residia no fato de serem as cortes as fontes primárias do direito constitucional (se os direitos fundamentais dos ingleses estivessem codificados. a Constituição Inglesa em nada seria diferente de suas congêneres europeias).

Isso significa dizer que a " Constituição inglesa" é um sistema constitucional em sentido forte, tanto quanto o são as Constituições europeias, sem nenhuma outra implicação substantiva no que concerne à sua eficácia e efetridade. Tanto é assim que as cortes aplicam como direito aquilo que foi aprovado conforme as normas jurídicas prescritas, levando em conta a sua literalidade e não a intenção do legislador. Na verdade, a ideia de que o legislador desaparece e permanece apenas o texto legislativo é o pressuposto essencial do sistema constitucional delineado por Dicey. Essa é a precondição que permite às cortes o exercício de uma atividade normativa própria e autônoma, que não se apresenta como a continuidade da obra do legislador e sim como omeio de amalgamar a vontade da lei à tradição incorporada no common law.

Como se pode notar, o problema que Dicey procurou resolver com a sua teria do Rule of Law era o mesmo ao qual se propôs a juspublicística alemã

Apud MALISON, J. W. F. The english historical constitution, 2007, p. 137.

214 Teoría do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

do século XIX, que lhe foi contemporânea. O ponto nuclear era a conque la século XIX, que lhe foi contemporânea. O ponto nuclear era a conque la século XIX, que lhe foi contemporande com as liberdades individuais, acrescia de la seculo XIX esta a conque la seculo XIX esta a conque la século XIX esta a conque la seculo XIX esta a conque do século XIN, que lhe foi comemposado en postor nuclear era a considera do século XIN, que lhe foi comemposado en as liberdades individuais, acresida esta do come cao da soberania do Parlamento com as liberdades do Rule of Law, por via do come cao da soberania do gênese jurisprudencial do Rule of Law, por via do come come esta do co come es do século en ana do Parlamento en la do Rule of Law, por via do contesta es onola eso inglês, da gênese jurisprudencial do Rules of Law, por via do contesta eso inglês, da gênese jurisprudencia de Rousseau e Montesquience eso inglês. cao da sobem por via do suda so por via do suda so por via do suda so como por via do como por via do como por conseguinte, as teorias de Rousseau e Montesquieu aco law. Negou, por conseguinte, as teorias de uma Constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma Constituição (a decla de como por teories de como por conseguinte a existência de uma Constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma Constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma constituição (a decla de como por conseguinte a existência de uma constituição (a decla de como por caso ingreso conseguinte, ao teresta de uma Constituição (a declara dos elementos essenciais para a existência de uma Constituição (a declara dos elementos essenciais para a existência de verdade, sugeriu uma estadade dos elementos e a separação de Poderes). Em verdade, sugeriu uma estadade dos elementos e a separação de Poderes de conservação de verdade de conservação de setementos de conservação de setementos de conservação de setementos e a separação de Poderes). law. Strantos essenciais para a concest. Em verdade, sugeriu una especie de direitos e a separação de Poderes). Em verdade, sugeriu una especie de direitos e a separação de Direito alternativo âquele que emergiu da Recede dos elementos e a separação de roderes aturna transferia uma especie de direitos e a separação de Direito alternativo âquele que emergiu da Revolução modelo de Estado de Direito individuais emergem da tutela judicial estadores modelo de Estado de Direito individuais emergem da tutela judicial e original e original da divisão dos poderes.

político presende da divisão des presentes a concepção de Diegy sobre Independentemente das diversas críticas à concepção de Diegy sobre Independentemente das divida de que sua elaboração conferiu fundame na policie de las arcelas a claboração conferiu fundamento Independentemente das arcelas a claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração conferiu fundamento Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule of Law, não ha dúvida de que sua claboração Rule de que sua claboração Rule de que sua clabora Rule de que sua cla Rule of Law, não há duvida oc spo ridico ao traço político mais importante do sistema constitucional inglis, o ridico ao traço político mais importante do impedimento ao monopólio de so ridico ao traço político manificado pelo impedimento ao monopólio da pelo ideal do Rule of Law, identificado pelo impedimento ao monopólio da pelo ideal do Rule of Law, identificado pelo impedimento de las pelo repúdio ao formalismo legal como elemento de las pelo ideal do Rule of Law, identificado formalismo legal como elemento de legal da padação da lei e pelo reptidio ao formalismo legal como elemento de legalma, dução da lei e pelo reptidio ao formalismo, a concepção da atividade inalitima dução da lei e pero reputita-o, também, a concepção da atividade judicióna ção do direito. Caracteriza-o, também, a concepção da atividade judicióna ção do direito, das técnicas interpretativas e da endo ção do direito. Canac como das técnicas interpretativas e da cultura partir da aplicação do direito, das técnicas interpretativas e da cultura ang partir da aplicação do cultura jună, ca, em franca oposição à teoria do "Judiciário como poder nulo", preconu-ca, em franca oposição à teoria do "Judiciário como poder nulo", preconuda por Montesquieu e reelaborada por Kelsen.

#### **DISCUTINDO CONCEITOS - I** Dicey e a soberania do Parlamento inglês

Segundo Dicey, a soberania do Parlamento é absoluta e ilimitada, razão pela qua qualquer lei pode ser modificada; segue-se dal o fato de ser incompativel com qualque contrato social. Em suas palavras,

o principio da soberania parlamentar significa, nada mais, nada menos, que o Parlamento se a égide da Constituição inglesa, tem o direito de elaborar e revogar qualquer lei e, ande ga a nenhum individuo ou entidade se reconhece o direito de colocar-se à parte da legidade cnada pelo Parlamento.ª

Quando comparada ao sistema constitucional francês, por exemplo, tal teoria impla a inexistência de qualquer poder constituinte originário e, bem assim, a de qualquer ra de direitos fundamentais; em comparação com o constitucionalismo americano, inpica a

VENN DICEY, Albert. Op. cit., p. 3-4.

14 O Estado de Direito e suas matrizes clássicas 215

peristência de qualquer órgão que possa declarar a inconstitucionalidade das leis, inclusive per infingência a direitos fundamentais.

ningencia a ducerra da concentrato, contudo, é apenas jurídica. Não alcança a soberania poli-A soberania do parlamento, contudo, é apenas jurídica. Não alcança a soberania poli-A soberaria do corpo eleitoral, sendo este, aliás, o único controle a que se submete, da que é exclusiva do corpo eleitoral, sendo este, aliás, o único controle a que se submete, tida que é exclusivo pida que é exclusivo a teoria de Dicey aproxima-se da teoria alemà do Rechtsstudi, na qual o sob esse aspecto, a teoria de Dicey aproxima-se da teoria alemà do Rechtsstudi, na qual o sob ese aspecto. In a qual o sobrente apenas a controle político (muito embora Dicey admita paramento, igualmente, se submete apenas a controle político (muito embora Dicey admita paramentar a muito embora Dicey admita palamento, guardo de resistência como limite externo à soberania parlamentar, o que não ocorre no o direito de resistência como limite externo à soberania parlamentar, o que não ocorre no caso alemão). Diz ele

Quanto ao limite atual imposto ao poder soberano do Parlamento, pode-se alirmar que o exer-

Quanto au una este autoridade soberana, especialmente a do Parlamento, se submete a duas li-cico de qualquer autoridade soberana, especialmente a do Parlamento, se submete a duas lidoo de quanta delas é externa, a outra é interna. O limite externo ao poder soberano consiste miacões Uma delas é externa, a outra é interna. O limite externo ao poder soberano consiste mitatores outres obtento consiste na possibilidade ou certeza de que os seus suditos, ou pelo menos a maiona deles, irão violar na posiciona suas leis [...] e o que vale para o poder de um déspota, ou para a autondade de uma assemsuas reis i - unite, vale também para a soberania do Parlamento, limitado, assim, pela possibil-bleia constituinte, vale também para a soberania do Parlamento, limitado, assim, pela possibildade de resistência popular [...] O limite interno ao exercício da soberania emerge da nature dade de ce e antiger e acordo com la contra za incanter, que, por sua vez, é determinado pelas circunstâncias sob as quais ele vive, incluindo os sentimentos morais da época e da sociedade à qual ele perience

O Rule of Law, por sua vez, é um dado histórico que consiste na elaboração dos direitos por tutela judiciária. O que, alem de garantir a constitucionalização dos princípios do liberapor unea reserva a universalização do princípio da estrita legalidade. Constitui, em verdade, o melhor modelo de tutela da liberdade individual contra a garantia da ação arbitrária do governante, como comprovado historicamente, com a vantagem de ser elaborado a partir de instrumentos processuais de tutela, o que reforça sua efetividade.

Cortes e Parlamento, nessa configuração, dispõem de poderes diferentes para desempenhar funções diferentes, porém complementares. o Parlamento, órgão legislativo, sistematra e positiva a jurisprudência das cortes; mesmo quando inova na ordem jurídica, atua como reelaborador do common law e não como elaborador de leis, no sentido clássico que lhe atribuiu Montesquieu. Nesse último caso, o Parlamento exerce a função de High Court; prova disso foi a própria edição do Hobeos Corpus Act. Citando novamente Dicey: "Resumindo, os principios do direito privado - pela ação dos tribunais e do Parlamento - têm sido ampliados de modo a determinar a posição da coroa e seus servidores. Desse modo, a constituição é resultado do direito costumeiro da nação"."

10 Dicey, op cit., p. 30-2. 11 Op. cit., p. 121.

Teoria do Estado · Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direjo

14 O Estado de Direito e suas matrizes clássicas 217

## Ora, se o Parlamento é detentor da soberania, não estaria limitado pelo como

Ora, se o Parlamento e occurrente um poder ilumitado, qual a Carativas Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Javi? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilumitado, qual a Carativa de Invi? Por outro lado, se o reamon low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low? Em caso positivo, não seria o common low simplesmente o permanência do common low simplesmente o permanênci do co permantencia do common dere e que reduzina seu alcance material como constituto higos o principio da legalidade - o que reduzina seu alcance material como constituto higos o principio da legalidade - o que a administração da justiça foi, originariamente reo principio da legalidade o que a administração da justiça foi, originariamente, uma pres-considerando se, ademais, que a administração da justiça foi, originariamente, uma pres-considerando se, ademais, que a administração da justiça foi, originariamente, uma pres-Considerando se, ademans, que mante de duplice papel do Parlamento inglés, como vero gativa real, o reconhecimento reónico do dúplice papel do Parlamento inglés, como vero gativa real, o reconhecimento parece apenas atualizar a fórmula King in the Parliament o gativa real, o reconhectorierto apenas atualizar a fórmula King in the Parliament, o que tan legidativo e judiciano, parece apenas atualizar a fórmula King in the Parliament o que tan legislativo e sudiciário, parece espectivitade entre soberania do Parlamento e supremaca do ben sería contraditório. A compatibilidade entre soberania do Parlamento e supremaca do conserviencia, a própria compatibilidade das relações entre o n. bém seria contraditorio. A companyo entre o managemente e supremacia do bém seria contraditorio. A companyo entre o parlamente Rule of Low e, por consequência, a própria compatibilidade das relações entre o Parlamente entre o das dos problemas mais debatidos pelo constitucionado entre o das dos problemas mais debatidos pelo constitucionado entre o das dos problemas mais debatidos pelo constitucionado entre o das dos problemas mais debatidos pelo constitucionado entre o das dos problemas mais debatidos pelo constitucionado entre o das dos problemas mais debatidos pelo constitucionado entre o das dos problemas mais debatidos pelos constitucionado entre o das dos problemas mais debatidos pelos debatidos pelos debatidos pelos debatidos pelos debatidos entre o das debatidos debatidos pelos debatidos pelos debatidos pelos debatidos pelos debatidos pelos debatidos debatidos pelos debatidos debatidos pelos debatidos pelos debatidos debatidades debat Rule of Law e por consequences as problemas mais debatidos pelo constitucionalismo nele e as contes, constituem dois dus problemas mais debatidos pelo constitucionalismo nele desde então.º

### 2.5. Principais instituições

216

Entre as particularidades institucionais e normativas que singulatizame Entre as particularidade Rule of Law, distinguimos neste item o Parlamento e a igualdade jurídicado Rule of Law, distinguimos neste item o parlamento e a igualdade jurídicado Rule of Law, distinguindos "direitos dos ingleses". Tais instituições permiter sujeitos, ou os chamados "direitos dos ingleses". Tais instituições permiter sujeitos, ou os entimateo do Rule of Law na afirmação e consolidação da ide constatar a commodelo prescritivo de organização social, que se de Estado de Direito como modelo prescritivos Proporcionam também de Estado de Direito cubictivos Proporcionam também de la constatar a constatar de Estado de Uneito subjetivos. Proporcionam, também, bons even volta a garantia entre o Rule of Law e as demais tradições jurídicas de controle do poder estatal.

### 2.5.1. O Parlamento e o parlamentarismo

O Parlamento e o parlamentarismo britânicos constituem marcos à grande significação no estudo dos sistemas políticos modernos.

O Parlamento inglês foi a única assembleia que sobreviveu à estrutur feudal que lhe deu origem. Do ponto de vista histórico, tal fato se deve à circunstância de ter sido mais do que um corpo consultivo e judicial ou umazo

sempleia de contribuintes: do ponto de vista político, à circunstância de o embleia de contribuindo vitorioso no confronto com o poder real, definin-palamento sempre ter sido vitorioso no confronto com o poder real, definin-palamento seu contraponto e interlocutor do soberano. Mas básico d palamento sempre contraponto e interlocutor do soberano. Mas há, todavia, uma palamento seu contraponto e interlocutor do soberano. Mas há, todavia, uma dose como seu contraponto do Parlamento não se limitou à transmite para seu contrajo do Parlamento não se limitou à transmissão da von-dose como principal, a função do Parlamento não se limitou à transmissão da von-para principal, a função, mas deu-lhe forma; ao fazer isso, maniference da vondos principal a turça mas deu-lhe forma; ao fazer isso, manifestou vonta-tade dos representados, e não que simplesmente remetitale dos representación novo, e não que simplesmente remetiam ao direito des que eriavam direito novo, e não que simplesmente remetiam ao direito des que eriavam direito.

o nais surpreendente, porém, é que o Parlamento, de órgão externo ao O nais surpreendente porém, é que o Parlamento, de órgão externo ao preexistente. O mais surpresa de a ele se contrapor – se transformou, gradualmen-fatado – com a função de a ele se contrapor – se transformou, gradualmen-Estado - com a transformou, gradualmen-Estado - com a transformou, gradualmen-te c<sup>en</sup> órgão interno, a ponto de identificar-se como um de seus poderes; além te c<sup>en</sup> órgão interno, a funcionamento dão ensejo à elaboração e re en órgão merror e funcionamento dão ensejo à elaboração prática e teó-sua organização e funcionamento dão ensejo à elaboração prática e teódise, sua organização prática e teó-dise, sua forma clássica de governo, denominada parlamentarismo inglês. rica de uma forma clássica do parlamentarismo britânico – além dos teores dos teores de de una torna do parlamentarismo britânico – além dos traços peculia-Aconsolidação do parlamentarismo britânico – além dos traços peculia-

A consonuação en a fórmula King in the Parliament, a separação de Po-res que lhe imprimem a fórmula contra e o hulistation de Pore que lhe implantativa entre o Parlamento e o Judiciário – é efeito da deres e a sinergia normativa política da divisão de funções entre entre da divisão de funções entre entre da divisão de funções entre da divisão da divisão de funções entre da divisão da divisão de funções entre da divisão de funções entre da divisão de funções entre da divisão da da divisão da di da divisão da di da divisão da divisão da divisão da divisão deres e a sincipio deres e a sincipio entraordinária repercussão política da divisão de funções entre o chefe de Es-entraordinária repercussão política da divisão de funções entre o chefe de Esestraordinaria (c) e o chefe de governo (o primeiro-ministro) e do papel da tado lo monte comuns na aprovação da condução política desse último.

O parlamentarismo europeu, diversamente, é, de modo geral, produto de o parta políticos difusos e descontínuos, verificados entre os séculos XII NVINCIUS Provincentos resultam da própria estrutura policêntrica e descene My da Estado medieval, cujo funcionamento exigia um elemento unifitalizada do ficado, inicialmente, no grupo de feudatários e eclesiásticos que acompanhavam o rei (Consilium Regis). Esse núcleo evoluiu para os Parlaacompanios medievais, mediante sucessivos alargamentos estamentais e paulatina aquisição de autonomia perante o poder régio, observadas pelos menos duas condições: a) existência de autoridade representativa que lhe permita falar em nome de interesses gerais do reino e dos súditos, b) que tal autoridade seja reconhecida pelo soberano, de tal sorte que também detenha parte do poder.

O nascimento e o desenvolvimento dos Parlamentos europeus dependeran de um delicado equilíbrio de forças entre o poder central (representado pelo monarca) e os poderes periféricos (representados pela nobreza, pelo eleto e pelos habitantes dos incipientes múcleos urbanos dotados de autonomia). Onde o poder central preponderou, dificilmente as instituições parlamentares prosperaram, a exemplo da França pós-dinastia capetíngia; onde as periféricas preponderaram, tampouco havia condições para a consolidação do Parlamento, dada a ausência do elemento de unificação política, como ocorteu na Alemanha e na Itália. Tais problemas levam ao declínio das institui-

<sup>12</sup> A proposito das diferentes correntes interpretativas, favoráveis e contrárias à teoria de Dires, agos mos a leitura do instigante capítulo de Emilio Santoro "Rule of Law e a 'liberdade dos ingless'-4 interpretação de Albert Venn Dicey", in Pietro Costa e Danilo Zolo, Estado de Duente habita teoria e crítica, 2006, p. 201-63. Sugerimos, também, para aqueles que quiserem se aprofinda no tema, Gianlingi Palombella e Neil Walker (orgs.), Relocating the Rule of Law, Oxford Har Publishing, 2009.

Teona do Estado · Parie II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direiro

ções parlamentares nos séculos XVI e XVII, potencializado pela emergênça coes parlamentares nos séculos XVI e XVII, potencializado pela emergênça dos Estados nacionais, centralizados e fortes.

218

s parlamentos nacionais, centralizados resultou da ideia de submeter o Estados nacionais, centralizados resultou da ideia de submeter o Mas se a criação dos Parlamentos resultou da ideia de submeter o Mas se a criação dos Parlamentos resultou da ideia de submeter o soutroles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoludos Estador Mas se a eriação dos Paramentar que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamental evoluive no a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estamentar iso a certos controles, foi na los a certos controles, foi na los a iso a certos controles, foi na certos controles, foi na certos controles, foi na no a certos controles, foi na inglatera o parlamentarismo inglês un moderno, aliás, pós-Revolus de parlamentarismo moderno, aliás, pós-Revolus de la tina inglês un modelo no a centrole democrático, tornandos e o proderno, aliás, pós-Revolução nudelo o controle democrático. O parlamentarismo moderno, aliás, pós-Revolução Parlamentarismo inglês ", regime no qual, no iso de impacto mundial. O parlamentarismo de tipo inglês", regime no qual, no iso de impacto de una de moderno de inglês ", regime no qual, no iso de impacto de una de moderno de de impacto mundial. O partamente de tipo inglês", regime no qual, no iogua de impacto mundial. O partamente de tipo inglês", regime no qual, no iogual, no eesa, identifica-se com o regune eesa, identifica-se com o regune forças políticas, não há preponderância de uma das partes, mas, sim, equi forças políticas, não há preponderância de uma das partes, mas, sim, equi forças políticas, não há prepondente da pantos, do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo, o que constitucionalismo, que constitucionalismo, o que constitucionalismo, que constitucionalism brio, o que consiste em um dos no da fórmula King in the Parliament o ne brio, o que consiste em um dos no da fórmula King in the Parliament on the mento de inflexão é a consagração da fórmula King in the Parliament (segue mento de inflexão é a consagração da fórmula King in the Parliament (segue mento de inflexão é a consagnos. nento de inflexão é a consagnos. do a qual, como vimos, a lei válida é apenas aquela promulgada pelo te no do a qual, como vimos, a lei válida é apenas aquela promulgada pelo te no do a qual, como vimos, a lei vaño das suas duas Câmaras), pois nesse sistena parlamento, mediante aprovação das suas duas Câmaras), pois nesse sistena Parlamento, inclaime de nobres, de comuns e também do rei,

rilamento é compositi de la inglês data do fim do século XIII, mais pe A instituição do Parlamento inglês data do fim do século XIII, mais pe A instituição do ratinais pre-cisamente de 1295, em virtude da institucionalização da assembleia política cisamente de 1295, em rerunia com a presença de nobres e eclesiásticos cisamente de 1297, en una com a presença de nobres e celesiásticos, de care que, desde 1265, se reunia com a presença (gentry), além de representaque, desde 1202, se returne camponesa (gentry), além de representantes da cal-leiros e da baixa nobreza camponesa (gentry), além de representantes da c leiros e da baixa norte da da contra leiros e da baixa norte da contra leiros e da baixa norte da contra d dades e burgueses. A vorgeneration de la companya d seus memoros serem en al deia era que representassem o distrito e não de em virtude da classe social. A ideia era que representassem o distrito e não de em virtude da crasse en la compatibilizava com a compatibilizava com as compatibilizava com as com a terminado estantente que la para muitos doutrinadores, essa é uma das esu truturas do Estado medieval. Para muitos doutrinadores, essa é uma das esu sas da escalada do poder do soberano inglês e da consequente absolutização sas da escando do per a la compactación do interesse público. Em 1327, definem-se as duas Câmaras parlamentares a dos nobres (lords) e a dos comuns (commoners), composta de cavaleiros, bugueses e representantes das cidades. À Câmara dos Comuns coube a inicialva legislativa, como forma de garantir a representantes de estratos sociais mái amplos um meio legal e regular para influenciar o procedimento do governo Pretendia-se que a medida, nitidamente compensatória em face das diferencas de classe entre os membros das duas Câmaras, fosse igualmente dissuado ria de revoluções e insurreições.

O Parlamento perdeu prestígio e poder durante a consolidação do abolutismo, recuperando-os após a Revolução Gloriosa, quando Guilhennee Maria de Orange se submeteram ao Bill of Rights, documento legal que contrapôs a atuação do Parlamento à do Poder Executivo. Entre outras medidas, estabeleceu ser vedado ao rei anular ou suspender a execução de leis sem av torização do Parlamento, assim como impor tributos em favor da coroa eu

O Estado de Direito e suas matrizes clássicas 219

provinte exército permanente, sendo proibida a obstrução de eleições livres provinter exército ou da liberdade de expressão parlamentar.

n<sup>aller</sup> exército per la liberdade de expressão parlamentar, p<sup>ara o</sup> Parlamento, considerando-se que o eleitorado ativo s parlamento de la considerando-se que o eleitorado ativo à época era pequeno e Contudo, considerando-se que o eleitorado ativo à época era pequeno e <sup>por </sup>Contudo, constructesse de quem atuavam os parlamentares? multo desigual, no interesse de quem atuavam os parlamentares?

ito desiguat, ito anni Sartori, os parlamentares atuavam em nome de in-segundo Giovanni Sartori, os parlamentares atuavam em nome de in-

Segundo Giovanni é o que se pode verificar em diversos debates que pre-tereses particulares. É o que se pode verificar em diversos debates que pre-tereses adoção de documentos significativos, entre todos o préteresces particulates documentos significativos, entre todos o próprio Bill of edem a adoção de documentos significativos, entre todos o próprio Bill of erden a adoção de que esses interesses não se distinguiam do interesse ge-Rights, has o fato é que um princípio ou uma norma legal Rights. Mas o tato e que um princípio ou uma norma legal que se afir-pl. pela simples razão de que um princípio ou uma norma legal que se afirral, pela simplea di indistintamente para todos.<sup>13</sup> Foi o Reform Act de 1832 nava como tal valia indistintamente para todos.<sup>13</sup> Foi o Reform Act de 1832 mara como un distorções do sistema, ampliar o direito de voto e instituir o que, ao corrigir distorções do sistema ampliar o direito de voto e instituir o que, ao corrigir distorções do sistema ampliar o direito de voto e instituir o que, ao corrigi anento eleitoral, conferiu maior representatividade à Câmara dos Coalistamento encludo caráter censitário do voto a excluir operários de baixa renda e mulheres em geral.

## 2.5.2. Os direitos dos ingleses

Em matéria de direitos humanos, os chamados "direitos dos ingleses" são, em macros dos ingleses" são, obretudo, garantias judiciais. Seu substrato ideológico é a exaltação do direi-to costumento da não são declarações de direitos, à moda francesa.

Ocorre que, a despeito da profunda desigualdade social, todos os cidadãos submetiam-se, sem exceção, às regras da ordinary law, especialmente em masume anções penais e direitos patrimoniais. Daí se segue a afirmação do tena de sarry de la contraction de la contractio rio). Os princípios do due process of law (devido processo legal) e da equal protection of the laws (igual proteção das leis) são exemplos desse sistema, formalmente traduzido na Magna Carta (1215), no Habeas Corpus Act (1679), na Petition of Rights e no Bill of Rights (1689), entre outros documentos legais.

Desde os primórdios, o common law se caracterizou como um sistema de ações judiciais (writs) que mediavam, por via da atuação das cortes, as relações entre os cidadãos, isto é, entre indivíduos formalmente iguais. Como a doutrina jurídica consolidada no século XVII, pela obra de Blackstone e Coke, incluiu o soberano nessas relações, os writs também passaram a se aplicar às situações de lesão de direitos individuais pela coroa, consagrando a equal protection of the laws. O common law, dessa perspectiva, foi um impor-

<sup>13</sup> Cf. SARTORI, Giovanni. Elementos de teoria política, 2002, p. 216.

14 O Estado de Direito e suas matrizes dássicas 221

sevina do Estado 🔹 Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

220

tante elemento de integração social, o que também se revela em face de tante elemento de integração social, o common law foi mais um direita esta tante elemental. Na verdade, o common law foi mais um direita esta tante elemento de criações integração social. tante elemento de integração verdade, o common law foi mais um direito esta fonte amspindencial. Na verdade, o common law foi mais um direito esta fonte amspindencial o direito que o resultado de criações intelectuais tante cumprodencial. Na ventuare e sultado de criações intelectuais, como fonte nursprodencial do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como pelos operadores do direito que o resultado de criações de criações intelectuais, como pelos de como pelos de criações de como pelos d venficou na Europa Continental.

s operar Europa Commo d'aw significa, literalmente, o "devido processo de aplicação regular da lei pelas cortes e pel. Aespressão due processo de aplicação regular da lei pelas cortes e pela das fegal". Designa o processo de aplicação regular da lei pelas cortes e pela das legal". Designa o processo de aplicação regular da lei pelas cortes e pela das legal". Designa o processo de aprincipios estabelecidos pela integrada legal". Designa o processo de aprincipios estabelecidos pela integrada nistração, de acordo com regras e principios individuais. Implica o direiro tegar nistração, de acordo com rescu nistração, de acordo com rescu cia, para garantia e proteção dos direitos individuais. Implica o direito do cia, para garantia e proteção dos direitos (contraditório e amplia do id moto (fair trial) e seus consectários (contraditório e amplia do id cia, para garantia e procesor seus consectários (contraditório e ampla defea gamento justo (fair trial) e seus consectários (contraditório e ampla defea gamento justo (forbus Act de 1697, por exemplo, consolida uma e onto justo (an trial) e seus con-nento justo (an trial) e seus con-o Habeas Corpus Act de 1697, por exemplo, consolida uma série de se o Habeas Corpus Act de la si garantia do indivíduo contra prisões at-

O Habeas Corpus varia garantia do indivíduo contra prisões arbitrata gras processinais voltadas à garantia de que a autoridade apresente engras processuais voltadas a galeria de que a autoridade apresente en juízo a Sua pedra angular é a exigência de que a autoridade apresente en juízo a Sua pedra angular e a constructivos ou supostos, assim que detidos. Com isso se acusados de crimes, efetivos ou supostos, assim que detidos. Com isso se a acusados de crimes, efetivos de lo comoção não só em caso d acusados de crimes, cremente, a liberdade de locomoção não só em caso de priso se a segurou, formalmente, a liberdade de locomoção não só em caso de priso segurou, formalmente, a hiperdade de potencial ou efetiva ameaça. segutor, non an situações de potencial ou efetiva ameaça,

também em situações de vez, além de consagrar a separação de Podes O Bill of Rights, por sua vez, além de consagrar a separação de Podes O Bill of Rights, por successful de Polares como garantia da liberdade, fortaleceu a instituição do júri, instituiu o dira, como garantia da liberdade, fortaleceu a aplicações de multas e peno como garantia da intercuarte, e nulas as aplicações de multas e penas sem en to de petição, tornou ilegais e nulas, cauções e multas excessivas. Ta da sem ent to de petição, torriou os paras cruéis, cauções e multas excessivas. Também de pa formada, proibiu penas cruéis, cauções e multas excessivas. Também de pa formada, promote persão da vigência ou a execução de leis pelo sobetano clarou ilegais a suspensão da vigência ou a execução de leis pelo sobetano sem consentimento do Parlamento.

#### 2.6. Atuais desafios

Os desafios atuais do sistema britânico consistem na adaptação do mo delo tradicional da Constituição não escrita à proteção jurisdicional dos é reitos fundamentais na União Europeia, prevista nos tratados da Comunida de Europeia (TCE) e da União Europeia (TUE), que, dada sua complexidade encerta problemas concretos de efetividade e de harmonização de competências, procedimentos e interpretação. Problemas semelhantes se apresentam em relação à Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1948, revisida em 1996 para a inclusão dos direitos sociais, em relação à qual foi editado British Human Rights Act de 1998.

No sistema vigente na União Europeia, o cidadão pode reclamar protção em face da violação de direitos assegurados pelo direito comunitário, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) e protocolos adicionais, ou por outros textos convencionais espe cíficos, por atos ou omissões imputáveis a autoridades comunitárias. Paratas

dispôc de uma estrutura judiciária complexa, denominada triângulo dispôc europeu sobre os direitos do homem, que congrega as est dispôc de uma carrendo di fuitos do homem, que congrega as cortes nacio-to dispôc de uma carrendo do direitos do homem, que congrega as cortes nacio-polocitrio europeu sobre os direitos do homem, que congrega as cortes nacio-polocitrio europeu sobre os direitos do homem, que congrega as cortes nacio-polocitrio europeu sobre os direitos do homem, que congrega as cortes nacio-<sup>10</sup> der <sup>10</sup> d paleas de cada Estado-menorativo, parto nacional, primeiro responsável pela par de cada Estado-menorativo, os tribunais comunitários (ou juízo comu-par de do diteito comunitário), os tribunais comunitários (ou juízo comu-plicas do diteito comunitário), os tribunal de Primeiro I plicas do diteiro contactante, os tribunais comunitários (ou juízo comu-plicas compreendendo a Corte de Justiça e o Tribunal de Primeira Instân-plicas compreendendo a Direitos do Homem (o juízo europeia dos Direitos do Homem (o juízo europeia) adicas compreenticitud a contra te justiça e o Tribunal de Primeira Instân-adano. Conte Europeia dos Direitos do Homem (o juízo europeu, previsto en e anti-

O funcionamento desse sistema é orientado pelo princípio do "juiz na-O funcionamento desse sistema forma dos recursos interes

O funcionamento acte o esgotamento dos recursos internos antes da de-pral e pela regra que exige o esgotamento dos recursos internos antes da de-pral e pela regra que exige o transforma dividas en estas da deural e pela regra que cago entre outros. Não restam dúvidas, no quadro da panda à Corte Europeia, entre outros. Não restam dúvidas, no quadro da panda à Corte Europeia da Corte Europeia é subsidiário. nanda a Corte Education da Corte Europeia é subsidiária, tanto do aspec-nanda a Competência da Corte Europeia é subsidiária, tanto do aspec-cupil, de que a competência da Corte Europeia é subsidiária, tanto do aspecde que a competencial da suppera e subsidiária, tanto do aspec-depil, de que a competencial, dado o papel central das jurisdições na-to inderial como do procedimental, dado o papel central das jurisdições na-to respeito e salvaguarda dos direitos fundamentais to material como su privaguarda dos direitos fundamentais. donais no respeito e salvaguarda dos direitos fundamentais.

ais no respento a do âmbito de competência entre jurisdição nacional e A diferenciação do âmbito competindo àquela última e fal

A diferenciava a competindo àquela última o julgamento final commitária e mais nebulosa. Competindo àquela última o julgamento final commitária e mais comunitários e a aplicação uniforme de d comunitária e materio comunitários e a aplicação uniforme do direito comuni-la validade dos atos comunitários e a aplicação uniforme do direito comunidivalidade dos autoriais – como a existência e a interpretação de direito comuni-tário, questões essenciais – como a existência e a interpretação de direitos fun-tário, questões essenciais – como a existência e a interpretação de direitos funtário, questoes cautinitários e violações desses direitos por parte de atos comuni-tamentais comunitários e violações desses direitos por parte de atos comunidamentais comunicamente a elas reservadas, em detrimento do juízo nacional.<sup>14</sup> tinos - estão praticamente a elas reservadas, em detrimento do juízo nacional.<sup>14</sup> A Grā-Bretanha promoven, em 1998, reformas constitucionais substan-

A Gra-bica a proteção dos direitos humanos com a edição do British Hu-juas em relação à proteção dos pertinente canção con a edição do British Hutivas en relação do British Hu-nun Rights Act (BHRA) e sua pertinente sanção pela coroa.<sup>15</sup> Até então, a lei man lognis de conhecia formalmente nenhum conceito legal de direitos hu-bitânica não reconhecia formalmente nenhum conceito legal de direitos huuntanos, a despeito das obrigações internacionais assumidas.

O BHRA, verdadeiro Bill of Rights, incorporou todos os artigos da CEDH e seus protocolos adicionais, cujo atendimento pelas autoridades estatais é su-

seus piotodo pela Equality and Human Rights Comission, criada em 2007. Sob esse aspecto, é necessário observar que a CEDH confere aos direitos fundamentais nela previstos a qualidade de standard minimum (art. 53), não constituindo uma regulamentação completa e exaustiva de direitos fundamentais. Deixa espaço, portanto, para as regulamentações nacionais ou internacionais mais protetoras, quando for o caso.

O ponto principal da adaptação promovida pelo BHRA reside na alteracão do modus vivendi da democracia liberal inglesa, na medida em que a positvação de direitos desloca o voto popular do eixo central do self-government

15 Cf texto integral em, www.opsi.gov.uk.

<sup>14</sup> CE RANDERE, Nina. "A Constituição europeia e a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia" Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 7, 2004, p. 325-30.

O Estado de Direito e suas matrizes dássicas 223 14

teoría da Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o evercion in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que s in a community of equals. Equivale to requer uma moldura de direitos ocereitos universal de direitos civis e políticos requer uma moldura de direitos socias universal de direitos socias da atuação do Parlamento ou do Judicián, cocias acordo apenas da atuação previsões, todas acordo Judicián, in a constructiva de direitos civis e participarte de direitos so universal de direitos civis e participarte de direitos so e econômicos, e não apenas da atuação do Parlamento ou do Indiciano, e econômicos, de acordo com as suas previsões, todas as autoria, deso, de acordo com as suas previsões, todas as autoria, de acordo com as suas previsões, todas as autoria, de acordo com as suas previsões, todas as autoria, de acordo com as suas previsões, todas as autoria, de acordo com as suas previsões, todas as autoria, de acordo com as suas previsões, todas as autorias de acordo com as suas previsões de acordo com acordo com as anômicos, e não apenas da antigas previsões, todas as autoridades anômicos, de acordo com as suas previsões, todas as autoridades Alem disso, de acordo com e tribunais, estão adstritas ao Burga estab

e economia disso, de acordo com al tribunais, estão adstritas ao Bilika e a cuba de sultoridades públicas, inclunido os juízes em cortes e tribunais, estão adstritas ao Bilika e à cuba cas, inclunido de juízes expedir mandados que violen a cuba da cuba d cas, inclumdo os juízes em concer e sepedir mandados que violen de a crais, inclumdo os juízes expedir mandados que violen de cas, inclumdo diverso. Como e a crais, de maneira que fica vedado aos juízes expedir manda con sentido diverso. Como e a crais eas, neces que fica vedado aos prudência em sentido diverso. Como se parte de maneira que fica vedado aos prudência em sentido diverso. Como se parte previstos ou construir jurisprudência em grande repercussão sobre o e Pade neles previstos ou construir por parte de marte repercussão sobre o como se Pode notar, tanto a CEDH quanto o BHRA têm grande repercussão sobre o como se Pode notar, tanto a CEDH quanto o BHRA têm grande repercussão sobre o como se Pode notar, tanto a CEDII quanto en litígios que não envolvam o Estado, a para law, inclusive no que diz respeito a litígios que não envolvam o Estado, a para law, inclusive no que diz ceDII poder ser invocada como precedente a para *law*, inclusive no que diz respunso poder ser invocada como precedente, entre to de a jurisprudência da cepin poder ser invocada como precedente, entre to de a jurisprudência da decisão dos juízes. ra não seja vinculativa da decisão dos juízes.

ao seja vinculativa da oce*versus* Hello Ltd. & Ors, essa situação fica ben No caso Douglas & Ors versus Hello Ltd. & Ors, essa situação fica ben demonstrada. Nete, se envista Hello!, a propósito de publicação não autoria, therine Zeta-Jones e a revista Hello!, a alegação de violação de prima de autoria. da de fotos de seu casana e edição do BHRA, o direito à privacidade está funda corte decidiu que, desde a edição do BHRA, o direito à privacidade está funda corte decidiu que, desta a confiança. O inusitado, nessa questão, foi a us. do na doutrina da quebra de confiança. O inusitado, nessa questão, foi a us. do na doutrina da queenta en a lo autor do autor lização do BHRA para que asta esta beleceu novo padrão para julgamente de dele sa de direitos humanos, posto que esta beleceu novo padrão para julgamente de questões relacionadas à privacidade.16

Alteran-se, portanto, o princípio da soberania do Parlamento e o do h Alteranise, posse o do la de de la d diciario, e care e verificar a universalização da matriz do atual Estado const de vista, pode-se verificar a universalização da matriz do atual Estado const tucional de direito, como padrão de convivência ocidental.

Malgrado as alterações substantivas do constitucionalismo britânico pro vocadas pelo BHRA, em termos formais e materiais, a aplicação do direito in ternacional pelos juízes, no exercício do Rule of Law, não é nova nem inona dora. Tanto o direito britânico quanto o americano já adotavam noma internacionais, mercê do chamado princípio da incorporação, cuja elabora ção original é atribuída a Blackstone (1765). De acordo com esse principio, o direito internacional consuetudinário incorpora-se à law of the land e, como tal, torna-se diretamente aplicável pelo juiz; a jurisprudência dos dois países é farta em exemplos de incorporação.17

# 5. 0 RULE OF LAW AMERICANO

3.1. Características Arecepção do Rule of Law inglês em solo americano não se fez por mero

Arecepção do ranon law inglês era, em princípio, aplicável às colônias, transplante. O common law inglês era, em princípio, aplicável às colônias, transplante. O communicações. Na verdade, o common law britânico apenas mas comportava relativizações. Na verdade, o common law britânico apenas mas comportava e eficácia na América à medida que as suas regrae nas comportava recta na América à medida que as suas regras se adaptaram rese vigência e eficácia na América à medida que as suas regras se adaptaram rese vigência de vida locais.

scondições de vida locais. ondições de vienas regras inglesas pouco tinham a ver com as necessida-O fato era que as regras inglesas do território a liberta da necessida-

O fato era que la disso, a extensão do território, a liberdade de culto, a des colonos. Além disso, a extensão do território, a liberdade de culto, a des dos colonos de institutos jurídicos feudais à nova organizado des dos colonos. La institutos jurídicos feudais à nova organização social, so-nadaptabilidade de institutos jurídicos feudais à nova organização social, somadaptabilidade e a Inglaterra não ter aplicado, de forma uniforme e centrali-madas ao fato de a Inglaterra não ter aplicado, de forma uniforme e centralimadas ao tato de la dominação às colônias americanas, provocaram notá-zadora, seu sistema de dominação às colônias americanas, provocaram notázidora, seu americanas, reis diferenças institucionais em relação à matriz inglesa.

diferenças inclugar, o modelo americano, além de estar fundado em Em primer de estar fundado em Constituição escrita e rígida, conforma-se à organização federativa do país. Constituição rederativa do país. Compreende, portanto, os diversos sistemas legislativos e judiciários estaduais, Compretencias próprias, e a legislação federal, de alcance nacional, elacom compete accondicational, ela-borada pelo Congresso, cuja apreciação judicial compete às cortes federais. borada pero a law of the land é apenas a federal, naquelas matérias definidas pelos cases law julgados perante as cortes federais ou constante dos federal pelos case de la segundo lugar, porque os EUA adotaram o presidencialismo e a separação de Poderes, com mútuas competências de controle, de tal forma que os atos do Congresso se sujeitam ao judicial review of legislation, de competência da Suprema Corte.

O Rule of Law americano é tributário da forte convicção individualista de John Locke, na qual o Estado é, por natureza, inconfiável. Assim sendo, o culto à lei representa um instrumento poderoso contra os potenciais perigos que advém da atuação do Estado, além de meio de proteção do indivíduo - e de sua propriedade - contra as diversas correntes políticas que transitam no Estado e se expressam no Legislativo. É por essa razão que, mesmo sendo a lei a expressão da soberania popular, o poder do Congresso em relação aos direitos fundamentais é bastante atenuado, de forma a prevenir eventuais ameaças das maiorias em relação às liberdades fundamentais. Logo, a despeito da certeza de o direito ser um valor necessário, ele é insuficiente à garantia das liberdades.

Desde o início da colonização americana, a igualdade jurídica dos indivíduos constituiu uma das mais importantes características da nova sociedade que

<sup>16</sup> Douglas & Ors versus Hello Ltd. & Ors [2005] EWCA Civ 595 (18 May 2005). Cf., a proposite EWING, Keith D. The case for social rights, in: CAMPBELL, Tom; GOLDSWORTHY, Jeffrey, store Adrienne (orgs.). Protecting human rights, 2005, p. 331.

<sup>17</sup> Cf. a propósito MANNONI, Stefano. "Estado de Direito e direito internacional", in: costa fiem zono, Danilo. Estado de Direito, história, teoria e crítica, p. 585-610.

Teoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

O Estado de Direito e suas matrizes clássicas

se formava, juntamente com a defesa das liberdades individuais e o consent mento popular, características essas que serão consagradas na Declaração Independência de 1776. A ideologia por detrás das instituições políticas é un dicas conformadas posteriormente na Constituição de 1787 não é outra serão a de que os governos são instituídos pelos homens para a salvaguarda dos dos tos naturais, sendo direito dos homens alterá-los ou aboli-los todas as vezes que se tornassem destrutivos, como preconizava John Locke no Segundo tratado sobre o governo civil. A soberania popular, portanto, tinha, ela própria, a nausobre o governo civil. A soberania popular, portanto, tinha, ela própria, a naureza de direito natural, assim como a vida, a liberdade e a busca da felicidade

224

solar e g reza de direito naturat, assur e en O profundo individualismo, presente em todas as camadas sociais, é real O profundo individualismo, presente em todas as camadas sociais, é real tado dessa visão, o que explica, em grande parte, o conteúdo dos *Bills* of *Righs* dos diversos estados federados, assim como o das dez primeiras emendas à Can tituição americana, e atavismo nacional em relação ao poder federal. En ue dade, só foi possível aprovar a Constituição americana em setembro de 1%, depois de exaustivamente assegurado que os novos poderes não poriam em e rigo a liberdade. Em 1781, devidamente ratificadas pelos estados, entram en vigência as dez primeiras emendas à Constituição, perfazendo o conteúdo da *Bill of Rights* americano, com o objetivo de garantir a segurança perante o noo poder federal, considerado ameaçador para as liberdades individuais.

### 3.2. A supremacia da Constituição e o Judiciário

No modelo americano, a Constituição, sobrepondo-se a qualquer norma, seja de criação jurisprudencial, seja de extração legislativa, tem a natureza de lei fundamental, característica que alcança, numa fase posterior, o But of Rights.

Essa é a causa de outra diferença substantiva em relação ao modelo inglês. A força do direito escrito (*jus scriptum*) é maior em comparação à dos costumes e precedentes judiciais, embora os cases law conservem papel fundamental no sistema. Verifica-se, portanto, que do ponto de vista jurídico, o Rule of Law americano não foi instituído como um sistema puro, e sim um misto do common law inglês e civil law.

Do ponto de vista político, como a Constituição é um ato da soberana popular, a tendência foi conceber o 'governo da lei' como uma autodetenanação republicana. Essa convicção é tão forte na construção da identidad política americana que o culto à lei se tornou uma espécie de "religião dui", sobretudo pelo fato de a Constituição remeter, mais do que à certeza do áreito, ao sistema jurídico em torno do qual o cidadão pode se reconhecer. A concepção da "Constituição-garantia" no sistema americano confere, A concepção da "Constituição-garantia" no sistema americano confere, Mede o início, um papel proeminente ao Judiciário, em comparação com os Jede o início, um papel proeminente difuso de constitucionalidade. Essa opdemais poderes, devido ao controle difuso de constitucionalidade. Essa opdemais poderes, devido ao controle difuso de constitucionalidade. Essa opdemais poderes, devido ao controle difuso poular, especialmente em razão de constituição a supremacia da soberania popular, especialmente em razão de re, relativiza a supremacia de soberania popular, especialmente em razão de re, relativiza a corte ser o único e último intérprete da Constituição. A suprema Corte ser o único e último intérprete da Constituição. A suprema contesta dessa relativização é o caso Marbury versus Madison, O marco inicial dessa relativização do controle de constitucione literativitaria.

<sup>a Sup</sup> O marco inicial de sefeitos do controle de constitucionalidade, prosseacerca da extensão e dos efeitos do controle de constitucionalidade, prosseacerca da extensão e dos efeitos por via da progressiva atuação do Estado em guindo, entre outras decisões, por via da progressiva atuação do Estado em guindo, entre outras decisões, por via da progressiva atuação do Estado em guindo, entre outras decisões, por via da progressiva atuação do Estado em guindo, entre outras decisões, por via da progressiva atuação do Estado em favor dos direitos sociais. Em 1857, por exemplo, a Suprema Corte rejeitou a favor dos direitos sociais. Em 1857, por exemplo, a Suprema Corte rejeitou a favor dos direitos sociais. Em 1857, por exemplo, a Suprema Corte rejeitou a favor dos direitos sociais. Em 1857, por exemplo, a Suprema Corte rejeitou a favor dos direitos sociais. Em 1857, por exemplo, a Suprema Corte rejeitou a favor dos direitos sociais. Em 1857, por exemplo, a Suprema Corte rejeitou a favor dos direitos sociais. Em 1857, por exemplo, a Suprema Corte rejeitou a favor dos direitos dos escravos, consagrada pelo Compromisso de Misregulação da libertação do horário de trabalho legal, por infringir a garantia declarou nula a redução do horário de trabalho legal, por infringir a garantia declarou nula a redução do horário de trabalho legal, por infringir a garantia declarou nula a redução do horário de trabalho legal, por infringir a garantia declarou nula a redução do horário de trabalho legal, por infringir a garantia declarou nula a redução do horário de trabalho legal, por infringir a garantia declarou nula a redução do horário de trabalho legal, por infringir a garantia declarou nula a redução do horário de trabalho legal, por infringir a garantia declarou nula a terte decisa do liberalismo econômico e do empresariado americano no deral em defesa do liberalismo econômico e do empresariado americano no deral em defesa do liberalismo econômico e do empresariado americano no devido compreendido entre 1890 e 1937 (deno

alusão ao punos da jurisprudência foram alterados na altura do fim dos anos Os rumos da jurisprudência, paulatinamente, ao seu papel de supervisão da atividade legislativa da União e dos estados em matéria econômica. A evolução da jurisprudência, desde então, tem mostrado preocupação maior com as instituições e os mecanismos do *Rule of Law* em termos mais políticos do que estritamente jurídicos. Das decisões que consideravam as medidas do *New Deal* atentatórias à liberdade do mercado, a jurisprudência da Suprema Corte americana evoluiu para a aceitação de medidas de política econômica, com fundamento em princípios do *common law*, à vista de o desenvolvimento industrial do país requerer novas medidas governamentais; com isso, permitiu o aparecimento do Estado de Bem-Estar.

Segue-se a "Era Warren" (1953-1969), período no qual, sob a presidência do Chief Justice Earl Warren, se adota postura de maior intervenção na esfera política, voltada à defesa das liberdades e dos direitos civis e à expansão do poder do Judiciário. Um dos casos mais relevantes desse período é Brown versus Board of Education of Topeka (347 us 483 – 1954), decisão histórica que declarou inconstitucionais as leis estaduais que determinavam a separação entre estudantes negros e brancos nas escolas públicas. Essa deci-

tas 225

# 226 Teora do Estado - Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos as são abrin caminho para a integração e o movimento dos direitos dos anos 80, sob gos as são são abrin caminho para a integração e o primórdios dos direitos civis nos as são abrin caminho XX naquele país. Nos primórdios dos anos 80, sob 50 e 60 do século XX naquele país. Nos presidência do seculo sob gos nos 50 e 60 do século XX naquele país. Nos primórdios dos anos 80, sob gos nos são abrin canun 50 e 60 do século XX naquele pars, recepción do de maior abstenção 50 e 60 do século XX naquele pars, recepción do de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos, a corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos de corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos de corte entra novamente em período de maior abstenção republicanos de corte entra novamente em período de corte entra novamente em 50 e 60 do ser a Corte entra novante de maior abstenção parendo de maior abstenção parendo do Chief Justice Villa de contra a "Era Rehuquist" (1986-2005), sob a presidência do Chief Justice Villa de contra a "Era Rehuquist" (1986-2005), sob a presidência do Chief Justice Villa de contra de contr republicanos, a rante a "Era Rehnquist" (1980-2007, son a productica do Chief Justice Vilo rante a "Era Rehnquist" (1980-2007, son a productica do Chief Justice Vilo Rehnquist, destacaram-se o ressurgimento do federalismo e os limites Rehnquist, destacaram-se o ressurgimento do tribunal em Bush versus e micão sobre os poderes; a decisão do tribunal em Bush versus e rante a Eta destacaram-se o ressurguina de tribunal em Bush versus Constituição sobre os poderes; a decisão do tribunal em Bush versus Constituição sobre os poderes; a decisão durante a eleição presidencial de so Rehadurational durante a eleição presidencial de Susta versus Constituição sobre os poderes, a steel durante a eleição presidencial versus Constituição a atual "Era Roberts" (2005) de Susta de constituion que determinou a recontagent ciencial de las é um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) é um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) é um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) é um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005) e um dos marcos polémicos des é um dos marcos polémicos desa polementes, é por muitos considerada au é um dos marcos polémicos desa polementes, é por muitos considerada au a presidência do Chief Justice John G. Roberts, é por muitos considerada au

### 3.2.1. Marbury versus Madison

O caso, julgado pela Suprema Corte americana em 1803, sob a presidente a suprema Corte americana em 1803, sob a presidente a suprema de considerado o principal de considerado de O caso, julgado pera duperado e considerado o principal marco de controle de constitucionalidade. Seu objeto era a constitucionalidade e controle de constitucionalidade e constitucionalidade e constitución e con cia do Chief Justice Marshan, constitucionalidade. Seu objeto era a competen-sistema difuso de controle de constitucionalidade da nomeação do inica e competensistema difuso de controit de eia da Suprema Corte para analisar a legalidade da nomeação do juiz Mathur eia da Suprema Corte federal norte-americana, pelo *Judiciare* da Juliz Mathur eia da Suprema Conce parte federal norte-americana, pelo Judiciary Act de 1801 para ocupar cargo na corte federal norte-americana, pelo Judiciary Act de 1801

ocupar cargo na concercado pelo fato de, com a mudança de governo, ter o problema foi provocado pelo fato de, com a mudança de governo, ter o problema foi provocado pelo presidente accordente de los O problema no proveno, tero se governo, tero se coverno, tero se coverno, tero secretário de Estado James Madison – orientado pelo presidente então deixo secretário de Estado atrás, restabelecendo o Judiciaro Artas secretário de Estado Juliado atrás, restabelecendo o Judiciary Act anterior, de Thomas Jefferson – voltado atrás, restabelecendo o Judiciary Act anterior, de Thomas Jefferson – contacção de Marbury seria interrompida e o juiz não na 1789. Com isso, a nomeação de Marbury seria interrompida e o juiz não na 1789. Com isso, a nomeação de Marbury seria interrompida e o juiz não na 1789. Com Isso, a nontecederal. Diante dessa situação, o juiz Marbury propa ocuparia cargo na corte federal. Diante dessa situação, o juiz Marbury propa uma ação perante a Suprema Corte americana contra Madison, pleiteandoa conclusão do seu processo de nomeação para ocupar o cargo de juiz federal

Após a análise do conflito, a Suprema Corte decide que o juiz Marbun tem o direito de reaver sua nomeação. Nesse contexto, o voto do juiz Manha foi de extrema relevância por constatar que o Judiciary Act de 1789 contara va a Constituição, sendo necessária uma revisão judicial. Marshall afimou ainda que era dever do Judiciário interpretar as leis e, nos casos de conflite de zer quais leis estavam ou não de acordo com o texto constitucional. Sendoa Constituição a lei maior do ordenamento jurídico, caberia ao Judiciário a finção de interpretar as leis inferiores de acordo com ela e, numa eventualidad de conflito entre elas, declarar a inconstitucionalidade da lei inferior.

O voto de Marshall foi enfático ao afirmar o dever do Judiciário de não apenas declarar o direito no caso concreto como avaliar os conflitos de leiseasegurar a primazia do texto constitucional sobre as demais leis, culminandoirclusive na exclusão de leis inconstitucionais do sistema. Discutiu-se assim, pel

O Estado de Direito e suas matrizes clássicas 227 14

p<sup>enera vez</sup> no direito norte-americano, a constitucionalidade das leis - quanprimeira vez no diretto non a Constituição – e, ainda, quem teria a palavra de edio ou não de acordo com a Constituição – e, ainda, quem teria a palavra de edio ou não determinação de uma eventual inconstitucionalidade p<sup>nind</sup> ou não de terminação de uma eventual inconstitucionalidade de estão ou não de terminação de uma eventual inconstitucionalidade fuel sobre a determinação a primazia da Suprema Corte estadade sobre a determine, a primazia da Suprema Corte em deliberar sobre a firmou-se, assim, a primazia da Suprema Corte em deliberar sobre a firmou-se, assim tornado-a um paradigma no discusa de la sobre a sobre

<sup>finat</sup>Firmou-se, assuras leis, tornado-a um paradigma no direito constitucio-onalitucionalidade das leis, tornado-a um paradigma no direito constitucio-onalitucionalidade das leis, tornado-a um paradigma no direito constitucio-onalitucionalidade das leis, tornado-a um paradigma no direito constitucioconstitucionandate e primazia da Constituição e instituir o construcio-nal por cimentar a primazia da Constituição e instituir o controle de consti-nal por cimentar o Judiciário, com a consequente exclusão de al por cimentar o fudiciário, com a consequente exclusão do sistema dos acionalidade pelo Judiciário, com a consequente exclusão do sistema dos acionalidade contrários ao texto constitucional. ucionalitation receiver a consequenta tacionalitativos contrários ao texto constitucional.

# 3.2.2. O New Deal

Outro conhecido exemplo de relativização da soberania popular se en-Outro contra decisões da Suprema Corte americana referentes ao New contra em parte constra de intervenção na economia, voltado a amenizar os *Deal e ao seu programa de intervenção na economia, voltado a amenizar os* Deal e ao seco provincial que se seguiu à Grande Depressão de 1929. los da crise social de 1929. Os principais pontos do programa, tal como apresentados ao Congresso

Os principales en Delano Roosevelt em 1933 em projetos de lei ordianericano por conceito de propriedade e a divisão constitucional de com-niria, afetavam o conceito de propriedade e a divisão constitucional de compiria, arctavar a União e os estados. À mesma altura, diversos legislativos es-pelências entre a União de stinadas tanto a intervipelèncias editaram normas destinadas tanto a intervir na economia quanto a taduais contener produtivo. Ora, a jurisprudência da Suprema Corte, até então, regular o acteria conte, até então, pantara-se pela defesa intransigente da propriedade, mesmo em face do intepautarase prese público de natureza social. Daí o fato de a legislação de cunho econôrese puono de cumo econo-mico ou trabalhista – que regulamentava salários e horários de trabalho – ter ido considerada inconstitucional quando questionada junto à corte, por afetar a liberdade de comércio.

A inconsistência entre a visão liberal do Rule of Law e a garantia de direitos é um tema amplamente abordado pela doutrina constitucional americana. Em sua obra, Larry Alexander (Is there a right of freedom of expression?, 2005) a aponta em face da liberdade de expressão, observando que toda lei positiva afeta a liberdade de expressão à medida que influi no que será dito por quem, para quem e com qual efeito.

#### 4. 0 RECHTSSTAAT

#### 4.1. Os objetivos

A primeira institucionalização coerente do Estado de Direito foi a do Rechtsstaat alemão, no século XIX. Seu principal objetivo foi garantir a trans-

eoría do Estado · Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

14 O Estado de Direito e suas matrizes dássicas 229

formação do poder do Estado em poder de direito, visando eliminar qualque formação do poder do Estado em poder de direito, visando eliminar qualque possibilidade de exercício arbitrátio ou disencionário do poder, em detinos to do livre desenvolvimento social e da vida privada, particularmente no que do livre desenvolvimento social e da vida privada. Foi o que a insegunda dizia respeito à produção e distribuição de riquezas. Foi o que a insegunda do burguês – industrial e advogado – exigiu da economia e do direito, trando burguês – industrial e autela.

do bingre formados em disciplinas de cancela A solução, por conseguinte, consistiu na fixação prévia de regta que definiam as finalidades do Estado, suas obrigações e direitos, de modo a que dicionar sua atnação ao alcance e realização daqueles fins, segundo o ne, todo jurídico que empregava a separação de Poderes e a tutela dos dureito fundamentais. Cidadãos, instituições religiosas e da sociedade evei e o pio prio Estado nada mais eram que "pessoas" igualmente submetidas à lei etmas. Enfim, o Estado é força e não protagonista na realização de una "Constituição civil perfeitamente justa" que administre o direito, como que ria Kant.<sup>18</sup>

ria Kant.<sup>18</sup> A peculiaridade do modelo alemão reside na elaboração dos direitos individuais como "direitos públicos subjetivos", instituídos pela autoridade so berana do Estado – e não a da nação ou a do povo – no momento de sua autolimitação por meio de leis positivas gerais, abstratas e não retroativas, de origem parlamentar.

#### 4.2. As origens

A expressão Rechtsstaaten – literalmente, Estado de Direito – foi regatada da obra de Robert von Mohl (*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätan* des Rechtsstaates), na qual havia sido empregada, na década de 1830, como sentido de assegurar a função primária de proteção da liberdade dos individuos por parte do Estado. Anteriormente, ainda, J. W. Placidus (1798) já havia se referido a Kant e seus seguidores como integrantes da "Escola do Estado de Direito".

O Rechtsstaat foi a representação jurídica da democracia liberal, sustentada tanto pela burguesia iluminada como pelo autoritarismo conservador da monarquia, da aristocracia agrária e militar. Nesse sentido, constituiu a más perfeita representação do Estado liberal de direito. A compreensão dessa re presentação exige algum conhecimento de sua história.

18 A ideia de uma história universal, 2003, p. 10.

Via especial do constitucionalismo alemão, também identificada como Via especial do constitucional, o *Rechtsstaat* firmou-se após a restauração monárliberalismo constitucional, o *Rechtsstaat* firmou-se após a restauração monárliberalismo constitucional de recedada da revolução proletária que asquica de 1848, na esteira da rápida derrocada da revolução proletária que asquica de 1848, na esteira da rápida derrocada da revolução proletária que asquica de 1848, na esteira da rápida derrocada da revolução proletária que asquica de la Europa Ocidental. Do ponto de vista teórico, situou-se entre as proguenta do chamado "constitucionalismo de restauração", que tem a monarquia solata do chamado "constitucionalismo de restauração", que tem a monarquia gasta do chamado "constitucionalismo de restauração", que tem a monarquia do chamado "constitucionalismo de restauração", que tem a conarquia gasta do chamado "constitucionalismo de restauração", que tem a monarquia ca soberania popular como princípios estruturantes, nos moldes da Carta ca soberania popular como princípios do liberalismo constitucional da primeifisa fundamentação é corolário do liberalismo constitucional da primei-

Constinuentação e colorario do noeralismo constitucional da primei-Essa fundamentação e colorario do noeralismo constitucional da primeinetade do século XIX, que não considerava necessária a substituição do ra metade do século XIX, que não considerava necessária a substituição do ra metade do século XIX, que não considerava necessária a substituição do ra metade do século XIX, que não considerava necessária a substituição do ra metade do seculo XIX, que não considerava necessária a substituição do relas poderes eram limitados por meio do comprometimento dos goverdo, cujos poderes eram limitados por meio do comprometimento dos goverdo, cujos poderes eram limitados por meio do comprometimento dos goverdo, cujos poderes eram limitados, supressoras das arbitrariedades e privilégios. Os dinantes com leis racionais, supressoras das arbitrariedades e privilégios. Os dinantes dos indivíduos, por outro lado, seriam assegurados pelas Assembleias retas dos indivíduos.

estamentais. Há algumas características, contudo, que distinguem o liberalismo alehão da corrente europeia, particularmente da francesa. O movimento libenão da corrente europeia, particularmente da francesa. O movimento libena alemão, à época, não se converteu em fator dominante da sociedade ou do Estado. Tratou-se antes de um liberalismo "débil", hipotecado pelas estruturas políticas e sociais vigentes, assim como pela herança cultural sob a qual se desenvolveu. Do ponto de vista político, confrontou-se com a pluralidade de estados particulares que compunham o Estado alemão desde o desapareeimento do Reich, em 1815; do ponto de vista socioeconômico, enfrentou a esmagidora estrutura agrária da economia; finalmente, por parte da herança cultural, enfrentou as ainda vigentes liberdades estamentárias do Reich.

Ateoria do Rechtsstaat se origina como a teoria das reformas liberais constitucionais. Posteriormente, no período compreendido entre o término da unificação alemã, em 1871, e o da Primeira Guerra Mundial, em 1918, juspublicistas como Carl Friedrich Von Gerber, Otto Von Gierke e George Jellinek, além de Otto Mayer e Rudolf von Jhering, conferirão sofisticada sustentação teórica ao projeto ideológico do Rechtsstaat, cuja teorização se toma técnica e despolitizada.

#### 4.3. Os direitos individuais como direitos públicos subjetivos

Embora a teoria dos direitos públicos subjetivos tenha sido um passo importante para o equilíbrio das relações entre o Estado e os cidadãos, a conquista foi efetiva apenas perante o Executivo e o Judiciário, não valendo para

teoría do Estado 🔹 Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

o Legislativo. A explicação é que, ao contrário do monarea e dos inferios o Legislativo, por sua própria nature dos inferios de la cra "senhor". A preeminência da nature da na o Legislativo. A explicação é que, ao esta propria natureza e dos juízes que se encontravam sujeitos à lei, o Legislativo, por sua própria natureza, tago se encontravam sujeitar à lei, pois dela era "senhor". A preeminência do Parlane sujeitar à lei, pois dela possibilidade fática de permaso parlane se encontravamente da possibilidade fática de permaso parlane se encont o Legnantavam sujeitos a lei, o Legnantavam antureza, tegnantavam sujeitos a lei, o so sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do parlativo deria se sujetar a lei, pois dela cra "senhor". A preeminência do pa se encontra a lei, pois dela era deria se sujeitar à lei, pois dela era ademais, vinha ao encontro da possibilidade fática de permanente alterado ademais, vinha ao encontro da possibilidade fática de permanente alterado ademais, vinha ao encontro da possibilidade fática de permanente alterado ademais, vinha ao encontro da possibilidade fática de permanente alterado ademais, vinha ao encontro da possibilidade fática de permanente alterado ademais, vinha ao encontro da possibilidade fática de permanente alterado ademais, vinha ao encontro da possibilidade fática de permanente alterado ademais o fática de permanente alterado ademais de permanente

nais, tum ima Constituição flexivei. A doutrina alemã dos direitos subjetivos não foi além dessa elaboração A doutrina alemã dos direitos subjetivos não foi além dessa elaboração A doutrina alemã dos direitos subjetivos não foi além dessa elaboração de uma servicia alemá dos direitos de formes, caracterizado de um laboração, pela qual se desenhava um Estado pela Administração Pública, encal, pela de Estado-pessoa (constituído pela Administração Pública, encal, pela pela qual se desenhava um Estator pela Administração Pública, encaberal face do Estado-pessoa (constituído pela de Estado-ordenamento (constituído pela de Estado-orde pela que Estado-pessoa (constituente pela de Estado-ordenamento (constituente pelo governo monárquico) e, de outro, pela de Estado-ordenamento (constituente pelo governo monárquico) e, de outro, pelo legislador). Logo, os direito vigente e encabeçado pelo legislador). pelo governo monárquico) e, de pelo governo monárquico) e, de tuido pelo direito vigente e encabeçado pelo legislador). Logo, os direito, to tuido pelo direito vigente constituição, não cram materiais, mas simplestico, aix tuido pelo direito vigente e crictio, não cram materiais, mas simplesmente fa da que previstos na Constituição, não cram materiais, mas simplesmente fa da que previstos na constituição a reserva legal, a ponto de serem an da que previstos na Constituição à reserva legal, a ponto de serem antes una mais, cuja garantia se reduzia à reserva legal, a ponto de serem antes una mais, cuja garantia mais robusta. diretiva que uma garantia mais robusta.

tiva que uma garantia mais teixo a única fonte do direito, e estando a sendo, pois, o Poder Legislativo a única fonte do direito, e estando a sendo, pois, o Poder Legislativa do Parlamento, a teoria do a sendo Sendo, pois, o roder 1455 Sendo, pois, o roder 1455 téria das liberdades sob reserva legislativa do Parlamento, a teoria dos diretos téria das liberdades constituin, em verdade, uma teoria estatista de tretos téria das liberdades sob tetuiu, em verdade, uma teoria estatista dos direitos públicos subjetivos constituiu, em verdade, uma teoria estatista dos direitos públicos subjetivos constituiu, em verdade – que nada mais revela senín a públicos subjetivos constituidade – que nada mais revela senão a posição andemandamentais. Tal peculiaridade – que nada mais revela senão a posição andema de a uma posição conservador e a uma posição a a posição a a posição a a posição a a uma posição conservador e a uma posição conservador e a uma posição a a uma posição conservador e a uma posição a a uma posição conservador e a uma posição a a uma posição conservado fundamentais. Tai pectuaria a corresponde a uma posição conservadora e remetea ticontratualista alemã - corresponde a uma posição conservadora e remetea exigência de uma rigorosa secularização do ordenamento jurídico.

### 4.4. O nexo entre poder e direito

230

Na teoria do Rechtsstaat, o nexo entre poder e direito é dúbio. Se, pa Na teoría do recentrada estatal se encontrava conformada ao direito, me diante vínculos administrativos e controle jurisdicional em relação aos quais não há nenhuma possibilidade de atuação discricionária do Executivo, por outro concedia ampla liberdade decisória ao Legislativo, na qualidade de po der identificado com a soberania estatal.

Daí o epíteto de "Estado Legislativo" dado a ele, anos mais tarde, por Carl Schmitt, para evidenciar que o Parlamento, ao atuar "sobre a lei" en "em nome da lei", extinguia o poder soberano. Mais criticamente, obsenou que o Estado de Direito formal, graças à "bênção da legalidade" que enan em virtude de suas normas gerais, previamente determinadas, aceitava "[...] a situação criada pelo absolutismo dos príncipes e, em particular, a supressão de todo direito de resistência [...]".19

19 Legalidad y legitimidad, p. 16.

O Estado de Direito e suas matrizes clátisicas 231

Esses argumentos foram utilizados para legitimar, teoricamente, os am-Esses argumentos poderes do Führer, na concepção de Schmitt o único plos e estraordinario da soberania, que concenção de Schmitt o único plos e estraordinario da soberania, que concentrava a elaboração e a execu-cierdadeiro detentor da soberania, que concentrava a elaboração e a execuerendadeiro detento de negar, entretanto, um traço hobbesiano no Estado erenda lei. Não se pode negar, entretanto, um traço hobbesiano no Estado da lei. resultante da perfeita correspondência entre vontado cal lei. Nao se la certeita correspondência entre vontade estado ção da lei, resultante da perfeita correspondência entre vontade estada, le-legislativo, resultante da suposta adesão incondicional dos rite la Gildativo, resultante e da suposta adesão incondicional dos cidadãos a essa gildade e legitimidade, e da suposta adesão incondicional dos cidadãos a essa

nissa. A dificuldade do Estado legislativo, revelada na proteção dos direitos, premissa.

A dificultade depois da Primeira Grande Guerra, com a introdu-apenas será solucionada depois da Primeira Grande Guerra, com a introduapenas sera sonte e constitucionalidade pela Constituição de Weimar (1919), ci<sup>30</sup> do controle de constitucional de que o poder ilimitado do Parlamenta (1919), <sup>ap</sup>do controle de cumor de que o poder ilimitado do Parlamento pudesse devido ao fundado temor de que o poder ilimitado do Parlamento pudesse devido ao fundado. Somente após a Segunda Guerra Mundial devido ao tundado. Somente após a Segunda Guerra Mundial, contudo, violar a Constitucional Federal foi elevado à condição da " uolar a Consultaria Constitucional Federal foi elevado à condição de "guardião da a Tribunal Constitucional Federal foi elevado à condição de "guardião da a Tribunal Constituição", alterando-se, igualmente, a concepção da Constituição de ins-constituição do poder do Estado versus liberdade instituição de ins-Constituição a Constituição de ins-constituição do poder do Estado versus liberdade individual a positi-numento limitador do valores fundamentais da democracia alema rumento minuto dos valores fundamentais da democracia alemã.

produto da influente juspublicística alemã do século XIX, em torno da Produce ALA, em torno da qual são formulados seus postulados, a teoria do Rechtsstaat alcançará a jusqual sao ioninatiana e francesa. Será, posteriormente, reelaborada por Kelsen publicística italiana e francesa. Será, posteriormente, reelaborada por Kelsen publicistica de la introdução da jurisdição constitu-no percurso teórico que desenvolve até a introdução da jurisdição constitucional na Constituição austríaca de 1920.

Em breve síntese, pode-se dizer que Kelsen se insurge contra a estatalidade do direito, fundada sob o dogma da personalidade jurídica do Estado, tão de do un cuo do estado, táo caro aos juspublicistas do século XIX. Decorrem dessa premissa críticas severas caro aos nurres postulados teóricos, seja no que concerne à visão do direito 205 seus anterativo, seja quanto à estruturação da tripartição dos poderes em becomo un pouces em be-neficio da salvaguarda do princípio monárquico e dos privilégios da Adminístação Pública. A concepção kelseniana do Estado de Direito, diversamente, apresenta, além da dimensão formal, centrada na estrutura hierárquica do sistema jurídico, uma dimensão substantiva, ligada à primazia da Constituição e dos direitos, que impregnará o constitucionalismo do século XX.

#### 5. O ÉTAT DE DROIT

De elaboração mais tardia, a doutrina francesa do État de droit pretendeu constituir uma síntese dos modelos alemão e americano, em vigorosa critica ao constitucionalismo e às instituições da Terceira República (1871-1940), fundadas no primado da lei como expressão da soberania nacional.

reona da Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

232

Sob a Terceira República, três leis constitucionais esparsas relativas à o sobre a Terceira República, três leis constitucionais esparsas relativas à o sobre a terceira e dituição concebida para vigor de lulho de lo de la de la de lulho de la Sob a Terceira República, tres ter de fevereiro e em 16 de julho de lativas a organização política, editadas em 24 e 25 de fevereiro e em 16 de julho de lativas a ganização política, editadas em constituição concebida para viger temporari. Sob a returnado a uma Constituição concebida para viger temporariano ganização política, editadas em 21 e a concebida para viger temporation de las deram contenido a uma Constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma longeva da história francesa, permanecendo deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição concebida para viger temporariano deram contenido a uma constituição deram con concebida para viger temporariano deram contenido deram constit ganização politica uma Constitução de história francesa, permanecendo de deram contetido a uma longeva da história francesa, permanecendo de te, mas que se tornou a mais longeva do Regime de Vichy. Elaboradas de te, mas que se tornou a mais longeva da leis constitucional. deram contra e tornou a mais torge de Vichy. Elaboradas sen te, mas que se tornou a mais torge de Vichy. Elaboradas sen igor até 1940, quando foi instaurado a, as leis constitucionais resulta-vigor até 1940, quando sistematizadora, as leis constitucionais resultate, mas que su la constitución de la constitución d nhuma preocupação sistemanzavellicanos, que favoreceram a supremação acordos entre monarquistas e republicanos, que favoreceram a supremação acordos entre monarquistas como se pode deduzir, é que uma constinuidad po quel e D acorados en la constitución al no qual o Direito se identifica-do Parlamento. O problema, constituciónal no qual o Direito se identifica-desse tipo, num cenário político-instituciónal no qual o Direito se identifica desse tipo, num cenário político-institución da constitución da constitución desse tipo, num cenário político-institución da constitución da constitución da constitución da constitución desse tipo, num cenário político-institución da constitución da constituci do ramo desse tipo, num cenário ponneco na afirmava hierarquicamente na escala de com o comando do Estado, não se afirmava hierarquicamente na escala du com o comando do Estado, os direitos fundamentais se reduziam com o comando do Estado, naco direitos fundamentais se reduzian ao de normas jurídicas. Assim sendo, os direitos fundamentais se reduzian ao de normas jurídicas. Estado quisesse reconhecer, reduzindo-se, drasticamente ao de se normas jurídicas. Assim sentro, el decer, reduzindo-se, drasticamente, o con-reitos que o Estado quisesse reconhecer, reduzindo-se, drasticamente, o conteúdo das liberdades públicas.

lo das liberdades publicas. Não é possível compreender a dimensão nem os efeitos da elaboração Não é possível compreender a dimensão nem os efeitos da elaboração Não é possível compreta altura, sem levar em conta a força do ilumina teórica do État de droit àquela altura, sem levar em conta a força do ilumina teórica do seculo xvm teórica do Etat de dala acciedade francesa, desde o fim do século XVIII mo na organização da sociedade francesa, desde o fim do século XVIII

na organização da socie as secundada pela desconfiança em relação à ba deificação da razão, secundada pela desconfiança em relação à ba A deificação da ração à ta dição social e política, foi de tal modo assimilada que, após 1789, prome dição social e política, foi de tal modo assimilada que, após 1789, prome dição social e pontica, to aganização política e jurídica ideal. Redigir nova veu reiteradas buscas da organização política e jurídica ideal. Redigir nova veu reiteradas buscas da ego Constituições, nesse contexto, nada mais significava senão uma necessária. constituições, nesse constituições francesas eram, em principia, e desejada - resposta social. As Constituições francesas eram, em principia, e desejada – resposta estim dizer; instrumentos de vida fugaz, elas não foran desconstrutíveis, por assim dizer; instrumentos de vida fugaz, elas não foran elaboradas nem para resistir ao tempo nem à razão política de uma época elaboradas nen para entre para entre to potencializado pela alternância de formas de governo e de sistemas politi cos. Do Antigo Regime ao I Império (1789-1804) e da Restauração ao IIIm pério (1804-1870) sucederam-se, ciclicamente, a monarquia absoluta monarquia limitada, a república democrática, a república autoritária e, no vamente, a monarquia absoluta; do Império Liberal à V República (1870 1969) sucederam-se o império com tendência parlamentar, duas república parlamentares e uma república presidencialista. Nesse período foram elabo radas dezesseis Constituições, algumas das quais nem sequer entraram emugência ou assim permaneceram por brevíssimo período. Curiosamente, a Constituição de 1875, redigida como lei provisória sem maiores preocupações filosóficas, perdurou por cerca de setenta anos.

Isso explica, em grande parte, a diferença entre a estabilidade do sistema britânico, de Constituição não escrita, e o sistema francês. Enquanto oprimeiro se mantinha sociologicamente ajustado às respectivas realidades jui-

de política, deixando espaço para correções de rumo mediante emendas de a e política, jurisprudencial, na França tais correções sempre formado de atempretação jurisprudencial, na França tais correções sempre formado de atempretação de constituições. dea e política, deixando coneço para correções de rumo mediante emendas dea e política, jurisprudencial, na França tais correções sempre foram pro-dinterpretação jurisprudencial, na França tais correções sempre foram pronovidas por novas Constituições.

5.1. A teorização doutrinária do État de droit

A les Devese a formulação teórica do État de droit a Raymond Carré de Mal-Deve-se a lottuda da théorie generale de l'État, 1920/1922), que, seguin-berg (Contribuition à la théorie generale de l'État, 1920/1922), que, seguinberg (Contribuition de juspublicística alemã, promove uma análise puramente ju-do <sup>os</sup> do Estado, a partir de princípios deduzidos da Revolução E de os cânones da partir de princípios deduzidos da Revolução Francesa, ndica do Estado, a partir de princípios deduzidos da Revolução Francesa, ndica do care a necessária autolimitação do poder do Estado ndica do Estado, a recessária autolimitação do poder do Estado, em benefício Disso decorre a necessária subjetivos, mas a salvo da onipotência e de Disso decorre a necessario de la poster do Estado, em benefício Disso de direitos subjetivos, mas a salvo da onipotência e do monopólio da lutela dos Parlamento. legislativo do Parlamento.

slativo do racionale negativa era confirmada, no plano dos fatos e também no Tal concepção negativa era confirmada, no plano dos fatos e também no

Tal concepsionais, pelo caráter "nulo" do Poder Judiciário – provavelmen-das leis constitucionais, pelo caráter "nulo" do Poder Judiciário – provavelmenda leis constructano – provavelmen-te fortalecido pela aversão ao gouvernement des juges – e pelo princípio da este fortalecido pero condicionava o Executivo. Por outro lado, o Poder Legisla-tita legalidade que condicionava a revestir-se das funções da tila legantias que noder constituinte derivado, reivindicando, o Poder Legislatio tendia, sinter constituinte derivado, reivindicando um poder constituinte originário e de poder constituinte derivado, reivindicando um poder permanene de revisão. A esse cenário institucional de falta de equilíbrio entre os podete de revisao. A contra parlamentar, em relação à qual todos os demais órgãos estares e de solution in submetidos, Carré de Malberg denomina Estado Legal. se encontra do Estado legal – que supõe a soberania da lei e seu caráter ili-

mitado, posto que la loi peut tout faire, la loi ne peut faire mal - é essencialmauo, per sistema de organização dos poderes que justifica a preponderânria do Legislativo, enquanto o Estado de Direito é um sistema concebido no interesse dos cidadãos, o qual, por oposição ao Estado legal, supõe o Parlamento como poder constituído e não constituinte, igualmente sujeito ao contraste dos cidadãos, sujeitos da soberania.

Carré de Malberg pensa a personalidade jurídica do Estado em função do princípio da soberania nacional, daí se seguindo que um autêntico Estado de Direito deve garantir aos cidadãos instrumentos de tutela de liberdades e direitos, inclusive para se oporem à vontade do legislador, se necessário.

A solução do judicial review americano, ainda que estranha e, em certa medida, repugnante à tradição francesa, sugere, no entanto, em linha de princípio, a possibilidade de submissão das leis ordinárias à Constituição. O controle de constitucionalidade das leis, na França, não foi possível na III nem na IV (1946-1959) Repúblicas, mas apenas a partir dos anos 1960, no curso da V Re-

14 · O Estado de Direito e suas matrizes clássicas 233

234 Teoría do Estado - Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

pública. Seus traços fundamentais seguem o chamado modelo europeu, dus pública. Seus traços fundamentais do controle concentrado, confiado a segue dispõe do monopólico a segue do s pública. Seus traços fundamentais seguento de concentrado, europeu, dus pública. Seus traços fundamentais seguento de concentrado, confiado à luito to do modelo americano, em razão do controle concentrado, confiado à luito to do modelo americano, em razão do controle concentrado, confiado à luito constitucional específica, que dispõe do monopólio da interpretente da luito constitucional específica, que dispõe do monopólio da interpretente da luito de luito de luito de luito de luito constitucional específica, que dispõe do monopólio da interpretente da luito de lu pública. Seus americano, em tazas de dispõe do monopólio da interpretação à interpretação constitucional específica, que dispõe do monopólio da interpretação dição constitucional. constitucional.

## 6. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DAS MATRIZES CLÁSSICAS

Relacionando os fundamentos filosóficos e políticos comuns as quabo Relacionando os fundamentos alto Danilo Zolo neles identifica o que experiências históricas acima referidas, Danilo Zolo neles identifica o que experiências históricas fundamentais" das matrizes do Estado de Do que experiências históricas actinadamentais" das matrizes do Estado de denomina de "princípios fundamentais" das matrizes do Estado de Din denomina de service de Din denomina de "principios initiaticos.<sup>20</sup> Deles se deduzem os principios fun denomina de aqui adotamos para fins didáticos.<sup>20</sup> Deles se deduzem os principios fun que aqui adotamos para fins didáticos.<sup>20</sup> Deles se deduzem os principios fun que aqui additate de Direito, adiante comentados.

entais do Estado de Direito, actividades públicas, por meio da expressa line voltanta O principio da difusão do parte públicas, por meio da expressa limitada ampliação do âmbito das liberdades públicas, por meio da expressa limitada ampliação do âmbito das liberdades núblicas, por meio da expressa limitada ampliação do âmbito das integram esse conjunto: a) a personalidad jurídica dos poderes do Estado. Integram esse conjunto: a) a personalidad jurídica dos poderes do Estado de que todos são sujeitos de direitos e contidade jurídica individual, no sentido de que todos são sujeitos de direitos e contos jurídica ressalva feita à situação feminina e ao cará. jurídica individual, no schula feita à situação feminina e ao caráter centros de imputação jurídica, ressalva feita à situação feminina e ao caráter censita de imputação jurídicos b) a igualdade perante a lei, que implica : de imputação juridica, rebai a igualdade perante a lei, que implica iguais con-rio dos direitos políticos; b) a igualdade perante a lei, que implica iguais con-rio dos direitos para todos; c) a certeza e a previsibilidade do di rio dos direitos pontecos, o a certeza e a previsibilidade do direito, que sequências jurídicas para todos: c) a certeza e a previsibilidade do direito, que sequências juridicas prévia de crimes e penas, a publicidade dos atos legulas supõe a definição prévia de crimes e penas, a publicidade dos atos legulas supõe a deminição presis aus legidas vos e administrativos, os enunciados normativos com redação compreensid o princípio do juiz natural; d) o reconhecimento constitucional dos direto o principio do juiz inder de fazê-los valer perante os órgãos do Estado, o que implica o princípio da judiciabilidade.

Como a lei é a única fonte de obrigações, o Estado não pode exigira que nela não esteja previsto. A igualdade é essencialmente jurídica, em opo sição aos privilégios e estatutos especiais e em benefício da uniformidade de tratamento em casos iguais (a lei deve ser geral e abstrata) e da probição d distinções arbitrárias. A justiciabilidade, por sua vez, é a garantia do sistema do Estado de Direito para a aferição da legalidade, executada pelo Judicia rio. Desse arcabouço decorrem outros limites, de natureza formal, identifi cados pelo positivismo jurídico: a) os limites de validade espacial e pessoal decorrentes dos elementos constitutivos do Estado moderno (povo, territorio, soberania); b) os limites de validade temporal, pelos quais uma norma tem validade limitada no tempo que transcorre entre a sua emanação (sho se tiver efeito retroativo) e a sua ab-rogação; c) os limites de validade

20 costa, Pietro; zoLo, Danilo (orgs.). O Estado de Direito: história, teoria, crítica, 2006, p. 32 esp

14 O Estado de Direito e suas matrizes clássicas 235

material, que reconhecem que há matérias que não podem ser submetidas material, que reconhecidas como inst naterial, que reconnector que na materias que não podem ser submetidas naterial, que reconnector que são reconhecidas como indisponi-gulamentação ordenamento e, por essa razão, o poder estatal - 1 naterial entação ordenamento e, por essa razão, o poder estatal nelas não a regulamentação ordenamento e, por essa razão, o poder estatal nelas não a regula próprio ordenamento e por essa razão, o poder estatal nelas não regular próprio como é o caso dos direitos e garantias fundamentais a<sup>res</sup>elo próprio ordenancia e , por essa razão, o poder estatal n ve p<sup>elo</sup> próprio da diferenciação do poder congrega elementais. p<sup>ode intervir, como é o caso dos direitos e garantias fundamentais.</sup> e intervir, como e de conciação do poder congrega elementais. O princípio da diferenciação do poder congrega elementos que permi-

pode O princípio da distemas político e jurídico dos demais subsistemas so-con a separação dos sistemas político e do econômico; congrega imparticular do religioso e do econômico; congrega imparticular do reli en a separação dos antenas pontes e jurídico dos demais subsistemas so-tem a separação dos entregioso e do econômico; congrega, igualmente, os cuis, em particular do religioso e do poder (tripartição elsenteres, os <sup>k<sup>n1</sup></sup> en particular do construcción de economico; congrega, igualmente, os cuis en solution de diferenciação interna do poder (tripartição clássica, formas necanismos de diferenciação interna do poder (tripartição clássica, formas dab. por anismos de une concersionais de organização territorial, sistema de parti-federativas, unitárias ou regionais de organização territorial, sistema de parti-federativas, unitárias do aparelho do Estado), com significativas rectrativas, unitarias da egeneración de Estado), com significativa ampliação da dos não vinculados ao aparelho do Estado), com significativa ampliação da dos não vinculados das estruturas políticas e administrativas do Estado do não vinculados atruturas políticas e administrativas do Estado, complexidade das estruturas políticas e administrativas do Estado.

plexidade das central reside na autonomia obtida pelo sistema jurídico em Seu elemento central reside na autonomia obtida pelo sistema jurídico em Seu elemento con eligiosos, resultado lógico do contratualismo rous-relação aos subsistemas ético-religiosos, resultado lógico do contratualismo rousrelação aos subsistemente determinada pela vontade logico do contratualismo rous-souniano, pois que é determinada pela vontade concorde dos cidadãos e não se<sup>auniano,</sup> pois que se<sup>auniano,</sup> pois que por qualquer outro elemento transcendental. Tal autonomia é pressuposto ne-por qualquer outro da igualdade formal dos sujeitos – independentemente d por qualquer ou da formal dos sujeitos – independentemente das reais con-cosirio da igualdade formal dos propriedade – e se refletirá precosirio da igual de classe, parentesco ou propriedade – e se refletirá na autonomização de lasse, parentesco, portanto, por via da correctiona autonomização de classes en Expressa-se, portanto, por via das seguintes instituições: a) funcional interna. Expressa-se, portanto, por via das seguintes instituições: a) funcional interior ambito do exercício do poder e de aplicação do direito, com de-delimitação do ambito de exercício do poder e de aplicação do direito, com dedelimitação das esferas pública e privada, para excluir essa última da competênnarcação das competên-narcação das competên-capolítica e jurídica, tanto no que diz respeito à vida íntima propriamente dita religião, moral, relações familiares, expressões de criatividade artística, corres-(religuo, instea), quanto no que concerne à vida negocial em geral, b) separapondencias truições legislativas e administrativas; c) o primado do Poder Legiscio dis institución da legalidade e a reserva de legislação; d) a subordinação do poder legislativo ao respecito dos direitos subjetivos constitucionalmente definipour les autonomia do Judiciário, como um terceiro neutro em relação aos interesses políticos e sociais em conflito. Posteriormente, a difusão do controle de constitucionalidade – a consequência lógica da supremacia da Constituição propiciará ao Judiciário declarar a invalidade dos atos que a contrariam.

Os princípios das matrizes históricas não se deduzem isoladamente, mas se combinam de vários modos, a cada passo, desde as suas primeiras manifestações. É deles que se extraem os princípios fundamentais do Estado de Direito: legalidade, igualdade e justiciabilidade.

Examinaremos, a seguir, as doutrinas e as instituições políticas e jurídicas que propiciam a afirmação desses princípios, subjacente ao duplo movimento de tutela dos direitos civis e políticos e contenção do exercício arbitrário ou abusivo do poder do Estado, por meio de sua submissão ao Direito.

### As doutrinas políticas do Estado de Direito

As doutrinas políticas que fundamentam o Estado de Direito são blutarias de três correntes principais: o jusnaturalismo, o contratualismo e o la beralismo.

#### 1. O JUSNATURALISMO

De acordo com a doutrina jusnaturalista, existem direitos naturais, ou inatos, inerentes à qualidade humana de seus titulares, que não têm como fonte o Estado. Tais direitos, por prescindirem do Estado, diferem do direito positivo, sendo-lhes anteriores e superiores. Em síntese, são direitos absolutos, imutáveis e atemporais.

tos, imutaveis e atempenta De modo geral, três são as fontes do direito natural: a vontade divina a natureza ou a razão. Conforme a fonte, varia a concepção de Estado. O jus naturalismo de base divina está presente nas doutrinas políticas de Santo Agotinho e de Santo Tomás de Aquino; o de base natural, em Platão e Aristó teles. O jusnaturalismo moderno, que se afirma no século XVIII com características laicas e liberais, fundamenta-se na razão, sendo tributário das duas correntes anteriores e, também, de aportes de teólogos e juristas do se culo XVI (como Francisco de Vitória e Francisco Suárez).

A convicção de que existiam os direitos inerentes à natureza humana, já presente na filosofia estoica, consolidou-se com o cristianismo. No periodo que vai do século IV a.C. à segunda metade do século III d.C., a filo sofia estoica, nas obras de alguns de seus cultores, como Cícero, Epicteto, Sêneca. Marco Aurélio, e dos jurisconsultos Gaio, Ulpiano e Marciano, identificou os princípios da dignidade e da unidade moral do ser humano. Tais princípios alcançaram a filosofia medieval à luz do cristianismo, que lhes deu nova densidade, em face da premissa que o animava: a igualdade natural dos homens. 15 As douttimes políticas do Estado de Direito- 237

É en virtude dessa ignaldade natural que a identificação de direitos cofe en virtude dessa ignaldade natural que a identificação de direitos cosente a loda a espécie humana surge como consequência lógica, sem o carápara a loda a espécie humana surge como consequência lógica, sem o caráprotecriação política, mas de manifestação de vontade do triador do universente ciação política, mas de manifestação de vontade do triador do univerprotecriação acontector a conclusão alcançada por escolásticos e se sem conclusar de que as leis contrárias ao direito natural são injustas, comultar medievais de que as leis convicção, por sua vez, encontra-se na base basicas e sem força inridica. Essa convicção, por sua vez, encontra-se na base basicas e sem força inridica. Essa convicção, por sua vez, encontra-se na base basicas e sem força inridica. Essa convicção, por sua vez, encontra-se na base basicas e sem o direito natural, o que equivale a dizer que as leis se encontermidade com o direito natural, o que equivale a dizer que as leis se encontermidade se pelo ordenamento divino, como o fazem Santo Agostinho manificar limitadas pelo ordenamento divino, como o fazem Santo Agostinho senan limitadas pelo ordenamente, pelo iluminismo. Ca sto retomados, posteriormente, pelo iluminismo. Ca sto retomados, posteriormente, pelo iluminismo.

e de retornauos, fronturalistas incluem-se os contratualistas, que susfa so retornauos, fronturalistas incluem-se os contratualistas, que sus-Entire os filósofos jusnaturalistas incluem-se os contratualistas, que sustentos ser a sociedade política o resultado de um acordo de vontades, exprestentos er a sociedade política o resultado de um acordo de vontades, expresentos er a sociedade política o resultado de um acordo de vontades, exprestentos er a sociedade política o resultado de um acordo de vontades, exprestentos er a sociedade política o resultado de um acordo de vontades, expresentos er a sociedade política o resultado de um acordo de vontades, exprespor intermédio de um hipotético contrato celebrado entre os homens. Para so contratualistas, significativamente, só a vontade humana determina a opgo pela associação, o que confere racionalidade à organização social e podo pela associação, o que confere racionalidade a organização social e po-

linea. Essa é a marca distintiva do *jusnaturalismo moderno*, doutrina política Essa é a marca distintiva do *jusnaturalismo moderno*, doutrina política que concebe o ser humano como sujeito que tem valor em si mesmo, e não um que concepe o Estado lhe atribui. Logo, o sujeito vem antes do Estado e não o conulor que o Estado lhe atribui. Logo, o sujeito vem antes do Estado e não o contimo. Tal concepção da organização social – denominada *individualista –* tem taizes na filosofia estoica e alcança, por vias políticas diversas, as revolutês dos séculos XVII e XVIII. Todas as declarações de direito do século XVIII espressam essa concepção; por isso, enunciam o mínimo irredutível do direitinato de todos os seres humanos, padrão preexistente a qualquer sociedade humana em função do qual deveriam ser moldadas todas as instituições políticas e jurídicas, assim como a própria lei.

A doutrina contratualista abriga uma grande diversidade de justificacões a respeito do porquê os homens decidiram unir-se e viver em sociedade. O ponto comum a todas é a negação do impulso associativo espontâneo como elemento-chave do contrato social: o contrato social é intencional e representa a única forma de passagem do "estado de natureza" para o "estado civil".

O "estado de natureza" é uma espécie de estágio de convivência primitivo, no qual os homens vivem sem nenhuma ordem moral ou social, ou, por cutra, sem ter suas ações reprimidas pela razão ou pela lei. Implica, por conseguinte, a negação de todo o ordenamento jurídico, que só se instaura com o "estado civil", ou seja, com a sociedade legalmente organizada. O estado

# teoria da Estado - Parte II - De Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

15 As doutraias políticas do Estado de Direito 239

de natureza também implica, em algumas doutrinas contratualista, de natureza também implica, em algumas doutrinas doutrinas contratualista, de natureza também implica, em algumas doutrinas doutrinas contratualista, de natureza também implica, em algumas doutrinas contratualista, de natureza também implicas doutrinas contratualista doutrinas contratualista doutrinas doutrina de natureza também implica, em algoritados, que valem perante o Estado e contratualistas, a esta tência de uma série de "direitos inatos", que valem perante o Estado e contratualista, varia a indicación de contratualista, varia a indicación de la valencia. de natureza una série de "direitos manos - que actente perante o Estado e con-tência de uma série de sen caráter origmário, inalienável e inatingível. Nas ele em virtude de sen caráter ontratualista, varia a inducação de quais a ele em virtude da doutrina contratualista, varia a inducação de quais a de téneia de funda de seu caráter originas so varia a indicação de quais diferences vertentes da doutrina contratualista, varia a indicação de quais diferentes vertentes da doutrina contratoridos ao Estado por via do contrato da so de seu contrato da so de seu contrato da ele en vitentes da doutrina comunicação de quais da rentes vertentes da doutrina contratos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos do contrato do contrato do contrato do contrato do contrato so e prerrogativas devem ser transferidos do contrato do contrato

es verteno errogativas devem ser transferidos as a evolução das doutrinas social Há dois momentos fundamentais na evolução das doutrinas justicad Há dois momentos fundamentais na evolução do Estado de Davidos NVI e o início do estado de Davidos VVI e o início do estado de Davidos e prenosal Há dois momentos fundamentos da dirinação do Estado lusidada listas e contratualistas, no que diz respeito à afirmação do Estado de Dineilo Listas e compreende o século XVI e o início do século XVII e o início do século XVII e o início do século XVII Listas e compreende o século XVII e o início do século XVII Estado de Dineilo listas e contratualistas, no que un velo XVI e o início do século XVI e listas e contratualistas, no que un velo XVI e o início do século XVII a) o período que compreende o século XVII e o início do século XVII a) o período que so fortalecimento da soberania estatal; b) o período que so que so fortalecimento da soberania estatal; b) o período que so que listas e comprecisione o seculo XVII, anti-a) o período que comprecisione da soberania estatal; b) o período que se  $v_{\rm eleg}$ se promove o fortalecimento da soberania estatal; h) o período que se  $v_{\rm eleg}$ se promove o fortalecimento da sóculo XVIII, no qual se busca a le a) o periodo que se que se promove o fortalecimento da seculo XVIII, no qual se busca a linita, de do fim do século XVII ao fim do século XVIII, no qual se busca a linita, de do fim do século XVIII ponto de vista dontrinário, não há frature ca da soberania estatal. Do ponto de vista dontrinário, não há fraturas entre ção da soberania estatal. Do ponto de vista dontrinário, não há fraturas entre ção da soberania substantiva continuidade. O aspecto subjetivo do director ção da soberania estatal. Do ponte se estata e estata esta ambos, mas uma substantiva contrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois, molda as doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois, molda as doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas individualistas e liberais que se tural, comum aos dois as a doutrinas as a do

rram na base do jusnaturalistas Relacionamos a seguir alguns dos pensadores que ilustram, de nodo Relacionamos iusnaturalistas em seus diferentes moment Relacionamos a segun algunalistas em seus diferentes momentos, de modo exemplar, as proposições justituralistas em seus diferentes momentos, como Erancisco de Vitória, Thomas Hobbes, Hugo Grai exemplar, as proposições francisco de Vitória, Thomas Hobbes, Hugo Grotius, John se observa em Francisco de Vitória, Thomas Hobbes, Hugo Grotius, John Locke, Montesquieu, Rousseau e Kant.

#### 1.1. Os pensadores jusnaturalistas do século XVI ao início do século XVII

A filosofia política jusnaturalista dos séculos XVI e XVII, a partir do rom pimento da política com a religião propiciado por Maquiavel, favoreces o pimento da pontrea converso de um poder público abrangente, no qual as prerogativas de soberania dos governantes tanto se expressaram como "direito na tural dos povos" (Vitória) quanto "poder incontrastável de mando", une eindivisível (Bodin) ou no paradigma contratualista (Hobbes e Grotius). Nete último, prevaleceram sobre o pensamento teológico o pensamento metafísi co, a razão autônoma e suficiente, o ideal estoico da igualdade dos homens e o axioma do Estado-contrato, construído por método dedutivo e analitica

#### 1.1.1. Francisco de Vitória (1483-1546)

Nos primórdios do século XVI, Francisco de Vitória elabora uma sofiticada teoria da soberania estatal, com repercussões no interior dos Estadose na ordem internacional, como um conjunto de direitos naturais dos povose dos Estados.

Partindo da premissa de que tais direitos são universais. Vitória chega partindo da premicipais. Em primeiro lugar, identifica a communitas adus proposições principais em primeiro lugar, identifica a communitas adus proposições principais a uma ordem inconsegualmente livres a du<sup>35</sup> p<sup>rop</sup>osições principans can proneiro lugar, identifica a communitas a du<sup>35</sup> p<sup>rop</sup>osições principans cantral de Estados igualmente livres e sobera-adu<sup>35</sup> propulsion de la suma ordem jurídica que tem a fei-adu<sup>35</sup> a du<sup>35</sup> a dubante livres e soberaaduast é, uma socie da la uma orden jurídica que tem a força obriga-adus joto é, uma socie da uma ordem jurídica que tem a força obriga-nos irepublicae), submetida a uma ordem jurídica que tem a força obriga-nos irepublicaes, mas também a natureza de lei (ius cogens). Em <sup>edus</sup>, <sup>post</sup><sup>republicde1</sup>, success também a natureza de lei (*ius cogens*). Em segundo <sup>post</sup><sup>republicde1</sup>, <sup>mas</sup> também a natureza de lei (*ius cogens*). Em segundo <sup>pria</sup> conclui que o príncipe só está autorizado a usar seu rod. <sup>por pactos, mas nucleo está autorizado a usar seu poder en bene-<sup>gria</sup> dos pactos, mas nucleo está autorizado a usar seu poder en bene-<sup>gria</sup> dos príncipes do bem comum dos cidadãos (e estas bene-</sup> <sup>gita</sup>, conclui que o pluca e do bem comum dos cidadãos (e não de qual-ligar, conclui que o pluca e do bem comum dos cidadãos (e não de qual-fe<sup>ro</sup> autro interesse ou vantagem particular) posto que deles <sup>lig</sup>da própria reprior vantagem particular) posto que deles recebe a sua <sup>ger</sup>outro interesse ou vantagem particular) posto que deles recebe a sua <sup>quer</sup>odade. Todas as leis, portanto, indistinta e necessariament guer outro interesse dels, portanto, indistinta e necessariamente, deven se queridade. Todas as leis, portanto, indistinta e necessariamente, deven se queridade. Lenefício de todos, a todos obrigando (súditos, territat que a sua utordade. Tonas as todos, a todos obrigando (súditos, legisladores e, prin-ultar ao benefício de todos, a todos obrigando (súditos, legisladores e, prin-ultar ao monarcas).

epalmente, monarcas). linente, monasteroposições, não só enuncia a existência de um direito vitória, nessas (como hoje ocorre em relação ao district

vitória. nesso per la como hoje ocorre em relação ao direito internacional miteral das pessoas (como hoje ocorre em relação ao direito internacional miteral das pessoas (como fundamento democrático do pode a umenal das pesas de fundamento democrático do poder do soberano, público) como também o fundamento democrático do poder do soberano, público) no moderno princípio da soberania popular i Nati piblico) como nativerno princípio da soberania popular.<sup>1</sup> Na base da argu-necipando o moderno princípio da soberania popular.<sup>1</sup> Na base da arguantecipando Vitória, encontra-se a convicção acerca da existência de normas prentação de Vitória, encontra-se a natureza humana e constância de normas prentação de visitencia de normas a prentação de prentes a natureza humana e que, por essa razão, são epinicípios jurídicos inerentes à natureza humana e que, por essa razão, são eprincípios interioridade hierárquica em relação às normas expedidas pelo dotados de superioridade hierárquica em relação às normas expedidas pelo

monarca. Aideia de soberania como um conjunto de direitos naturais dos povos A ideia de vita dos portos de legitimação à conquista da América, sendo esse oferece una da obra de Vitória. Para tanto, trouxe as discussões soo objetivo natural dos domínios da teologia moral para o campo jurídico, breo direito de que as normas de proteção aos direitos dos índios amesobo argunes antegravam um corpo jurídico imanente à natureza humana, e daí adireito/dever de proteger os convertidos, correlato ao direito dos espanhóis detenderem os seus interesses na hipótese de não conversão ou não subnisão. Complementarmente, a concepção de Vitória permite fundar uma nova doutrina de legitimação da guerra justa.

#### 1.1.2. Hugo Grotius (1583-1645)

Grotius, como vimos, concebe um Estado pacífico, no interior do qual as obrigações políticas derivam de pactos associativos (pactum societatis), fundados no direito natural. O objetivo é que o Estado seja "um corpo perfeito de pessoas livres que se unem, pacificamente, para gozar seus direitos"

238

CE FERRAJOLI, Luigi. A soberania no mundo moderno, p. 8-9.

Teoría do Estado • Parle II - Do Estado de Direito ao Estado Dermocrático de Direito

e que todos os Estados, em conjunto, também criem, por meio de obre mámas, condições de convivência internacional pacífica, como ico e que todos os Estados, em conjunta internacional pacífica, como la  $\rho_{0}$ ções mútuas, condições de convivência internacional pacífica, como la  $\rho_{0}$ como la  $\rho_{0}$  de pacífica como la  $\rho_{0}$  de pacífica de  $\rho_{0}$  de pacífica de pacífica de  $\rho_{0}$  de pacífica de pacífica de pacífica de  $\rho_{0}$  de pacífica de pacífic

no interior dos Estados, o parte e una das regas No interior dos Estados, o parte e una das regas direito natural – deriva da vontade dos súditos, comprometidos recipiocan direito natural – deriva da submeter-se ao poder que nela instituição sociedade e a submeter-se ao poder que nela instituição No interio adavontate de la poder que nela instituem (para direito natural – deriva da vontate de la submeter-se ao poder que nela instituem (para te a viver em sociedade e a submeter-se ao poder que nela instituem (para te a viver em sociedade e a submeter-se ao poder que nela instituem (para te a viver em sociedade e a submeter-se ao poder que nela instituem (para te a viver em sociedade e a submeter-se ao poder que nela instituem (para te a viver em sociedade e a submeter-se ao poder que nela instituem (para te a viver em sociedade e a viver em sociedade e a submeter-se ao poder que nela instituem (para te a viver em sociedade e a v

ectionis). Há aqui dois pontos a ressaltar. Em primeiro lugar, na doutrina de Gu Há aqui dois pontos a ressaltar. Em primeiro lugar, na doutrina de Gu subiectioner. Há aqui dois pontos a ressanta. En provincia de Guarda de Subiectioner. Há aqui dois pontos a ressanta. En provincia de Subiectiona de Subiectioner. Híus, os homens, ao sair do estado de natureza para o Estado, deixam de Subiectioner. Híus, os homens, ao sair do estado de natureza para o Estado, deixam de Subiectioner. tius, os homens, ao sair do estado de antidados pela lei da autoridade pública e sa regidos pela lei da razão para ser comandados pela lei da autoridade pública regidos pela lei da finalidade do direito natural é, tão somente, servir a, regidos pela lei da razao para de direito natural é, tão somente, servir de fu Nesse contexto, a finalidade do direito natural é, tão somente, servir de fu Nesse contexto, a finalidade no por meio da aplicação do princípio nesse contexto, a finalidade do diterio da aplicação do princípio geal da damento às normas do Estado, por meio da aplicação do princípio geal da damento às normas da Assim sendo, uma vez criado o Estado, o direito damento às normas do Estado, por una vez criado o Estado, o direito agual da pacta sunt servanda. Assim sendo, uma vez criado o Estado, o direito natula pacta sunt servanda. Assim sendo, autônoma. Este é o segundo ponto: natula da pacta sunt servando e sua função autônoma. pacta sunt servanda. Assuri scritto, norma. Este é o segundo ponto: para do ponto: para con perde seu valor e sua função autónoma. Este é o segundo ponto: para Con perde seu valor e a lei da autoridade pública – é feito pelo homem, o constructiona de pública – é feito pelo homem, o perde seu valor e sua nunça principara que seu valor e sua nunça para  $G_{0_n}$  perde seu valor e sua nunça para  $G_{0_n}$  o que  $h_n$  o que o confere uma nova natureza.

fere uma nova natureza. Com relação à sociedade internacional, composta de Estados independente de composta de Estados independente de composta Com relação a sociedade en compose sua organização por via de us dentes, igualmente soberanos, Grotius propõe sua organização por via de us dentes, igualmente soberanos, ou direito das gentes), que não se caracteres dentes, ignalmente souchaid (ou direito das gentes), que não se caracteriza con único direito internacional (ou direito das gentes), que não se caracteriza con único direito internacional, mas como corpo jurídico autónomo es a único direito internacional, mas como corpo jurídico autônomo en relação um sistema supranacional, mas como corpo jurídico autônomo em relação um sistema supranacionas, ma o direito natural. Suas fontes são os pactos, os moral, à teologia e mesmo ao direito natural deriva do "fato", mais precis, os moral, à teologia e interior pela qual deriva do "fato", mais precisamente da acordos, os contratos, razão pela qual deriva do "fato", mais precisamente da acordos, os contratos, tenes e stados mais fortes. Note-se, aqui, de forma po-vontade e do interesse dos Estados mais fortes. Note-se, aqui, de forma povontade e do interesa du contratualismo de nível internacional no qui e neira, a etadoração de ama a preservação da vida e das coisas úteis à vida, o justifica a "guerra justa" para a preservação da vida e das coisas úteis à vida, o que não é contrário ao direito natural.2

#### 1.1.3. Thomas Hobbes (1588-1679)

Thomas Hobbes, partindo do pressuposto de que todos os homens da iguais no estado de natureza, chega à conclusão de que todos, sem exertivivem a paixão, o ódio, a inveja, o egoísmo, condenando-se a uma existênce assustadora, miserável e insegura, na qual prevalece a "guerra de todos contra todos" (capítulo XVIII, parte I, de O Leviatâ).

É da necessidade de garantir a própria sobrevivência que, nessas circuntâncias, surge um permanente instinto agressivo, natural. Na visão de Hobbe,

Livro I, cap. 11, I, n.4.

15 As doutrinas políticas do Estado de Direito 241

a social só será alcançada se todos os integrantes de uma dada so-a social política abrirem mão dos seus direitos naturais, em benefici asc<sup>o</sup>utança social si ser ante não dos seus direitos naturais, em benefício do for-dedade política abrirem mão dos seus direitos naturais, em benefício do for-dedade política - o Estado - que seria superior a todo. a <sup>egue</sup> política annuella autoridade política – o Estado – que, assim, dota-decumento de uma única autoridade política – o Estado – que, assim, dota-plecumento poderes, seja superior a todos. plecimento poderes, seja superior a todos, da de plenos poderes, seja superior a todos.

e plenos poucres pologético, o contrato social representa a única salvação Nesse cenário apologético, a celebração do contrato Nesse cenario a unica salvação Nesse cenario social é um gran-gsivel para os homens. De fato, a celebração do contrato social é um gran-gsivel para os da razão, outro atributo natural do homem. Com

positel para os nomezão, outro atributo natural do homem. Como ser racio-de apelo ao uso da razão, outro atributo natural do homem. Como ser raciop<sup>ost</sup>de apelo ao uso da hannem deseja viver em paz, sendo instintivo que se esfor-de apelo ao uso da hannem deseja viver em paz, sendo instintivo que se esfor-pl. diz Hobbes, o homem deseja viver em paz, sendo instintivo que se esforde ar Hobbes, o manté-la. Nessa empreitada, a chave do sucesso, por assim el día alcançá-la e manté-la. Nessa empreitada, a chave do sucesso, por assim e Para alcançá na renúncia coletiva dos direitos naturais, de tal forma cepara alcança la coletiva dos direitos naturais, de tal forma que todos direitos naturais, de tal forma que todos direitos naturais se mesmo grau de liberdade em face do contrato secial. O er está na remanent de liberdade em face do contrato social. O contrato tenham o mesmo grau de liberdade em face do contrato social. O contrato tenham o mesmo gran a substância e se impõe em razão do contrato telham o mesmo granha substância e se impõe em razão do seu contexido: os seal, portanto, ganha substância e se impõe em razão do seu contexido: os gral, portanio, 5 gral, portanio, 5 direitos naturais transferidos e institucionalizados, racionalmente, direitos naturais transferidos e bíblica do monstro mento us naturais naturate di imageni biblica do monstro marinho Leviată, descreve Utilizando-se da imageni biblica do monstro marinho Leviată, descreve

Utilizando a contra contra contra contra contra la contra da sociedade política: "una pessoa de contra da sociedade política: "una pessoa de contra contra da sociedade política: "una pessoa de contra contr o Estado, signima organicamente todos o integrantes da sociedade política: "uma pessoa de cujos atos uma grande wintegrante diante pactos reciprocos uns com os outros, foi instituída por multida, mediante pactos reciprocos uns com os outros, foi instituída por multidão, incomo autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos todos cida um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos todos cida un conseniente, para assegurar a paz". Jamaneira que entender conseniente, para assegurar a paz".

No contratualismo hobbesiano, portanto, a organização política é pen-No contratore como um artificio, algo deliberadamente construido pelo oda exclusivado essa a sua originalidade. O vigor e a eficácia da política debomente da alienação total de cada associado em benefício do fortalecimenpendem da estatal, o que revela forte traço autoritário (Jean-Jacques Rous-to do poder estatal, o que revela forte traço autoritário (Jean-Jacques Rousto do pour la contrato social, expressará as mesmas ideias, em benefício da comunidade e não do poder instituído).

Contemporaneamente, outra vertente do jusnaturalismo é encontrada na abra de Samuel Pufendorf - De jure naturae et gentium, 1672. Despida dos tacos hobbesianos, a doutrina se organiza com fundamento na teoria geral dos contratos, conforme o direito romano, sendo esse o seu traço distintivo.

De acordo com Pufendorf, a sociedade estatal não é originária, mas demada de um primeiro acordo que deu origem à sociedade civil, solução para que os homens saíssem do estado natural. Segue-se, posteriormente, a constituição do Estado como resultado de uma segunda convenção. Esta última, sendo posterior à primeira, é elaborada sob a forma de decreto ou deliberação, por maioria de votos, para defesa mútua dos associados.

3 O Leviată, capítulo XVII

15 As doutrinas políticas do Estado de Direito 243

242 Teona do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

# 1.1.4. Efeitos - antecipando a modernidade

4. Efeitos - enteriores de Vitória. Grotius e Hobbes, particularmente, permateriores de Direito. Em Vitória, por via do fundamento de materiores de Direito. En Vitória, por via do fundamento de de la completa de completa d A modernidade de Vireito. Em Vitória, por via do fundamento denteito entre pennie antecipar o Estado de Direito. Em Vitória, por via do fundamento denteito antecipar o Estado de Direito. Em Unidente Suas ideias recestar e do reconhecimento da numanidade como "pessoa" e A indu Estado de Direito, En da humanidade como "pessoa" e dos particos do poder, do reconhecimento da humanidade como "pessoa" e dos particos do poder, do reconhecimento moderno. Suas ideias repercutirão na partico do particos dos partico antecipar do reconhective an oderno. Suas ideias repercutirão do pa tico do poder, do reconhective an moderno. Suas ideias repercutirão nas do pa radigmas do direito internacional moderno. Suas ideias repercutirão nas do pa radigmas do século XV do seculo XV do seculo XV do pa tico do treito internacional de contros tecólogos espanhóis do século XVI e a radigmas do direito internacional de contros tecólogos espanhóis do século XVI e a de Francisco Suárez e nas de outros tecólogos espanhóis do século XVI e a de Francisco mais tardia de Grotins a respeito da soberania a e a radignas co Suárez e nas de dia de Grotius a respeito da soberania externa de Francisco Suárez e nas tardia de Grotius a respeito da soberania externa tecipação a reflexão mais tardia do critérios do Estado justo e das modal en de ruar a reflexão mais tandos critérios do Estado justo e das modalidades tecipação a reflexão dos critérios do Estado justo e das modalidades Em Grotius, pela definição dos conterios do lientação do uso da fo tecipator en la definição do prol do ideal de limitação do uso da força ha Em Grotius, pela definição em prol do ideal de limitação do uso da força ha das relações interestatais em proprias submetidas a exigências morais, tradas relações interestatais en próprias submetidas a exigências morais. Habber relações internacionais, elas próprias submetidas a exigências morais. Hobber relações internacionais, elas próprias políticos e jurídicos, que influrelações internacionais, cua proprior políticos e jurídicos, que influencias por sua vez, inova em vários conceitos políticos e jurídicos, que influencias por sua vez, inova em vários conceitos políticos e o italiano dos séculos viv por sua vez, inova em vario público alemão e o italiano dos séculos XIX extendados profundamente o direito público alemão e, em consequência disso in extende a Estado como "pessoa" e, em consequência disso in extende a fasta do como "pessoa" e, em consequência disso in extende profundamente o direito pronte a seculos XIX e X profundamente o Estado como "pessoa" e, em consequência disso, intui a su Compreende o Estado como "pessoa" e, em consequência disso, intui a su Compreende o Estado como "pessoa" e, em consequência disso, intui a su Compreende o Estado (Do cidadão, parte II, cap. V, 9 e 12), identificad "personalidade jurídica" (Do cidadão, parte II, cap. VI, 9 e 12), identificad "personalidade jurine a artificial (Do cidadão, parte II, cap. VI, 19). Designa na soberania, sua alma artificial (Do cidadão, parte II, cap. VI, 19). Designa na soberania, sua anna anna de súditos" (Do cidadão, parte II, cap. XIII, 3) o "povo" como a "multidão de súditos" (Do cidadão, parte II, cap. XIII, 3) o "povo" como a mutudade do produção jurídica, a unidade do ordenamento aponta o monopólio estatal da produção jurídicas extra ou supravento aponta o monopono estudencia de fontes jurídicas extra ou supraestatais [D] jurídico e a sua independência de fontes jurídicas extra ou supraestatais [D] cidadão, parte II, cap. VI, 6 a13).

dao, parte II, cap. 11, ca axiológica ainda presente no pensamento de Vito. A dimensão normativa e axiológica ainda presente no pensamento de Vito. A dimensão norman de Vito, será dissolvida pela concepção de soberaria ria e de seus seguidores, contudo, será dissolvida pela concepção de soberaria ria e de seus segundores, contrastável de mando, expressa na Paz de Soberana territorial como poder incontrastável de Estados. Verificase, hunda de Westala territorial como poder incontradade de Estados. Verifica-se, àquela altura do y. (1648) e aceita pela comunidade de Estados. Verifica-se, àquela altura do y. (1648) e acenta pera contrato na justificação e legitimação jurídica do go culo XVII, um ponto de inflexão na justificação e legitimação jurídica do po culo XVII, um ponto de la que ocorrerá por ocasião das Revoluções Franceae der estatal, comparável à que ocorrerá por ocasião das Revoluções Franceae der estatat, comparate da século XVIII. No primeiro caso, em virtude da eu da americana, no una acterna e externa dos Estados europeus; no caso das che cerbação da soberania interna, por madas revoluções burguesas, em razão da limitação da soberania interna, por força das declarações dos direitos naturais do homem e da visão humanistar jusnaturalista que as anima, e, por consequência, do novo conteúdo da sole rania, popular ou nacional, que passa a ser limitado por aqueles valore, criando condições para o posterior surgimento da expressão Estado de Direito

#### 1.2. Os pensadores jusnaturalistas do fim do século XVII ao fim do século XVIII

Integram essa corrente diversos filósofos políticos que pregam a racionalização da organização estatal em bases contratuais voluntárias, com a fudide de garantir o respeito aos direitos ínatos dos indivíduos, ainda que parde de garantir o respues assunctios maios dos indivíduos, ainda que par-de de garantir o respueso e conceitos. Trata-se, em sua generalidade, de de diferentes pressupostos e conceitos. Trata-se, em sua generalidade, de de de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de ta<sup>nd</sup> de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de ta<sup>nd</sup> de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos. Trata-se, em sua generalidade, de taño de diferentes pressuporario e concenos de taño pu<sup>nde</sup> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sub> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>punde</sup> <sup>punde</sub> <sup>pu</sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup></sup>

<sup>18 en nenes de aprimoramen <sup>10 julo</sup>gico do jusnaturalismo. 10 probora o fundamento -</sup> a<sup>siológico</sup> do justiante do justiaturalismo iluminista se mantenha na "na-Faibora o fundamento do justiaturalismo iluminista se mantenha na "na-Embora o fundamento da "natureza" muda radicalmente: deixa de Embora o fundamento de protocomo fundamente deixa se mantenha na "na-Embora o fundamente deixa de ser divino ou urea", o conteúdo da "natureza" muda radicalmente: deixa de ser divino ou urea", o para ser real. Segundo a concepção iluminista, "natural" uteral " o contenuo ta uteral " o contenuo ta segundo a concepção iluminista, "natural" correspon-tesmico para ser real. Segundo a concepção iluminista, "natural" correspon-tesmico para ser real. Segundo a concepção iluminista, "natural" correspon-tesmico para ser real. Segundo a concepção iluminista, "natural" corresponutori osmico para ser real: o so é "sobrenatural". Tudo o que é da essència do ho-de sobretudo, ao que não é "sobrenatural". Tudo o que é da essència do ho-de sobretudo, ao que não é "sobrenatural". Tudo o que é da essència do hoe<sup>nsu</sup>bretudo, ao que sentido. Assim, a razão, sendo da essência do homem, de nobretudo a essência do homem, m<sup>em é</sup> natural, nesse sentido.

ural. Aexpressão "iluminismo" – tradução direta do vocábulo alemão Aufenatural.

<sup>Ch</sup> Aespressao Aespressao gaung, que significa "esclarecimento", "iluminação" – designa o movimen-gaung, que significa "esclarecimento", "iluminação" – designa o movimen-gaung, que significa "esclarecimento", "iluminação" – designa o movimenlanne, que significante de forma notável, no século XVIII (o "século das lu-lo que se desenvolveu, de forma notável, no século XVIII (o "século das lu-<sup>10</sup> que se desenvoire de fazer prevalecer a razão sobre a autoridade, em todos re<sup>4</sup>, com o objetivo de fazer prevalecer a razão sobre a autoridade, em todos

os campos da vida social. ampos da viue Não se trata propriamente de uma doutrina, vinculada a determinada es-Não se trato parte de tudo, de uma mentalidade, identificada em seto-cola teórica, mas, acima de tudo, de uma mentalidade, identificada em setocola teónica, inacciona entrelectuais. Na sua base, está o espírito crítico aliaresponitos, una prática e utilitarista de interpretação da ciência, em do a una de ciência experimental que é desenvolvida a partir da comprova-puticular da ciência experimental que é desenvolvida a partir da comprovação de fatos empíricos.

de tatos componentico, o pensamento iluminista caracteriza-se pela confian-

po como meio de ser alcançadas a felicidade e a melhor forma de rate possível. John Locke, Montesquieu (Charles-Louis de Secondat, barão de la Brède e de Montesquieu), Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant ilustram essa corrente.

#### 1.2.1. John Locke (1632-1704)

Ao defender os princípios da liberdade política da Revolução Gloriosa de 1689, no Segundo tratado sobre o governo civil (1690), o filósofo inglês conmualista, John Locke, com o objetivo de atacar o Absolutismo real, define o Estado como o instrumento de realização da missão confiada pelo povo aos governantes, com observância do direito natural. O que significa dizer que o povo era e deveria permanecer como titular do poder supremo e que o Direito não só preexiste como limita o Estado. A racionalidade de sua visão é patente: o Estado não é fim, mas meio de conservação da sociedade política li-

Reeria do Estado • Parte 8 - De Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

15 As doutrinas políticas do Estado de Direito 245

vremente criada pelos homens e cujo poder deriva dos direitos naturais dos vremente criada pelos homens eram titulares no estado de natureza.

244

pente chasa pointe chasa pointe com a sua época pala da js os mesmos homens eram unuaren em sintonia com a sua época pala da John Locke foi um homen em sua foi a sua quais os mente John Locke foi um homeni en en en en a una epoca. Filósofo pole tico contratualista, defensor intransigente da liberdade e da tolerância religio tico contratualista, defensor intransigente da liberdade e da tolerância religio. John re-tico contratualista, defensor intransi segundo a qual todo conhecia teligia sas, é o criador do empirismo, doutrina segundo a qual todo conhecinegia sas, é o criador do empirismo, doutrina segundo a proble-

e o cuany va da experiência. Dedicou grande parte de sua vasta produção ao problema da justificação Dedicou grande se de fundamentos jusnaturalistas e cristãos, Entre Secondo terre cristãos, Entre deriva da con Dedicou grande parte de sua visar provienta da justificação do Estado, valendo-se de fundamentos jusnaturalistas e cristãos. Entre sua do Estado, valendo-se de fundamentos do Segundo tratado sobre o gove do Estado, valendo-se de numano e o Segundo tratado sobre o governo el obras, a de maior envergadura política é o Segundo tratado sobre o governo el obras, a de maior envergadura os princípios da liberdade política em faceno el obras, a de maior envergadura portecipios da liberdade política en favor da liverdade polític vil (1690), na qual sustema os principarentos desenvolvem-se em favor da la mitação do absolutismo real. Seus argumentos desenvolvem-se em tomo da la mitação do absolutismo real da sociedade política e do poder de autogoverno d mitação do absolutismo real occurrante e do poder de autogoverno da cole origem contratual da sociedade política e do governo de leis, visando a cole origem contratual da societtade porte do governo de leis, visando a cole tividade, da supremacia do Parlamento e do governo de leis, visando a funda.

ntar o Estado Imitado. Demonstrando confiança na classe burguesa, que produziu riquezas com Demonstrando conforme a mais sem a ajuda do Estado e conforme a mais com Demonstrando comança e a ajuda do Estado e conforme a moral pur, força e habilidade próprias, sem a ajuda do Estado e conforme a moral pur, força e habilidade proprias, acto o timista do homem no estado de naturea tana, apresenta uma concepção otimista do homem no estado de naturea tana, apresenta liberdade, em que, sem pedir licença nem so tana, apresenta uma concepção en que, sem pedir licença nem se sujeitarà "estado de perfeita liberdade, em que, sem pedir licença nem se sujeitarà "estado de pertena incersación e possível agir satisfatoriamente e dispor dos seus vontade de qualquer outro, é possível agir satisfatoriamente e dispor dos seus conforme se julgue melhor, sem sair dos listos seus vontade de quarque en se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da les bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limitese da sua pessoa, sem sair dos se julgue melhor, sem sair dos da natureza" (Segundo tratado, II-4).

A tese central é que, no estado de natureza, os homens detinham dou poderes: o de livremente tomar decisões concernentes à sua salvaguarda, de acordo com a lei natural (manifestada na consciência e formulada pela ra zão), e o de punir os crimes cometidos contra essa lei. Ao instituírem a socie dade política, seus membros renunciam aos dois poderes a favor da própria sociedade política, isto é, aceitam submeter-se às leis que a comunidade ela bora e aos juízes instituídos para a execução das leis. Desse ponto de vista a comunidade que forma a sociedade detém o poder supremo de instituir ogo verno e determinar como a força coletiva será utilizada para a proteção de la dos e de cada um. Nessa proposição, encontra-se implícita uma primeira de tinção entre o poder originário, ou constituinte, e os poderes constituídos, que é descrita pelo Poder Legislativo, pelo Executivo e pelo Federativo.

#### 1.2.2. Montesquieu (1689-1755)

Charles de Secondat, Barão de Montesquieu e La Brède, em O espirito das leis (1748), preocupado com a estabilidade dos governos, antes de teo-

sobre a sua tipologia, a natureza dos regimes políticos e a divisão dos nor sobre a sua uma definição inédita de lei, fundada na filosofia jusnatu-poleres, apresenta toda a obra. Poleres, or plista que penneia toda a obra. plista que penneia toda a obra.

a que permeta Montesquieu, "na sua acepção mais ampla, são as relações "As leis", de derivam da natureza das coisas". Essa afirmas a relações ralis<sup>10</sup>"As leis<sup>10</sup>, diz istranda natureza das coisas<sup>10</sup>" Essa afirmação é resultado recessárias que derivam da natureza das coisas<sup>10</sup>" Essa afirmação é resultado recessárias de que todos os seres têm suas leis, sejam eles tur necessárias que derivado do sos seres têm suas leis, sejam eles humanos, ani-la constatação de que todos os seres têm suas leis, sejam eles humanos, ani-la constatação divinos, sendo o "espírito das leis" a representação en constante da seres de seres d aconstatação de que os sendo o "espírito das leis" a representação específi-la constatação de divinos, sendo o "espírito das leis" a representação específi-nais, reculiaridades e condições próprias de cada ser. m<sup>ais, vegenais</sup> dades e condições próprias de cada ser. e<sup>a das peculiaridades,</sup> como se pode notar **v** 

as peculiaridade, como se pode notar, Montesquieu, na política, lança Nessa construção, como se pode notar, Montesquieu, na política, lança Nessa consulta própria das ciências empíricas: procura estabelecer uninão da metodorios de estabelecem na física ou na botânica, por exemiomidades, assuremente, em excertos dos capítulos II e III, do Livro Primei-lo Aciamos, brevemente, em excertos dos capítulos II e III, do Livro Primeiplo Vejamos, de leis, como essas noções são por ele apresentadas e como, to, de O espírito das leis, como essas noções são por ele apresentadas e como, <sup>r</sup><sub>10, de O espírito de a supremacia da lei é expressa pela razão, dela maneira, demonstra que a supremacia da lei é expressa pela razão.</sub>

Antes de todas essas leis estão as da natureza, assim denominadas por deri-Antes de constituição do nosso ser. Para conhecê-las bem, precisa varen linicarie antes do estabelecimento das sociedades. As leis da natureza serão as que ele receberia em semelhante estado.

Quanto às leis positivas, prossegue, há as que integram o direito das gente (relativo ao relacionamento dos povos), o direito político (relativo ao relato (relativo ao rela-cionamento entre governantes e governados) e o direito civil (relativo ao reacionamento entre os cidadãos). O direito das gentes refere-se a todas as sociedades, mas para cada uma existe um direito político.

Alei, em geral, é a razão humana, tanto que ela governe todos os povos da Terra; e as leis políticas e civis de cada Nação não devem constituir senão casos particulares em que se aplica a razão humana.

Elas, as leis, devem ser de tal forma apropriadas para o povo, para o qual são feitas, que será grande coincidência se as leis de uma nação servirem para outra. Cumpre correspondam elas à natureza e ao princípio do Governo constituido, ou que se quer constituir, seja por formarem-no, como acontece com as leis políticas, seja por manterem-no, como fazem as leis civis.6

Elas devem ter relação com o elemento físico do País [...]. Elas hão de relacionar-se com o grau de liberdade tolerado pela constituição; com a religião

O espínto das leis, p. 77 Ibidem, p. 79.

Ibidem, p. 81

246 Teoria da Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Dermocrático de Direito

dos habitantes, com as suas inclinações, sua riqueza, seu mimero, seu como dos habitantes, suas maneiras. Enfini, elas guardam relação entre si, e como dos cosas as do tegislador, com a ordem das cosas as do tegislador. dos habitantes, com as suas inclinações, ana sequeza, seu mimero, seu emitero, seu susos, suas maneiras. Enfini, elas guardam relação entre si, e com e cio, seus usos, suas maneiras. Enfini, elas guardam telação entre si, e com e com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas para as quas com o objetivo do legislador, com precisa considerán as quas dos hannancias, suas maneiras, ranno, com a ordem das coisas para as com a cio, seus usos, suas maneiras, ranno, com a ordem das coisas para as com a origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas para as quas ranna e considerá-las, é quas cio, sens usos, com o objetivo do legislador, com a orcena das consas para as quas sa origem, com o objetivo do legislador, com a precisa considerá-las para as quas sa estabelecidas. É sob todos esses aspectos que precisa considerá-las. É o que ba

Montesquieu racionaliza o conceito de lei e, com isso, rompe com a trad Montesquieu racionaliza o contesta além de escapar de discussões teata cional submissão da política à teologia, além de escapar de discussões teata to enal submissão da política o mesmo raciocínio aplica em relação ao Fin cional submissão da política a conseguración aplica em relação a consegura de discussões teática acerca da sua legitimidade. O mesmo raciocínio aplica em relação ao Estada acerca da sua legitimidade suas condições específicas, o que é uma base cionar da sua legitimidade. O incistre necessaria quinca em relação ao trada acerca da sua legitimidade. O incistre respectíficas, o que é uma particulada suas leis devem refletir as suas condições específicas, o que é uma particulada suas leis devem refletir as suas condições específicas, o que é uma particulada suas leis devem refletir as suas condições específicas, o que é uma particulada suas leis devem refletir as suas condições específicas, o que é uma particulada suas leis devem refletir as suas condições específicas, o que é uma particulada suas leis devem refletir as suas condições específicas de la devem refletir devem refletir de la devem refletir de la devem refletir de la devem refletir de zação do justo. O legislador el ações de justiça, a que lhe parece melhor, entre as possíveis relações de justiça, a que lhe parece melhor, la escolher, entre as destinador de quadas às Nações a que se destinador de se de se

olher, entre as possíveis relações de parece melhor. Ora, se as leis estão adequadas às Nações a que se destinam, ou, mau o Ora, se as leis estão em relação com a natureza e o principal Ora, se as leis estato adequasar relação com a natureza e o principio de precificamente, se as leis estato em relação com a natureza e o principio de precificamente a estabilidade dos governos está garantida, tanto mais pecificamente, se as leis estado en resmos está garantida, tanto mais por de cada governo, a estabilidade dos governos está garantida, tanto mais porque, cada governo, as instituições políticas encontram-se regida. cada governo, a establicade de go nesse círculo virtuoso, as instituições políticas encontram-se regid<sub>as portu</sub> das relações políticas nacionais.

derivam das retações pontes Com a sua definição de lei, Montesquieu põe em xeque o direito com Com a sua definição de base divina; com a sua teoria do Com a sua definição de com base divina; com a sua teoria da separação meiro e as tradições jurídicas de base divina; com a sua teoria da separação de como pode ser fruto da raza de Poderes, demonstra que o próprio governo pode ser fruto da razão

oderes, demonstra que una liberdade, tal como também se nota tu De fato, para Montesquieu, a liberdade, tal como também se nota tu De tato, para anoncer senora en direito de fazer tudo o que as leis pena. Locke e em Rousseau, consiste no direito de fazer tudo o que as leis pena. Locke e em rousseau, en sempre o Estado permite tal liberdade, em ta tem. O proprenta e qui activitação pelo uso ilimitado do poder; a solução, conchi, zão de sua natural inclinação pelo uso ilimitado com poderes racional zão de sua natural un governo moderado, com poderes racionalmente limita dos, para o que elege como modelo o governo inglês, que já havia desenvel vido um sistema de limitação de poderes. Aí está, em síntese, a origem da fa mosa teoria da separação de Poderes, descrita no capítulo VI, do livro XI, de O espírito das leis.

#### 1.2.3. Jean-Jacques Rousseau (1712-1778)

Na obra de Jean-Jacques Rousseau, o pacto social gira em torno da identdade entre vontade da maioria, vontade de todos e vontade legítima e justa

O autor de O contrato social tem uma visão negativa a respeito da condção humana: "o homem é infeliz, o homem nasceu livre e por toda parte de

Ibidem

15 As doutinas políticas do Estado de Direito 247

et<sup>a agrilhoado</sup>", dizem as primeiras linhas da obra;" enfrenta, no estado de naet<sup>agrilhoado"</sup>, dizente programas forças que pode empregar individualmente ancal obstáculos que sobrepujam as forças que pode empregar individualmente anservar-se. A única possibilidade de sobrevivência e comos ed<sup>135</sup> obstáculos que a possibilidade de sobrevivência e conservação - de preta conservarse. A única possibilidade de sobrevivência e conservação - de preta conservação - de seus bens - dá-se por via do contrato social. As elán proprio e de seus bens – dá-se por via do contrato social. As cláusulas desse a proprio e de seus bens – dá-se por via do contrato social. As cláusulas desse a proprio e de seus propris proprio e de se seus proprio e de seus pro próprio e de seus peus an não precisam ser formalmente enunciadas, posto contrato, que exigo a la próprio contrato, que exigo a la natureza do próprio contrato, que exigo a la posto contrato, que exigo a la contrato de contrato, que exigo a la contrato de co entrato, prossegue volta natureza do próprio contrato, que exige a alienação centrato, que exige a alienação centrato associado em benefício da comunidade. Esse é o prot rel determinada do em beneficio da comunidade. Esse é o ponto cada as-jerm determinada do em beneficio da comunidade. Esse é o ponto cada as-lelal de cada aspal de cada associator inteiro, iguala-se a todos os demais; como a ahenação se pal de dando-se por inteiro, iguala-se a todos os demais; como a ahenação se perado, dando se por inteiro, iguala-se a todos os demais; como a ahenação se ociado, dando se a "união é tão perfeita quanto possível, e nenhum associado ja sem reservas, a "união é tão perfeita quanto possível, e nenhum associado ja sem reclamar". Em síntese: "Cada um de nós põe em far sem reservas, a ". Em síntese: "Cada um de nós põe em comum sua pesen algo a rectana de sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, oletvamente, cada membro como parte indivisível do todo"? Ale, nesse contexto, é a expressão da vontade geral.<sup>16</sup> Ser livre, portan-

Alet, nesser em conformidade com a vontade geral. " Ser livre, portan-significa viver em conformidade com a vontade geral. A máxima que se us significa victor ino – "a lei, expressão da vontade geral" – será imortaliza-deduz desse raciocínio – "a lei, expressão da vontade geral" – será imortalizadeduz desse nacionado geral - será imortaliza-da no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. <sub>10</sub> art. 6 da geral – sempre legítima e justa – possui uma natureza pública Avontade geral – sempre legítima e justa – possui uma natureza pública

Avontade se a diferencia da vontade de todos. Conquanto ambas sejam produto de maque a diferencia de vontade, sendo geral manifesta a razão e a justiça, identificadas nifetações de touris, diversamente, sendo de todos exprime interesses privados:

[...] a vontade geral é invariavelmente reta e tende sempre à utilidade pública; [...] via de regra há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto a outra diz respeito ao ineresse privado, nada mais sendo que uma soma das vontades particulares.<sup>11</sup>

O Estado, por decorrência lógica, é o corpo social de extração democrática no qual se concretiza a vontade geral. Sua função é assegurar o respeito a contade comum, assim como a conservação dos indivíduos e dos seus bens.

[...] um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia. E que, por esse mesmo ato, ganha a sua unidade, seu eu comum, sua vida, sua vontade. Essa pessoa pública que se forma, desse modo, pela união de todas as outras e que é chamada por seus membros de Estado.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> Cf ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social, 1996, livro I, cap. I, p. 9

Ibidem, p. 23 10 Ibidem, livro II, p. 47-8.

<sup>11</sup> Ibidem, livro II, cap. III, p. 37,

<sup>12</sup> Ibidem, livro I, p. 6.

teorio do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

O Estado é também a concretização da liberdade, dado que a vontade geral: "Chamo, pois, República a todo Estado es O Estado é também a contrationo, pois, República a todo que a vontade geral: "Chamo, pois, República a todo Estado resida do Estado é a vontade geral: "Chamo, pois, República a todo Porque so estado regida do Estado e a vontade estado regida pública significa algo Text." do Estado é a vontade geral: do Estado é a vontade geral: do Estado é a vontade geral: por lei, qualquer que seja a sua forma de administração, porque só então regio por lei, qualquer que seja a coisa pública significa algo. Todo governa o în por lei, qualquer que seja a coisa pública significa algo. Todo governa o în do Estado e una e a coisa pública significa algo. Todo governo legito teresse público governo legito teresse pública no [...]".<sup>15</sup> mo é republicano [...]".13

see publicano [...]. é republicano [...]. como nenhum direito existe se não for a vontade geral, isto é, a vonta Como nenhum direito com a interpretação concreta de quem a estatemente de la contace de quem a estatemente de la contace d de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa de do Estado de acordo com a interpretação de quem a executa de

de do Estado de acordo com a morta da doutrina de Hobbes, sob o fundamenta de constrói o estatalismo da doutrina de Hobbes, sob o fundamenta Rousseau reconstrói o povo, legislando sem freios, é o Estado. Rousseau reconstitutar: o povo, legislando sem freios, é o Estado, to da soberania popular: o povo, legislando sem freios, é o Estado, a soberania popular: o poro, registrato, em relação à dos demais contratu-A originalidade da obra de Rousseau, em relação à dos demais contratu-A originalidade da obra de Rousseau, em relação à dos demais contratu-

A originalidade da dura de A originalidade da dura de listas, reside na soberania popular, que, para alguns de seus intérpretes, sena listas, reside na soberania popular, que, para alguns de seus intérpretes, sena ilimitada.

A propósito. Paulo Bonavides faz notar que Rousseau, ao contrário de A propósito, rauto apoder nem contradiz o princípio da soberania, pelo Montesquieu. não teme o poder nem contradiz o princípio da soberania, pelo Montesquieu, não tente o pote uma doutrina apologética do poder, na qua contrário, sua doutrina é antes uma doutrina apologética do poder, na qua contrário, sua doutina teriores ou superiores ao Estado. Na verdade, como não existem direitos anteriores ou superiores ao Estado. Na verdade, como não existem alfeitos que não tenham sido abrangidos pelo contrato social, o direitos da entre existina do poder. A vontade geral é o critical não há direitos que não terrato do poder. A vontade geral é o critério de legita to não é a antítese necessária do poder de caráter jurídico, porque é fundado to não é a anticise necessaria de caráter jurídico, porque é fundado no consen-mação que reveste o poder de caráter jurídico, porque é fundado no consenmação que reveste o poeta mação que reveste o poeta timento. É também a vontade geral que provoca a transmutação dos direitos timento. É também a vontade geral que provoca a transmutação dos direitos timento. É também a vontade geral que provoca a transmutação dos direitos timento. naturais em direitos civis, mercê do contrato social.<sup>14</sup>

arais em direitos critica em Kant, com algumas variações: o conha A mesma della e dia criação do Estado, em razão da transformação da to social é que dá ensejo à criação do Estado, por consecutivos de transformação do to social e que da cincipação do estado de natureza em estado civil. O Estado, por conseguinte, não foi cons estado de natures en la loi constituído constituído. O contra to social é o princípio regulatório que caracteriza o estado civil como estado jurídico, do qual é corolário o princípio de certeza, estabilidade e permanên cia das relações, que se particulariza no direito.

#### 1.2.4. Kant (1724-1804)

Immanuel Kant compreende o Estado como "a união de uma multidad de homens sob as leis do direito" (Metafísica dos costumes, 1784).

A finalidade do Estado é, pois, estabelecer e manter a ordem jurídica, que será tanto mais completa e adequada quanto maior a liberdade asseguada ao indivíduo, estando, nesse sentido, isenta de contingências históricas E

248

15 As doutrinas políticas do Estado de Danito 249

a <sup>finalidade</sup> do direito é a de regra negativa, que limita a vontade. A conciliaa <sup>fullidade</sup> do direito e la concella-a <sup>fullidade</sup> do direito refere-se apenas aos atos externos do b-ci<sup>0</sup> de sa vida social: o direito refere-se apenas aos atos externos do ba filalisas premissas o direito refere-se apenas aos atos externos do homem, da eda vida social: o direito refere-se apenas aos atos externos do homem, ada e da sua liberdade interna se contém nos límites do importentementes. cia de vida social o diferencia e aperias aos atos externos do homem, sada e da vida social o diferencia se contém nos limites do imperativo cate-ciada da sua liberdade interna se contém nos limites do imperativo cateada consciencia de una conducta de contern nos limites do imperativo cate-enquanto a sua nocelui que a moralidade da lei não deriva de uma conduta gi<sup>rico.</sup> Daí se conclui que a moralidade da lei não deriva de uma conduta gi<sup>rico.</sup> Ata por coação externa, mas da consciência de cada um ener Daí se concerta que a manadade da lei não deriva de g<sup>árico</sup>, por coação externa, mas da consciência de cada um, g<sup>ario</sup>, por coação externa, mas da consciência de cada um,

osta por coação exteritivo conter o poder do Estado, mitigando sua força Para Kant, é imperativo, pode-se aproximar o Estado initidado sua força

Para Kant, e impede pode-se aproximar o Estado, mitigando sua força Para Kant, e sentido, pode-se aproximar o Estado jurídico de Kant do ocretiva. Nesse sentido de Montesquieu. Kant também se aprovince de Kant do coercitiva. Nesse se la Montesquieu. Kant também se aproxima de Kant do Estado constitucional de Montesquieu. Kant também se aproxima de Rousseau Estado constitucional voluntária dos individuos sob regras inset constitucional de voluntária dos indivíduos sob regras jurídicas, de for-estado constitucional de voluntária dos indivíduos sob regras jurídicas, de for-ao reconhecer a concepção da lei como vontade geral e segundo <sup>20</sup> reconhecer a recursión da lei como vontade geral e segundo postula o con-na análoga à concepção da lei como vontade geral e segundo postula o con-na análoga à concepção da lei como vontade geral e segundo postula o con-<sup>au</sup> análoga à concepsa soberania popular. Deste se distingue, porém, em vir-ma análoga fundado na soberania popular. Deste se distingue, porém, em vir-tatualismo, fundado da razão, e não da realidade histórica ratualismo, turnato da razão, e não da realidade histórica. Jude de ser produto da razão, e não da realidade histórica.

de ser producto de ser producto de consequência, "[...] é o conjunto de O direito, na filosofia kantiana, por consequência, "[...] é o conjunto de O direno, na e as quais a vontade de cada um pode coexistir com a voncondições incens, segundo uma lei geral de liberdade".<sup>15</sup> jade dos demais, segundo uma lei geral de liberdade".<sup>15</sup>

# 1.2.5. Efeitos - O homem no centro do universo

Das proposições jusnaturalistas do iluminismo podem ser retiradas, sinteticamente, quatro orientações principais:

a) existem direitos naturais eternos e absolutos, demonstráveis pela raa) válidos para todos os homens, em todo tempo e lugar; o que significa dizer que tais direitos são universais;

alicito natural constitui um conjunto de regras, suscetíveis de verificação por intermédio da razão, que garante perfeitamente tais direitos;

o Estado existe tão somente para assegurar aos homens esses direitos naturais; o direito positivo e o direito aplicado e executado pelos tribunais constituem os meios pelos quais o Estado realiza essa função;

d) tanto o direito positivo quanto o direito costumeiro obrigam moralmente apenas enquanto estiverem de acordo com o direito natural.<sup>16</sup>

Subjacente a essa doutrina, encontra-se a definição de liberdade oferecida por Kant, em A paz perpétua e outros opúsculos (1795), de clara inspira-

15 KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes, 2004, p. 34-5.

16 Cf POUND, Roscoe. Liberdades e garantias constitucionais, 1976, p. 57-8.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. Do Estado liberal ao Estado social, 1980, p. 18.

recina do Estado · Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

ção rousseauniana: "A liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a los cas quais pude dar o meu assentimento"<sup>17</sup>.

rousseaunais pude dar o nicu anterno, consiste na concepção de lin mas às quais pude dar o nicu anterno, consiste na concepção de lin A definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line A definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de line a definição de Rousseau de line de line a definição de Rousseau de line de A definição de Rousseau, por se preserve a si mesma" is fator de liber. A definição de Rousseau, por se preserve a si mesma" is fator de liber. dade como "a obediência à lei que se preserve a si mesma" is fator de liber. dade como "a obediência à lei que se preserve a si mesma" is fator de liber. A deimo "a obediência a lei que de protection da de todos os demais setemi dade como "a obediência a lei que de homem da de todos os demais setemi nante na diferenciação da natureza do homem da de todos os demais setemi Rousseau expõe no Discurso sobre a origem da desigualdad dade como nante na diferenciação da natureza do neos sobre a origem da desigualdade emais seres a Conforme Rousseau espõe no Discurso sobre a origem da desigualdade entre Conforme Rousseau espõe no Discurso sobre a origem da desigualdade entre conforme estes, além de dotados de dupla historicidade – a própria historia das sociedados humanos de trade entre nante na one Rousseau espõe no Esterno de la constructiona de sigualdade esterno Conforme Rousseau espõe no Esterno de dupla historicidade – a própria história das sociedades humanas – não – n Contornes, estes, além de dorados de day sociedades humanas - a própria história os homens, estes, além de dorados de day sociedades humanas -, não a sociedades humanas -, não a sociedades humanas -, não a sociedades de dorados de os homena, individual e a sua inserção na inserção predeterminado, como ocore como segundo um destino genético ou biológico predeterminado, como ocore com segundo um destino podendo obedecer à lei que preserve a si m segundo um destino generico ou ourogede cer à lei que prescreve a si mesto, so animais. Ao contrário, podendo obedecer à lei que prescreve a si mesto, os animais. Ao contrário, podendo que lhe conferiam a ordem divina os animais. Ao contrário, podendo que lhe conferiam a ordem divina, a mona liberta-se de toda a predestinação que lhe conferiam a ordem divina, a mona e a ética que dele derivavam.

tica que dele derivavani. etica que dele derivavani. Kant, a partir dessas ideias, elaborara o conceito de pessoa como sujeto Kant, a partir dessas ideias, elaborara o conceito de pessoa como sujeto Kant, a partir dessas ideias, elaborara o conceito de pessoa como sujeto Kant, a partir dessas iucias, cuanda a como sujeto de pessoa como sujeto de direitos universais, anteriores à ordenação estatal. Por causa de sua von-de direitos universais, anteriores a condição de autonomia, capaz de de direitos universais, anterior em condição de autonomia, capaz de sua von-tade racional, só a pessoa vive em condição de autonomia, capaz de guiarse tade racional, só a pessoa vive em condição de autonomia, capaz de guiarse tade racional, so a pessoa arte guiarde pelas leis que edita para si própria. Por isso, todo homem tem dignidade e au pelas leis que edita para si própria. Por isso, todo homem tem dignidade e au pelas leis que edita para si própria. pelas leis que entra para o per sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualida sim ser humano em sua individualida sim ser humano em sua individualida ser humano sim, a humanidade conte en equivalente. A agregação dos individualida de são insubstituíveis, não têm equivalente. A agregação dos indivídualida de são insubstituíveis, não têm equivalente. A agregação dos indivídualida de são insubstituíveis, nas vontade racional, posto que cada un deles so regras jurídicas faz-se por sua vontade racional, posto que cada un deles, ao regras jurídicas taz-se por solo mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessa mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessa mesmo tempo em que universal, conforme o imperativo categórico: "age se mesmas leis, de âmbito universal, conforme o imperativo categórico: "age se gundo unicamente a máxima pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral".20

ela se transionne emportante na evolução das doutrinas políticas. A crenca na sacralidade da pessoa humana e na existência de determinadas regra ça na saciandade da participada de liferentes maneiras, ao longo de toda a enlução do pensamento ocidental. O pensamento humanista da modemidad cristă, contudo, ainda que tenha dado nascimento à ideia de "humanidade" não havia sido capaz de conceber o indivíduo como sujeito dos direitos, ma tão somente como seu beneficiário. Do ponto de vista jurídico, isso tinha consequências importantes: os direitos naturais não eram direitos subjetivos. Da a expressão "declarações de direitos", a revelar que os direitos individuais não constituíam uma criação do Estado, porque preexistiam a este, bastandodeclará-los para que fossem respeitados.

15 As doutrinas políticas do Estado de Direito 251

Apassagem de uma ordem dada para uma ordem construída, forjada pela Apassagem de una orden construída, foriada pela a moderna, iniciou-se com **Descartes** no século XVII (O discurso do dencia noderna, iniciou-se metafísicas, 1641). Foi levada às últim Ar moderna, interest enter concentres no século XVII (O discurso do ciência 1637; e Meditações metafísicas, 1641). Foi levada às últimas conse-petido as por Kant, a partir da nova concepção do homem elaborad. el<sup>ence</sup>, 1637; e (riecurso da nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-pelodo, 1637; e (riecurso do nova concepção do homen elaborada por Rous-elaborada por Rous-com importantes consequências políticas. O filósofo francês t prélou de forme de la participation de la part qu<sup>enc</sup> com importante a radicalmente inédito que Kant tentava resolver em san expõe o problema radicalmente inédito que Kant tentava resolver em A crítica da razão pura:

ao se interrogar sobre a nossa capacidade de fabricar "sínteses", "juízos sin-1 ao se interios.", "juizos sin-télicos", Kant simplesmente apresentava o problema da ciência moderna, o télicos do método experimental, ou seja, saber como se et al télicos", Nant notection do método experimental, ou seja, saber como se elaboram as leis que problema do método experimental, ou seja, saber como se elaboram as leis que problema do incorações, ligações coerentes e esclarecedoras entre fenômenos estabelecem associações, ligações coerentes e esclarecedoras entre fenômenos estabelecem assuração não é mais dada, mas deve ser introduzida por nós, de fora.21

A primeira das consequências políticas acima aludidas vincula-se à ca-A primeira de formular "juízos sintéticos" (como Kant havia expospacidade numana a razão pura), o que lhe confere um lugar sem preceden-pem A crítica das ideias e das instituições políticas a regionar precedento en A crute das ideias e das instituições políticas, posto que a ele cabe, tes na história das sentido e coerência ao mundo. A como la cabe, tes na finitional sentido e coerência ao mundo. A segunda consequência é pela razão, dar sentido e una a virtude reside na acão douto do segunda consequência é pela razao, da ideia de que a virtude reside na ação desinteressada e, simulresultado da universal – presente no imperativo categórico kantiano –, notaneamente a presente nos fundamentos da república visualizada pela Declaração Francesa.

A cosmovisão do jusnaturalismo iluminista, que congrega o indivíduo, a razão, a natureza, a felicidade e o progresso, é. enfim, a fonte do liberalismo político e econômico que prevalecerá no século XIX, sob forte influência da doutrina política pós-revolucionária inglesa. No plano econômico, o liberalismo supõe a não intervenção do Estado, e, no plano político, os direitos naturais. No plano das instituições políticas, a doutrina política jusnaturalista duminista arquiteta um complexo sistema de controles do poder estatal, que gravita em torno do Poder Legislativo, instituindo as bases sobre as quais se afirmará o Estado de Direito.

21 FERRY, Luc. Aprendendo a viver, 2007, p. 125

KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social, 3.ed., livro 1, cap. VIII. 18

<sup>19</sup> Ibidem, livro II, cap. VIII, p. 26

KANT, Immanuel Fundamentação da metafísica dos costumes, p. 69.

Teoria do Estado · Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

#### DISCUTINDO CONCEITOS - I

# A teoria dos direitos naturais e os movimentos Políticos

A teoría dos direitos naturais foi a principal matriz dos movimentos políticos do fin A teona dos direitos naturais no evolucionários aos liberais, aos republicanos e aos do século XVIII e do século XIX, dos revolucionários aos liberais, aos republicanos e aos

listas, com diferentes manacas Nessa matriz teórica podem ser identificadas duas vertentes filosóficas: a individualista Nessa matriz teórica de concepção kantiana – dado que os fins da atividada Nessa matriz teorica pocontenera kantiana – dado que os fins da atividade moral do e a social. A individualista, de concepção kantiana – dado que os fins da atividade moral do e a social. A individualista, de social sua própria razão –, compreende os direitos naturais – e a social. A individualista, ue concerta razão -, compreende os direitos naturidade moral do homem são ditados pela sua própria razão -, compreende os direitos naturais em temos homem são ditados pela sua própria razão -, compreende os direitos naturais em temos homem são ditados pela suo proprior modernos" (Benjamin Constant). A social apresenta liberais, próximos da "liberdade dos modernos" (Benjamin Constant). A social apresenta liberais, próximos da e laicizada dos direitos naturais, na qual são enfatizada liberais, proximos da increación dos direitos naturais, na qual são enfatizadas as reja-uma visão dessacralizada e laicizada dos direitos naturais, na qual são enfatizadas as reja-direitos humanos e a sociedade. Na vertente individualista o prete uma visão dessacratizada e anacea a sociedade. Na vertente individualista, o problema da consequente expansão dos direitos do home ções entre os direitos numeros e limitação do poder do Estado – e da consequente expansão dos direitos do homem - estas limitação do poder do Estado - e da consequente expansão dos direitos do homem - estas limitação do pouer ou casta em identificar a esfera de atuação autônoma do indivíduo, para melhor garantir o desenvo em identificar a esfera de atuação autônoma do indivíduo, para melhor garantir o desenvo em identificar a estera de esta o mesmo tempo, limitar reciprocamente a atuação de todos vimento de sua vida privada e, ao mesmo tempo, limitar reciprocamente a atuação de todos em beneficio da liberdade comum.

Os dois postulados conduziram, inevitavelmente, à teoria liberal dos direitos huma. nos, pela qual se reconheceram a primazia dos direitos sobre o Estado e a correspectiva nos, pela qual se reconheceram a primazia dos direitos la para a vertente social es di nos, pela quar se receiva da para a vertente social, os direitos do ho-obrigação deste na garantia daqueles direitos. Já para a vertente social, os direitos do hoobrigação ueste no social e não um dado da natureza. Essa visão, tributária das ideas mem são uma construção social e não um dado da natureza. de Nicolas de Condorcet, conduz a uma concepção dessacralizada e laicizada dos direitos naturais, na qual são ressaltadas as relações entre os direitos humanos e a sociedade sen perda da sua referência individualista.

#### 2. O liberalismo

252

As palavras liberal e liberalismo merecem algumas qualificações prelimnares

De forma muito sintética, podemos dizer que o substantivo liberalismo designa um fenômeno político, resultante da doutrina liberal clássica, a seguir examinada, que se manifesta conforme o grau de desenvolvimento político dos diversos países. Na acepção política e jurídica que lhe conferem Lockee os federalistas, Montesquieu e Benjamin Constant, significa império da le e Estado constitucional; nessa acepção, seu sentido se articula em tomodaliberdade como liberdade política e não de livre comércio ou de livre merca15 As doutrinas políticas do Estado de Direto

Ajse revela a intenção de limitar o poder do monarca, de rever as estrutu-do Ajse revela do absolutismo, intenção também manifestada nas trens da Aise revela a interventa o poter do monarca, de rever as estrutu-da Aise revela a interventa do norte com o intuito de promover, com a colòmias políticas da América do Norte com o intuito de promover, com a da Alas as políticas do apsolution Norte com o intuito de promover, com a sua inde-políticas da América do Norte com o intuito de promover, com a sua inde-políticas da afirmação de um governo democrático. O adjetivo to proposa da America de um governo democrático. O adjetivo liberal, por pribiocias a afirmação de um governo democrático. O adjetivo liberal, por pridencia, a designa a qualidade de ser adepto da liberdade político pridencia, a afirmação a qualidade de ser adepto da liberdade política; sua inde-pendência, designa a qualidade de ser adepto da liberdade política; sua mar-conseguinte, designa pelo fato de o liberalismo político ser a marpende inte, designa a que a la compto da liberdade política; sua mar-conseguintes traço, realçada pelo fato de o liberalismo político ser anterior ao ca está nesse traço. liberalismo econômico.

2.1. A doutrina liberal clássica

Adoutrina liberal clássica compreende um conjunto de princípios e pro-Adoutrina nocem torno da liberdade, valor supremo da vida humana. posições articulas, prega a realização dos direitos individuais, a garantia da fin termos gerais, prega a mais ampla liberdade de escolha torta En termos generalas e da mais ampla liberdade de escolha, tanto política como propriedade privada e da mais ampla liberdade de escolha, tanto política como propriedade no escolomica, seja em relação à ação repressiva do Estado popriedade pinto, seja em relação à ação repressiva do Estado ou da Igreja, nil e econômica, seja em relação à ação repressiva do Estado ou da Igreja, ail e economica aos vínculos corporativos tradicionais sia em relação aos vínculos corporativos tradicionais

en relação de liberdade é correlata à de individualismo. A noção positiva do Aideia or noção positiva do induídio, nascida com o cristianismo, aprimorada no Renascimento e valoinduíduo, nascumento e pelo direito natural moderno, ganha foros de linrada pero presenta a cidadão e para a nação, vis-à-vis à sociedade políterdade individualismo do cidadão supõe a sua emancipação das estruturas tradicionais, o da nação, a diferenciação dos estados entre si, tanto em razão tadicionais, e una contratações socioculturais quanto de suas missões parteculares. Aí estava o germe do Estado-Nação.

Enraizada na história europeia, a doutrina liberal clássica resulta do humanismo, da mentalidade iluminista, da tradição constitucional inglesa, da espetiência revolucionária francesa e americana, do racionalismo jurídico alemão. Seus fundamentos foram desenvolvidos por diversos pensadores teomo Kant, Locke, Montesquieu, Benjamin Constant, J. Bentham, James e John Stuart Mill, David Hume, Burke, os federalistas, Tocqueville, Hegel e muitos outros) entre o fim do século XVIII e o do século XIX, aproximadamente. Há quem veja na edição da obra Da liberdade, de J. Stuart Mill, em 1859, o marco político, por excelência, dessa corrente teórica, muito embora não se possam precisar as suas origens, com clareza, neste ou naquele evento.22 Os valores e princípios que orientaram a criação dos Estados Unidos da América, por exemplo, são a expressão dessa doutrina,

22 Cf. DALARI, op. cit., p. 278

Teoría do Estado · Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

254

como o demonstram a Declaração de Independência americana de 1776, Os artigos federalistas

no o demonstratistas. artigos federalistas. Do ponto de vista filosófico, a doutrina liberal distanciou-se do instanciou-Do ponto de vista filosófico, a aproximou-o do empinismo, con trainal, de base teológica, e aproximou-o do empinismo, con trainal, de base teológica, e aproximou-o do empinismo, con trainal, de base teológica, e aproximou-o do empinismo, con trainal de base teológica, e aproximou-o do empinismo, Os artigos features de vista filosofico, a documento do do empinismo, se do historio Do ponto de vista filosofico, a aproximou-o do empinismo, contente ralismo tradicional, de base teológica, e aproximou-o do empinismo, cortente ralismo tradicional, de base teológicamento produzido pela observação dos fa Do ponto instructional, de base teologicar e un de compinsmo, tustata ralismo tradicional, de base teologicamento produzido pela observação dos contente que pregava ser todo o conhecimento produzido pela observação dos fatos que pregava ser todo o conhecimento produzido pela observação dos fatos e pregava ser todo o conhecimento produzido pela observação dos fatos e ralismo tradicio o conhecimento presente se o jusnaturalismo dos fatos e que pregava ser todo o conhecimento presente se o jusnaturalismo dos fatos e pela experiência sensível. Metodologicamente, se o jusnaturalismo tradicio pela experiência a ordem natural do universo de forma apriorística, com fuero tradicio trava a ordem natural do universo de forma apriorística, com fuero tradicio trava a ordem natural do universo de forma apriorística. que pregava especiência sensível. Metodotoga de forma apriorística especiência sensível. Metodotoga especiência apriorística, com fundanal explicava a ordem natural do universo de forma apriorística, com fundanal explicava a ordem natural do universo de forma apriorística, com fundanal explicava a ordem natural do universo de forma apriorística, com fundanal especiencia especia especiencia especia especiencia e pela experienza a ordem natural do una elucidava por via de dados com funda nal explicava a ordem natural do una elucidava por via de dados empínica mento na vontade divina, o empírista a elucidava por via de dados empínica mento na vontade divina, o empírista a elucidava por via de dados empínica nal expirementade divina, o empriso a grandica e a solução de dados empireca mento na vontade divina, o empriso de problementa de dados empireca Com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas Com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas pragmática e a solução de pragmática e a mento na estimulou a mentanuare pres indutivos, construídos per Com isso, estimulou a mentanuare pres indutivos, construídos para a losóficos e científicos por via de modelos indutivos, construídos para a con-losóficos e científicos diversos fenômenos naturais e sociais e de sua conlosóficos e científicos por via de momenos naturais e sociais e de suas respec-preensão racional dos diversos fenômenos naturais e sociais e de suas respec-

s lógicas de funcionamento. s lógicas de funcionamento. Nesse sentido, o conceito de lei formulado por Montesquieu em 0<sub>et</sub> Nesse sentido, a mais ampla acepção, são as relações ne Nesse sentido, o concento de les acepção, são as relações necessina pínto das leis – "as leis, na mais ampla acepção, são as relações necessina pínto das leis – "as leis, na mais ampla acepção, são as relações necessina pínto das leis – "as leis, na mais anue - é paradigmático. Sendo as leisções necessária que derivam da natureza das coisas "" – é paradigmático. Sendo as leis rela que derivam da natureza das coisas, como o comme que derivam da natureza da natureza das coisas, como o comprova de eões necessárias que derivam da natureza das coisas, como o comprova de eões necessárias que derivam de organização política, não emcões necessárias que derivant de organização política, não exprimenta uniformidade de modos e formas de organização política, não exprimenta uniformidade nem um dever ser absoluto e imutável, mas o resultada, n uniformidade de mouos e ver absoluto e imutável, mas o resultado de vontade divina nem um dever ser absoluto e imutável, mas o resultado de va vontade divina nem un con econo a geográfica, o clima, as dimensões do Estado as riáveis tais como localização geográfica, o clima, as dimensões do Estado, as riáveis tais como localização e o "espírito das leis". Assim, além de rom riáveis tais como localização geo geo respírito das leis". Assim, além de romper con relações sociais etc. Esse é o "espírito das leis". Assim, além de romper con relações sociais etc. Esse é o "espírito à teologia, submeteu as instituirelações sociais etc. Las do direito à teologia, submeteu as instituições pola, a tradicional submissão do direito à teologia, submeteu as instituições pola, cas às leis que derivam das próprias relações políticas.

as leis que derivant do direito, o liberalismo se associa ao constituciona. Do ponto de vista do direito, o liberalismo se associa ao constituciona. lismo. E, se pregava a racionalização jurídica do poder do Estado, era, por lismo. E. se prega que também pregasse a racionalização das normas juríd tanto, meritaren que materialmente. Ambas as ideias desembocan no cas, tanto tornal que solução liberal para o problema da liberdade política que possibilitou combinar, sob a limitação de uma lei superior, o governo dos homens (a lei legislada, por via da ação parlamentar) ao governo das leis (resultado da interpretação judicial na tradição anglo-saxã).

A racionalização da forma jurídica - isto é, a produção e a sistematização das leis de acordo com determinados procedimentos - não constituía, propriamente, uma novidade; procedente do pensamento jurídico romano, já se manifestara no absolutismo. Tampouco eram inovadoras as técnicas de racio nalização do conteúdo jurídico, ou seja, a sua fundamentação segundo alguns princípios materiais que se pretendem imutáveis (a liberdade política,

23 O espírito das leis, livro 1, cap. 1

15 As doutrinas políticas do Estado de Direito 255

conomica, civil e da propriedade privada), que procedem do direito natural e conomica, civil e da propriedade privada), que procedem do direito natural e conomica, civil e da propriedade privada), que procedem do direito natural e conomica, civil e da propriedade privada), que procedem do direito natural e conomica, civil e da propriedade privada), que procedem do direito natural e conomica, civil e da propriedade privada), que procedem do direito natural e conomica, civil e da propriedade privada), que procedem do direito natural conômica, civil e un proposa a proposta liberal é o fato de tais técnicas ioga-conômil. O que há de novo na proposta liberal é o fato de tais técnicas ioga-pe<sup>cional</sup>. O que na construção de uma estrutura unitária do poder do Economica iogaconon. O que ha de novo na proposa noeral é o fato de tais técnicas joga-pe<sup>cional</sup>. O que ha de novo na proposa noeral é o fato de tais técnicas joga-pe<sup>cional</sup> favor da construção de uma estrutura unitária do poder do Estado, na re<sup>n a</sup> favor da construção, iá mencionado de la constructura de cons pelona da constitução de tana continura unitária do poder do Estado, na ren a favor da constitução de tana contrata unitária do poder do Estado, na ren a favor da constitução de tana contrata unitária do poder do Estado, na pol se inclui um sistema jurídico sem lacunas que garanta certeza e segu-quil se inclui um sistema o, já mencionado, é exemplo paradiematir<sup>ent a</sup> inclui um sistema, já mencionado, é exemplo paradigmático dessa qui se *inclui o Rechtsstaat* alemão, já mencionado, é exemplo paradigmático dessa nacio o concepsão.

2.1.1. A liberdade política

A*liberdade política*, em particular, é a força motriz da doutrina liberal A liberdade portesta de todas as demais liberdades (religiosa, de propriedade priclásica. Fiadora de profissão, econômica etc.), significa. a) a ausência ou ada de expressão, de profissão, econômica etc.), significa. a) a ausência ou ada, de espressao, a participar de coerção; b) a proteção contra o poder arbitrário acliminação das relações de coerção; b) a proteção contra o poder arbitrário acliminação Entendida por G. Sartori como "independência esta arbitrário aeliminação das tendida por G. Sartori como "independência o poder arbitrário eilmitado. Entendida por G. Sartori como "independência em relação a", 24 eilmitado protetora ou defensiva", 25 reveladora do este eilmitado. Enten protetora ou defensiva",<sup>25</sup> reveladora do antagonismo em euma "liberdade protetora inimigo das liberdades. As exist euna "Incidado" intradicional inimigo das liberdades. As exigências de later-relação ao Estado e do ensino, do fim do corporativismo e do relação ao Estado e do ensino, do fim do corporativismo e dos privilégios feudade do Estado a afirmação do livre mercado, são consequências lógicas dais assim como a afirmação do livre mercado, são consequências lógicas desse ideário.

e ideano. Mas, para que houvesse efetiva liberdade política, eram necessárias de-Mas, para de políticas e jurídicas que possibilitassem ao cidadão resisterminadas gamenos, opor-se – ao poder do Estado, que, caso contrário, o dotir-ou per caso contratio, o do-minaria. Evidentemente, tais garantias não poderiam ser buscadas na pessoa minaria l'ouscaus na obediência à lei. A igualdade perante a lei, sob o Estado de Direito e a criação de formas de representação política que assegurado de Parlamento, a elaboração da própria lei, sintetizam as condições báscas da liberdade política, à qual se adicionam as demais liberdades para a garantia da possibilidade de escolha.

Locke<sup>14</sup> sintetiza: "[...] onde não há lei não há liberdade", reafirmando mais explicitamente: "[...] a liberdade dos homens sob governo importa em terregra permanente a lhe pautar a vida, comum aos demais membros da sociedade, e feita pelo Poder Legislativo estabelecido em seu seio [...]".27

A obediência às leis é, pois, simultaneamente, instrumento de limitação dopoder do Estado e de conciliação, no espaço público, das liberdades e ar-

27 Ibidem, cap. IV, n. 22.

<sup>3</sup> CÉ SABTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada - as questões clássicas, p. 68. 25 Ibidem, p. 64.

<sup>26</sup> Cf. Segundo tratado sobre o governo civil, cap. VI, n. 57

reona do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

15 As doutrinas políticas do Estado de Diresto 259

licidade os fins últimos do homem, o ideal é aproveitar essa tendência en licidade os fins últimos do homem, o ideal é aproveitar essa tendência en licidade da sociedade. Trata-se de um liberalismo utilitário, no qual en la sociedade da so licidade os fins últimos do homem, o necar e aprovenan essa tendência en licidade os fins últimos do homem, o necar e aprovenan essa tendência en licidade da sociedade. Trata-se de um liberalismo utilitário, no qual en licidade da maioria en licidade d licidade os martes de constructiones de felicidade da maioria en pelas leis positivas, deve ampliar as condições de felicidade da maioria, e pelas leis positivas, deve ampliar de ser exterior ao agonte conhado. neficio da societa neficio da societa pelas leis positivas, deve ampliar as contrato o sofrimento (termos cunhados da maioria, "na pelas leis positivas, deve ampliar as contrato o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o prazer e "minimizando" o sofrimento (termos cunhados por simizando" o p pelas leis positiva ximizando" o prazer e "minimizando" o soutrito na agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha tham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente, é conjuntural e ha transference de ser exterior ao agente de ser exterior ao agente de ser exterior ao agente de ser exterior ao a

258

m). A norma, r J, pondo em xeque a ideia do contrato o gran e uo direito natural em A concepção filosófica do utilitarismo do ato e do utilitarismo da norma encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua porte da norma encontram sua justificado encide na ideia de que tais atos e normas encontram sua porte da norma encontram encontram en tável, ponto en a ideia de que tais atos e normas encontram sua justificada portanto, reside na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificada portanto, reside na ideia de suas consequências. O pensador inglês John Stuar valor de suas consequências de suas compartilha desse sistema de su A concert portanto, reside na ideia de que tars atos e normativa incontram sua institución moral no valor de suas consequências. O pensador inglês John Stuart moral no valor de suas consequências. O pensador inglês John Stuart Mil portanto, testo valor de suas consequencias. O personator ingles John Stuart and moral no valor de suas consequencias. O personator ingles John Stuart Mal adiante comentado, também compartilha desse sistema de ética normativa di adiante comentado ético-política.

nice com oncepção ético-política. Tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima Tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima Tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima tal concepção é altamente competitiva, como forma de selecionar etal tal Tal concepção é altamente complete como forma de selecionar da máxima tea lização individual, a meritocracia, enfim, como forma de selecionar elitesta lização individual, a meritocracia mediocridade da massa. Subjacente lização individual, a meritocracia, cumo de selecionar elites a lização individual, a meritocracia, cumo desenvolvimento da sociedad. turais e espontáneas e impedir a ricer a no desenvolvimento da sociedade con entendimento, encontra-se a crença no desenvolvimento da sociedade con Estática política e de valores que a informam, o que nos resal entendimento, encontra-se a crearge que a informam, o que nos revela a forme a dialética política e de valores que a informam, o que nos revela a forme a dialética doutrina.

linâmica dessa doutrina. Essa é a visão de mundo que influencia a obra de Adam Smith, particu-Essa é a visão das nacões (1776), marco da análise científica das nacões (1776). Essa é a visão de mutudo que 1776), marco da análise científica dos fenja larmente A riqueza das nações (1776), marco da análise científica dos fenja larmente A riqueza fonte dos paradigmas teóricos da economia e las fenja larmente A riqueza das nações en adigmas teóricos da economia dos feito menos econômicos e fonte dos paradigmas teóricos da economia política das menos econômicos e fonte dos paradigmas teóricos da economia política das menos econômicos e rome dos partes que os fenômenos econômica das sica. Em linhas gerais, Smith propugna que os fenômenos econômicos soa transportem natural a eles subjacente, regida por la sica. Em linhas gerais, sinter propies a eles subjacente, regida por leis própria manifestação de uma ordem natural a eles subjacente, regida por leis própria manifestação de uma orderni sistema de relações causais (denominado sidema e objetivas, cuja fonte é um sistema de relações causais (denominado sidema e objetivas, cuja torne e laboração teórica, Smith propicia a elevação da eto

Defende, ainda, que o melhor funcionamento possível da ordem econó mica natural exige a maior liberdade individual possível na esfera econômca. Consoante ao princípio da utilidade, Smith afirma ser o interesse indisdual o grande motor do crescimento do bem-estar coletivo, causa da divisto social do trabalho e do acúmulo de capital, sob influência do fenômeno que denominou "a mão invisível". Assim sendo, o Estado deveria influir o minmo possível na atividade econômica, deixando os mecanismos de mercado operar livremente. A célebre frase de Du Pont de Nemours, laissez-faire, lais sez-passer, exprime precisamente tal ideia.31

É preciso acentuar, porém, que para Smith o papel do Estado não étào "mínimo", por assim dizer. Além da manutenção da lei e da ordem, da propie-

31 Cf. NUSDEO, Fábio. Curso de economia, 2001, p. 127.

defesa nacional, deveria garantir à sociedade determinados serviços, pie e da defesa naciona, sancamento básico, educação etc., que não são atraen-pis como saúde pública, soncemos deduzir, do pensamento de Seciet u<sup>sconto</sup> satide publica, podemos deduzir, do pensamento de Smith, uma u<sup>sconto</sup> setor privado. Logo, podemos deduzir, do pensamento de Smith, uma te ao setor privado do laissez-faire, que tanto nos revela o reconhecimento us contratico privado. Los atraen-us contratico de laissez-faire, que tanto nos revela o reconhecimento de Smith, uma te ao setor privado. Los estas e e a preocupação com os economicamento explícito relativização de classe e a preocupação com os economicamento explícito té <sup>a0</sup> se contradições de classe e a preocupação com os economicamente desprote-de contradições de classe e a preocupação com os economicamente desprote-de contradições limites da justiça social à liberdade econômica. Os estes proter<sup>lativ</sup> realizadições de cual a justiça social à liberdade económicamente desprote-las contradições de limites da justiça social à liberdade económica. Os utilitaristas, ados como os limites da prometida maximização do bement des como os lumines dam que a prometida maximização do bem-estar público de modo geral, entendiam que a prometida maximização do bem-estar público de modo geral, em certa medida, a reversão do papel não intervencionestar público de molo geral, enternadida, a reversão do papel não intervencionista do Estado de molo geral, em certa medida, a reversão do papel não intervencionista do Estado applicava, em certa medida, o reversão benigna, em áreas que garantide la paper não intervenção benigna, em áreas que garantissem a manu-pria uma espécie de intervenção benigna, em áreas que garantissem a manu-pria uma como foi o caso da educação pública e da codu p<sup>ara</sup> uma especie de como foi o caso da educação pública e da saúde.

2.3. A democracia liberal Não se pode desvincular a doutrina liberal da democracia representati-Não se pour a início do século XX. No pensamento liberal clássico, a liado século ALS expressa pela participação dos cidadãos no Legislativo, era terdade política, expressa pela participação dos cidadãos no Legislativo, era berdade política, esperar as demais liberdades. Logo, um Estado que tinha aúnica forma de assegurar as liberdades individuais contra en Estado que tinha aúnica torma de garantir as liberdades individuais contra o poder político exipor finalidade genere, participação de indivíduos e grupos nas definições poga necessitation dos princípios da supremacia da vontade popular, da licas. Mas, a dependencia da igualdade de direitos que a fundamentavam, a pargranha da noviedadãos foi limitada por via do voto censitário. Em verdade, hepação dos etamos en verdade, não só a participação política era restrita; o próprio sentido da política tamnão só a participação a política se encontrava numa esfera distinta da sociedade, seja porque se encontrava separada do sistema econômico. Ademais, conforme Matteucci,

O Estado liberal, como bem absoluto, não passa de um ideal-limite ou orientador da experiência política, uma vez que conflitos e tensões, próprios de uma estrutura pluralista, nem sempre são resolvidos pelo diálogo ou pela persuasão, ao contrário, muitas vezes a força atua como fator decisivo; trata-se, porém de uma força que aceita uma regra jurídica [...] apesar, dessa tentativa para regulamentar o uso da força, é preciso reconhecer que não foi eliminada a existencia dos poderosos e dos fracos no mercado político e social.<sup>12</sup>

A liberdade política, nesse contexto, limitava-se à liberdade de escolher entre as diversas alternativas propiciadas pela lei e não à de se submeter ou se

12 Dicionário de política, p. 694.

# reoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

260

15 As doutrinas políticas do Estado de Direito 261

manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. É a Toequeila manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. É a Toequeila manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. É a Toequeila manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. É a Toequeila manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. É a Toequeila manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. É a Toequeila manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. É a Toequeila manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. manifestar acerca de decisões ponucas precusar construção. Segundo o pensador filo de possibilidade de gozar de diveille de diveille de diveille de diveille de diveille manifestar accidente ser creditada cosa comencial orgundo o pensador de sobretudo, que deve ser creditada cosa comencial orgundo o pensador de sobretudo, que deve ser creditada a garantía da possibilidade de gozar de direita cês, a democracia liberal era a garantía da razão do sucesso da democracia de direita no seu entender, aí residua era, assim, uma liberdade de direita an sobretudo, que a liberal era a garanna en provinciado de gozar de fisia, eés, a democracia liberal era a garanna en caso do sucesso da democracia de direito, iguais. No seu entender, aí residia a razão do sucesso da democracia direito, a liberdade de comprovente entender e cés, a democratica entender, aí restura a taxos una liberdade de comprovisiona a liberdade de comprovisione e ana. A liberdade democrática era, assim, uma liberdade de comprovisione e ana. A liberdade democrática era a forma e o homem reivindicava para a defesa de seus ignais Aliberdade democratica eta, reivindicava para a defesa de comptonis eana. A liberdade domocratica eta, reivindicava para a defesa de comptonis uma convenção moral que o homem reivindicava para a defesa de seus du uma convenção moral que o homem reivindicava para a defesa de seus du cana. A noceana que o nomena conservação para a detesa de sounisto, uma convenção moral que o nomena construinados, ser livre não significava, duc, tos." Da perspectiva dos menos afortunados acima apontados.

John Stuart Mill apresenta uma conciliação possível entre denioca. John Stuart Mill apresenta de participação: votar, fazer parte denioca. John Stuart Mill apresenta una entre possível entre democra John Stuart Mill apresenta da ideia de participação: votar, fazer parte democra cia e liberalismo por via da ideia o germe do desenvolvimento parte da vida cia e liberalismo por via da Ideia de partie do desenvolvimento parte da vida comunitária e do júri constituía o germe do desenvolvimento político, o bém levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mai comunitária e do júri constituita o gode benefícios. Na visão de Político, o que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Mill que também levaria de maximização de benefícios. Na visão de Milla de maximização de maximizaçã que também levaria à maximus que também levar mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado de expresso a de imprensa e a de associação, garantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse a de imprensa e a de associação, garantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o poder do Estado fosse mais, o sistema representativo, parantiria que o p a de imprensa e a de associação, genta desconfiança em relação á sucha giado e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela e certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela e certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela e certa desconfiança em relação à autono e controlado (o que revela e certa desconfiance). Na obra de matematica em relação a autono e controlado (o que revela e certa desconfiance) e controlado (o que revela e certa desconfiance). giado e controlado (o que recent de Mill, em particular em Sobre a autono mia dos representantes). Na obra de Mill, em particular em Sobre a liber. mia dos representantes). Na obra da contra en Sobre a liber dade (1859) e O governo representativo (1861), há uma clara associação dade (1859) e o governo representação, que parte do pressuposto de que a sistema en sobre a liber dade (1859) e O governo representação, que parte do pressuposto de que a ssociação entre liberdade e representação, que parte do pressuposto de que a sociação presentação pode ser privilégio de poucos. Assim, pode se particientre liberdade e representação, que a posto de que a partici-pação política não pode ser privilégio de poucos. Assim, pode-se acompa-tacompação política não pode sua obra, um esforço consistente n pação política nao pouce ser provide a obra, um esforço consistente no sentedo nhar, no desenvolvimento de sua obra, um esforço consistente no sentedo nhar, no desenvolvimento a domandas do movimento operário inglês e a mo nhar, no desenvolvimento de movimento operário inglês e a apresentado de responder às demandas do sistema eleitoral inglês que vão da unide responder as de manaña do sistema eleitoral inglés que vão da universaliza de propostas de reforma do sistema eleitoral inglés que vão da universaliza de propostas de retorma ipação da mulher, passando pela criação de instru-ção do sufrágio à emancipação da mulher, passando pela criação de instrução do surragio a cinamo publica que caracterizarão a nova ordem política de instru-mentos de contestação pública que caracterizarão a nova ordem política de rivada do liberalismo – entre eles o sistema eleitoral proporcional (que garantiria a representação das minorias) e a adoção do voto plural, isto é de pesos diferentes para a contagem dos votos, dependendo do eleitor (além de proprietários e trabalhadores, cujas opiniões eram contrastantes, devena haver um terceiro grupo cujos votos teriam maior peso, de forma a atua como fiel da balança). Segundo Mill, a única forma de preservar a liberda de e protegê-la dos interesses da próspera burguesia industrial e financeira era a expansão do direito de voto, entendido este como uma forma de poder e não um direito natural.

Na doutrina utilitarista de Mill, são considerados elementos indispensá veis à maximização das vantagens coletivas a educação pública (gratuita, para os que não pudessem pagar) e o voto, ambos universalizados e associados a

<sup>complexo</sup> sistema de votação plural, o que reduziria a ameaça de tirania <sup>complexo sistema de importante nesse fato é a atribuição de m <sup>natorial</sup> o educação, consequência lógico de m</sup> <sup>un complexo sistema de importante nesse fato é a atribuição de uma na-<sup>un complexo</sup> a O que há de importante nesse fato é a atribuição de uma na-<sup>un matorial</sup> a educação, consequência lógica do iluminismo e da ma <sup>edu máto</sup> pública à educação, indivíduos para atuar na-</sup> <sup>11</sup><sup>cont</sup>ria. O que una consequência lógica do iluminismo e da nacessi-<sup>14</sup> maioria à educação, consequência lógica do iluminismo e da nacessi-<sup>14</sup> maioria de habilitar os indivíduos para atuar na sociedade em maioria de nacessi-<sup>14</sup> coral de habilitar os indivíduos para atuar na sociedade em maioria da nacessirela <sup>na</sup>pública a curreas os indivíduos para atuar na sociedade em que viviam preza pública de habilitar os indivíduos para atuar na sociedade em que viviam de social de sociarecidos e trabalhadores qualificados. d<sup>ale social</sup> de national de industriuos para atuar na sociec d<sup>ale social</sup> de la sociarecidos e trabalhadores qualificados. e<sup>nno</sup> deletores esclarecidos de trabalhadores de t

e deitores escure diferentes experiências de Estado liberal suscitou dis-A democracia nas diferentes experiências de Estado liberal suscitou dis-A democracia e da extensão da partici co<sup>nto</sup> A democracia nas servicios da forma e da extensão da participação popu-intas interpretações a respeito da forma e da extensão da participação popu-intas interpretações de representatividade, sistemas eleitorais e participação popuinterpretações a contratividade, sistemas eleitorais e participação popu-inta internos de representatividade, sistemas eleitorais e participação popu-pren termos de advento da democracia trouxe novos desafios para o bi-<sup>internos</sup> de lepresento da democracia trouxe novos desafios para o liberalismo. O la deno advento da democracia trouxe novos desafios para o liberalismo. O la de anco deslocou-se das estruturas políticas, jurídicas e instila constructional de la construction de la construc do político destocuto do âmbito de participação eleitoral. Além disso, ha-fado para a definição do âmbito de participação eleitoral. Além disso, ha-fado para a definição do individualismo com a partici-Estado para a definição conciliado o individualismo com a participação polí-stado dificuldade de ser conciliado o individualismo com a participação polí-sia a dificuldade por meio de partidos ou associações. ul a diferindade meio de partidos ou associações.

# 2.4. Efeitos

Adoutrina liberal produziu fortes impactos na ordem social, jurídica e A dominia do século XIX e início do século XX. De diversas maneiras, estimu-política do século XIX e início do século XX. De diversas maneiras, estimupolítica do secure da sociedade, a transformação da organização social, a delon a autonomeresentativa, a revisão das instituições políticas, a racionalizamocracia reponincas, a racionaliza-gio jurídica do Estado e sua estruturação como Estado-Nação. O Estado de contrato o reconhecimento de direitos públicos subjetivos, o sistema parlapireto, o recenta presidencialista, por exemplo, são instituições tipimentansia ou mentansia ou mentansia e graus e em momentos distintos, amenie in evolução política, essa doutrina alcançou as Américas e países que sofreram influência britânica (Austrália, Nova Zelândia, Índia, Canadi etc ).

Embora os traços acima indicados sejam comuns às diversas manifestacões da doutrina liberal, eles produziram distintas visões de Estado. Conforme analisa Matteucci:

Onde, como na Inglaterra, a sociedade veio se libertando, desde o século XVII, autonomamente, da estrutura corporativista, [...] o espaço de liberdade individual é sempre visto em contraposição ao governo, considerado um mal necessário. Onde, como na França, a sociedade mantém sua estrutura corporativista, a revolução, a fim de libertar o indivíduo, apela para o Estado, portador

34 Op. cit., p. 118 e segs. e 122 e segs.

<sup>33</sup> Cf. rocqueville, Alexis de, A democracia na América, 1987

Teerra do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

da soberania popular, de tal forma que é rejeitada toda e qualquer mediação tre o indivíduo e o Estado. Onde, como na Alemanha, uma sociedade esta rada em classes demonstra ainda uma notável vitalidade, o hberalismo apresen ta uma concepção orgânica de Estado [...].<sup>35</sup>

Do ponto de vista social, propiciou o surgimento do proletariado e los nou conservadora a classe dominante (que já fora revolucionária), favore, cendo a filosofia política do homem medroso (em oposição à filosofia do homem belicoso da Antiguidade e da Idade Média). E, mais, tendo assegurado um rol de direitos oponíveis ao Estado pela elite dominante, não ofaz para o proletariado, dando causa à injustiça social e ao surgimento de nuvimentos socialistas, que culminam com a afirmação do Estado social no século XX.

século XX. Do ponto de vista jurídico, a construção teórica da segurança e da cete. za postuladas pela dogmática jurídica, a despeito de ter legalizado a atuação do Estado, impediu a elaboração de qualquer teoria jurídica mais consute, te de limitação do poder estatal, uma vez que o Estado produzia o próprio da reito que o limitava. A racionalização do poder foi uma das contradições mas profundas na dialética do Estado moderno: visando a limitar o poder do Es tado, tanto deu ensejo aos regimes totalitários quanto à superação dos funda mentos liberais de contenção da atuação do Estado, por via do Estado Social do qual a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 são paradigmas.

Do ponto de vista político, o liberalismo exigiu o recrudescimento do poder do Estado, para a garantia da liberdade e da igualdade. Não por outras nzões, como já dissemos, o Estado liberal foi denorninado "Estado burguês de direito", "Estado gendarme" (Kant), "Estado guarda noturno" (Ferdinand Lasale), "Estado legislativo" (Carl Schmitt) etc. Por outro lado, por força da ampliação de direitos eleitorais, aumentou a intervenção do Estado em área sociais, anteriormente interditadas à sua ação.

35 BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 1991, v 2 p. 659. DISCUTINDO CONCEITOS - III

Excertos da Declaração de Independência americana

### 1776

### Preâmbulo

Quando, no curso dos acontecimentos humanos, torna-se necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição solver os laços políticos que ine dão direito as feis da natureza e as do Deus da natureza o respeiigual e separada a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza o respeiigual e separada sopinides dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa sepato digno às opinides dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa sepa-

ração Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienaveis, entre os quais estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.

liberdade e o Que, a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados, que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de altera-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais principios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareca mais conveniente para realizar-lhe a seguranca e a telicidade.

Na realidade, a prudência recomenda que não se mudem os governos instituidos há muto tempo por motivos leves e passageiros, e, assim sendo, toda experiência tem mostrado que os homens estão mais dispostos a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a se desagravar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas, quando uma longa serie de abusos e usurpações, perseguindo invanavelmente o mesmo objeto, indica o designio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assiste-lhes o direito, bem como o dever, de abolir tais govemos e instituir novos guardiães para sua futura segurança.

Tal tem sido o sofrimento paciente dessas colônias e tal agora a necessidade que as forca a alterar os sistemas anteriores de governo. A história do atual rei da Grã-Bretanha compõese de repetidas injúrias e usurpações, tendo todas por objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados [...].\*

16 ARMITAGE, David. Declaração de independência - uma história global, 2007, p. 139.

### NUMBER OF STREET

15 As doutinhas políticas do Estado de Direito 263

# As instituições políticas e As instituições pontas e jurídicas do Estado de Direito

apitulo 1

1. O QUE SÃO INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS? O QUE SAU ..... A noção de instituição remete à ideia geral de ação ou empreendimento li-a e se mantém no meio social. Nesse sentido, a palavra institu-A noção de instituição remete a tura getat de ação ou empreendiment que se realiza e se mantém no meio social. Nesse sentido, a palava instituição a privada a diversos fenômenos e condutas, públicas e privada que se realiza e se mantém no meio social e condutas, públicas e privadas diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas de pode ser aplicada a diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas de pode ser aplicada a diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas de pode ser aplicada a diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas de pode ser aplicada a diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas de pode ser aplicada a diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas de pode ser aplicada a diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas de pode ser aplicada e condutas diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas de pode ser aplicada e conductas de privadas de pode ser aplicada e conductas de pode ser aplicada e conduc pode ser aplicada a diversos icnomenos e constituis, publicas e privadas e mília, por exemplo, é uma instituição, assim como o Estado, a Igreja e aso.

jizações políticas tambem o sao. Quando se trata de definir o que é uma instituição política, a noção Quando se trata de definir o que é uma instituição política, a noção diz respeito a ações ou empreendimentos que envil. Quando se trata de demin o que e una montunção política, a novão torna mais precisa: diz respeito a ações ou empreendimentos que envolvem con dustreia, boder ou autoridade em relação à atividade do Estado E torna mais precisa: diz respeno a uçor ou emprecialmentos que envolvem on trole, influência, poder ou autoridade em relação à atividade do Estado, 1 trole, influência políticas da doutrina jusnaturalista do li trole, influência, pouer ou outorias políticas da doutrina jusnaturalista do Estado, Esca plificando: as consequências políticas da doutrina jusnaturalista do lluming complexo sistema de controles legais do no plificando: as consequencias porteceo a de controles legais do llumino mo traduziram-se num complexo sistema de controles legais do poder estata mo traduziram-se afirmou o Estado de Direito; compõem este sita mo traduziram-se num compressione de Direito; compõem esse sistema esse sistema esse sistema estatal base sobre a quai se annunca o cuja pedra angular é a supremacia da con-tre outras instituições políticas, cuja pedra angular é a supremacia da Contre outras insuluções pontecição de Poderes e as declarações de direitos A tituição, as técnicas de separação de Poderes e as declarações de direitos A tituição, as tecnicas de ducito, constituem a estrutura do poder político, so instituições políticas, portanto, constituem a estrutura do poder político, so padrões que garantem a repetição de determinados comportamentos e o de senvolvimento regular e ordenado do poder.

Instituição jurídica, por sua vez, é conceito técnico que indica a personi ficação e a organização jurídicas de um fenómeno social ou político, o quelhe confere previsibilidade e estabilidade jurídicas. Quando a lei institucionaliza um fenômeno social ou político, ocorre uma importante consequência-a sua inserção no sistema jurídico, em razão de sua caracterização como centro de imputação de direitos e responsabilidades, da qual decorre a atribuição de condições de existência, composição, funcionamento etc. Da inserção no sistema jurídico, por sua vez, resulta a possibilidade de reunir em tomo da

Cf. DAHL, Robert. Modern political analysis, 1991, p. 4.

16 As instatuições políticas e unidicas do Estado de Oreao 265

as diferentes regras jurídicas - civis, criminais, administrativas, fisional de forma a congregar, num mesmo comol. and the entry of t ede facetas jurídicas. <sup>106</sup> facetas jurídicas. <sup>106</sup> conceito de instituição aleançou tanto o direito privado quanto o di-O conceito Elaborado pela doutrina francesa, sobretudo por Mando o di-

<sup>assignanc</sup>erto de instituição arcançou tanto o direito privado quanto o di-O concerto de laborado pela doutrina francesa, sobretudo por Maurice Hau-publico. Elaborado pola dousivo da noção de contrato no século XIV. palo publico. Etaborado personante nancesa, sobretudo por Manito o di-palo publico. Etaborado per Manite Hau-palo publico da teoría da personalidade jurídica XIX, benefi-por adoutrino da institución da presonalidade jurídica. ap<sup>an</sup>reação ao uso abusivo sa hoçao de contrato no século XIX, benefi-, en reação desenvolvimento da teoria da personalidade jurídica em ambos os se do desenvolvimento da instituição, a personalidade manbos os p<sup>all</sup>se do desenvorumenta a doutrina da instituição, a personalidade jurídica em ambos os e<sup>auto</sup>s do Direito. Para a doutrina da instituição, a personalidade jurídica - p<sup>allo</sup>s am atributo que a ordem jurídica outorga a determinado a<sup>ndos</sup> do Direito. Fana a octorem jurídica outorga a determinados entros os a<sup>ndo</sup> al atributo que a ordem jurídica outorga a determinados entes - re-a<sup>ndo</sup> ana de trabalho ou empreendimento que se realiza e os and um atmini de trabalho ou empreendimento que se realiza e se mantén ju-gade à idéia de trabalho ou empreendimento que se realiza e se mantén ju-parte ante no meio social, em oposição à ideia de contrato. sente à ideia de function de la constant de la contrato, este mantém ju-parte à ideia de contrato, este mantém ju-rid<sup>icament</sup>e no meio social, em oposição à ideia de contrato, "que não é feito ndcana" como pontuava Hauriou.<sup>2</sup>

jarar" como porte público, contudo, o conceito de instituição tem signi-No campo do direito público, contuito, o conceito de instituição tem signi-Na campo do una setes tanto ao comunto de normas de uma sociedade es-ficição mais ampla: refere-se tanto ao comunto de normas de uma sociedade es-gui, quanto aus o próprio Estado, a Constituição e, também, a República, o judiciário, os partido, a Presidência da República, o Judiciário, os partido mições juridicas e presidência da República, o Judiciário, os partidos políticos etc. palamento, a Presidência do Estado de Direito, a separação de D

<sub>amento,</sub> a riestasica do Estado de Direito, a separação de Poderes, as de-Na doutrina clássica do Estado de Direito, a separação de Poderes, as de-Na doutina constitucionalismo são as instituições que primaria-dirações de direitos e o constitucionalismo são as instituições que primaria-

### 2 A SEPARAÇÃO DE PODERES

Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens Se os nomens augun. Se os homens fasem governados por anijos, o governo não precisaria de controles externos nem jatemos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre hointernos control dificuldade reside nisto: é preciso capacitar o governo a contro preis, a guerrados e em seguida obrigá-lo a se controlar a si próprio.<sup>5</sup>

O parágrafo acima, redigido por James Madison, no Artigo federalista n. Il nos mostra o entendimento dos homens do final do século XVIII a respeito da limitação do poder estatal. É sintomático que a Constituição de Masschusetts, de 1780, e a Constituição americana, de 1787, estejam entre as primeiras a adotar a teoria da separação de Poderes, juntamente com a Dedaração Francesa de 1789 e as Constituições francesas de 1791 e 1795 (na Constituição francesa de 1793, a teoria não foi adotada).

Cf HAURIOU, Maurice. Principes de droit publique, p. 126. 3 Or artigos federalistas, p. 350.

# 266 - Feoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

16 As instruições políticas e partidicas do Estado de Direito 267

Platão (As leis, primeira parte), Aristóteles (A política, cap. XI) e Política tiato VI) teorizaram a respeito das vantagens dos governos política tiato VI) teorizaram a respeito das vantagens dos governos política Platão (As leis, primeira parce), Platão (As leis, primeira parce), (História, Livro VI) teorizaram a respeito das vantagens dos governos relativos 1. divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromus modera 1. divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromus modera (História, Livro VI) teorizarant a respectation de la la consecutiva de la divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos modera dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos de funções dos e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromos de funções de funçõe (Historia, Indiana, I dos e da una truments of government, 16421, una presenvolveu a manifestação precursore da quela teoria. Mas foi John Locke quem desenvolveu a manifestação precursore da quela teoria. Mas foi John Locke quem desenvolveu a manifestação precursore da trumente a respeito da limitação do poder estatal, com influência guela teoria. Mas foi John Locas quela do poder estatal, com influência mais consequente a respeito da limitação do poder estatal, com influência mais consequente a respeito da limitação norte-americana NEXTRA ENTRE ENTRE NEXTRA ENTRE ENTRE NEXTRA ENTRE ENTRE ENTRE ENTRE NEXTRA ENTRE NEXTRA ENTRE ENTRE ENTRE NEXTRA ENTRE quela consequente a respeito da influência, na Constituição norte-americana estruturação das instituições britânicas, na Constituição norte-americana en estruturação das instituições das instituições das estruturação das instituições britânicas, na constituição norte-americana en estruturação das instituições das estruturação das instituições das estruturação das instituições das estruturação das estruturacea das estruturacea estruturacea das estruturação das estruturaçã

A obra de Locke (Dois tratados sobre o governo civil) – talvez o primero dencia à limitação do poder pelo poder que se afirmaria e A obra de Locke (Dois tratteres do poder pelo poder que se afirmaria nos sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência do parlamente de poder pelo poder que se afirmaria nos se sinal da tendência do poder pelo pod sinal da tendência à limitação do proceso da supremacia do parlamento que se atrimaria nos se culos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do Parlamento que culos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do Parlamento que culos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do Parlamento que culos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do Parlamento que culos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do Parlamento que se atrimaria nos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do Parlamento que se atrimaria nos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que se atrimaria nos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que se atrimaria nos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que se atrimaria nos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que se atrimaria nos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que seguintes, – fixou as bases da supremacia do parlamento que segui culos seguintes, - fixou as pases constituídos - o Legislativo, o Evenino de constituídos - o Legislativo, o Ev caracteriza o Rule of Law orner originário, ou constituídos – o Legislativo, o Executivo e

derativo. Sua doutrina, de extração jusnaturalista e contratualista, reconhecia a titu. Sua doutrina, de exuação parte estado de natureza, dos direitos naturais de estado de natureza, dos direitos naturais de estado laridade do poder supremo da atureza, dos direitos naturais de salvaguada dado que titulares, no estado de natureza, dos direitos naturais de salvaguada dado que titulares, no estado de natureza, dos direitos naturais de salvaguada dado que titulares, no estate en anticipado que titulares, no estate en anticipado a sociedade política não punição instituir um governo destinado a eleb punição ineremes a sua epolítica na governo destinado a elaborar as leisa tinha outra finalidade senão instituir um governo destinado a elaborar as leisa destinado as des tinha outra finandade actual acordo, nelas incluídas as destinadas a leisa que se submeteriam de comum acordo, nelas incluídas as destinadas a regula mentar o uso da força coletiva para proteção de todos e de cada um.

A partir daí, o Poder Legislativo torna-se o poder supremo e os demais, o Executivo e o Federativo, a ele subordinados. O Poder Executivo aplica as les e atua com certo grau de discricionariedade (denominado prerrogativa) par suprimir as lacunas da lei. A liberdade é consequência da lei, que é a lei dara zão. A igualdade perante a lei que assim se estabelece é uma igualdade formal e não material. O Poder Federativo zela pela segurança e pelos interesses ester nos; ocupa-se das alianças e dos tratados, decide sobre a guerra e a paz

Segundo Locke, não era conveniente que o Poder Executivo e o Lezilativo estivessem reunidos no mesmo órgão. Seria uma "tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição, confiar aos que têmião poder de fazer as leis o de fazê-las executar". Diversamente, Executivo efe derativo deveriam estar juntos, pois ambos exigiam a força estatal no desenvolvimento de suas funções. No Poder Executivo, em particular, Locke reconheceu uma margem de liberdade de decisão, em situações de omissão da

<sup>considerando</sup> que sua atividade não se reduzia à aplicação das leis. Tal li-la de ação, no direito inglês, se denomina prerrogativa.<sup>4</sup> e<sup>ansiderando que en la construcción de la se reduzia à aplicação de ação, no direito inglês, se denomina prerrogativa \*</sup>

t<sup>ents</sup> de ação, no unas depois, motivado pelo desejo de compreender as dade desquieu, anos depois, motivado pelo desejo de compreender as Montesquieu, abilidade e instabilidade dos governos – o que insta-Montesquieu, anos ecpose monvado pelo desejo de compreender as Montesquieu, anos ecpose monvado pelo desejo de compreender as de estabilidade e instabilidade dos governos – o que implicava enten-carea de estabilidade de anonarquia francesa – expõe, em O de estabilidade e interna da monarquia francesa – o que implicava enten-ous de estabilidade e internativa da monarquia francesa – expôc, em O espírito de as fazões da decadência da monarquia francesa – expôc, em O espírito de as fazões desdobramentos políticos dessa teoria. der as razões un decementos políticos dessa teoria, der los os desdobramentos políticos dessa teoria, de los os princípios após analisar a natureza e os princípio

<sup>a, os</sup> desdourante e os princípios dos governos republicano, mo-Após analisar a nues formas que compõem a sua tipologia de governutre despondo una sua corrupção. Montesquieu conclui que só os <sup>nor</sup> as in como as concerning gerar estabilidade. Era imperativo, portanto, governos moderados poderiam gerar estabilidade. Era imperativo, portanto, governos mecanismos institucionais que a garantissem guernos moucas institucionais que a garantissem. acontrar os mecanismos institucionais que a garantissem.

ontrar os mecanimodelo inglês de limitação dos poderes, centrado na su-Inspirado pertamento e na fórmula King in the Parliament, sua tese é a de prenacia do ranament, sua tese é a de prenacia do ranament, sua tese é a de presso o poder contém o poder, do que deduz que as funções básicas de go-<sup>10</sup> só o poder concertar a guerra e a paz, garantir a segurança, julgar, execu-<sup>1</sup><sup>emo</sup> - legistar, etc. – não deveriam estar concentradas nas mesmas mãos, <sup>1</sup><sup>emo</sup> - Las e equilibradas harinoniosamente entre dife ur leis internas equilibradas harmoniosamente entre diferentes órgãos que, nas dividuas e e que uns dos outros, pudessem, reciprocamente, se limitar. usurpar la limitação resulta, engenhosamente, da combinação, em

America poderes, de competências originárias de decisão (faculté de staudu um do participacité d'empecher) em relação à atuação dos demais, de tal forparierto yen deles detenha poderes absolutos ou superiores. Isso não signu que instituto, uma separação drástica de poderes; antes demonstra, ao lestevet o governo inglês, que ha interdependência e complementaridade entre os poderes.

No capítulo VI do livro XI, de O espírito das leis, Montesquieu enumera, pois, as três funções do Estado, distribuindo-as entre Legislativo e Execuno, conforme observara na Inglaterra. As funções de fazer as leis, modificálas ou revogá-las são de competência do Poder Legislativo; já as funções de cicular as leis e as de executar as coisas que dependem do direito civil (poder de julgar, executando as leis internas, com natureza de funções judiciánas) são de competência do Executivo.

Em Montesquieu, a preocupação com os limites do poder deriva de um problema político, de correlação de forças, e não de um problema administativo de divisão de funções. Daí a adoção da solução inglesa das duas fontes do poder político: a do monarca e a do povo, ou a da nobreza e a da clas-

<sup>4</sup> Fatte I, Capitulo V, item 1.5.

# Teona do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito 268

se popular, dependendo a estabilidade do governo do equilíbrio dessas forças reais da sociedade. que são as forças reais da sociedade.

sopular, depending são as forças reais da sociedade. Louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase Louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase Louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase Louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase Louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase Louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase Louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise de Montesquieu – que, digase louis Althusser,<sup>5</sup> em análise de Montesquieu – que, digase louis de Mon que são as tores, <sup>5</sup> em analise a cona se anomesquieu - que, digase de Louis Althusser, <sup>5</sup> em analise a cona se acona se anomesquieu - que, digase de passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão "separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão a separação de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonsta passagem, jamais empregou a expressão de Poderes" - demonst Louis comparative de la contraction de la contra passagent, jan que a ideia de que cada poder terri una concia propria, assegurada por institu-ções rigorosamente distintas umas das outras, não se sustenta. Segundo de controles que Montesquieu precusiones estas estas precusado de que a ideia de la sustenta. Segundo de competências e controles que **Montesquieu** preconido de monstra, a divisão de competências e controles que **Montesquieu** preconido de competências e mútuas interferências exercidas entre Execusion de compositor de compositor de compositor de competências e como as recíprocas e mútuas interferências e como no se como as recíprocas e mútuas interferências e como no se como as recíprocas e mútuas interferências e como no se como as recíprocas e mútuas interferências e como no se como as recíprocas e mútuas e como no se como no se como as recíprocas e mútuas e como no se com cões rigorementas e contratore que **avontesquie**u preconizou monstra, a divisão de competencias e contratore que **avontesquie**u preconizou assim como as recíprocas e mútuas interferências exercidas entre Executivo assim como as recíprocas e mútuas na câmara alta e povo na câmara la ministros), Legislativo (nobres na câmara alta e povo na câmara la ministros) de publica exercido por persona câmara la como monstra, a su assim como as recíprocas e mutuas mecherencias exercidas entre Executivo assim como as recíprocas e mutuas mecherencias exercidas entre Executivo (rei e ministros), Legislativo (nobres na câmara alta e povo na câmara baixa) (rei e ministros), Legislativo (nobres na câmara baixa) (rei e ministros), Legislativo (nobres na câmara baixa) assim como a canada do se constructiones en canada e povo na câmara baixa (rei e ministros), Legislativo (nobres na canada do se constructiones e povo na câmara baixa) e publicada do se constructiones e constructi (rei e finite) e Judiciário ("poder invisíver e finito", e terretario por pessoas retiradas do via e Judiciário ("poder invisíver e finito", remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes do povo", que apenas lê e diz a lei), remetem de transference do poderes d do povo", que apenas le e diz a ferr, e existência de três forças políticas, reas Executivo e o Legislativo, inobstante a existência de três forças políticas, reas Executivo e o monarca, a câmara alta e a câmara baixa. e efetivas: o monarca, a câmara alta e a câmara baixa

etivas: o monarca, a camara ana e de constructivas: De fato, no modelo inglês, os poderes não se apresentam tão separado De fato, no modelo corre no presidencialismo. Madison percet De fato, no modelo ingico, os presidencialismo. Madison percebe esta e independentes como ocorre no presidencialismo. Madison percebe esta da qual se serve para acentuar a viabilidade da institui. e independentes como ocorre no para acentuar a viabilidade da instituição esa característica, da qual se serve para acentuar a viabilidade da instituição esa do compensação entre os poderes na Constituição, em são característica, da quar se serve presente os poderes na Constituição, em razão de compensação entre os poderes na Constituição, em razão de

interdependência. Na interpretação americana da teoria da separação de Poderes de Mon Na interpretação anterior a limitação recíproca dos poderes de Mon-tesquieu, a fórmula de especialização e a limitação recíproca dos poderes do tesquieu, a tormula de espectatores, primeiros artigos da Constituição - sinte-Estado - tal como prevista nos três primeiros artigos da Constituição - sinte-Estado - tai como presenta de freios e contrapesos" (checks and balances), definido tiza-se no "sistema de freios e contrapesos" (checks and balances), definido por Thomas Jefferson como aquele em que "os poderes estão de tal forma por Thomas jenerson e entre os diferentes órgãos que nenhum pode ulta-repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos que nenhum pode ultapassar os limites estabelecidos pela Constituição sem ser eficazmente detido e contido pelos outros".<sup>6</sup> Nesse sistema, com o objetivo de impedir a concentração e o exercício despótico do poder, o Congresso bicameral fazas leis, mas não superintende o governo, embora o Senado possa impedir a nomeação de certos funcionários e celebrar tratados. O Executivo, confiado a um só homem, tem plenos poderes para atuar, contanto que o faça de acordo com as leis, de cuja elaboração não participa, mas que veta ou sanciona. Os tribunais são independentes, mas podem anular atos ilegais do Executivo e atos inconstitucionais do Legislativo.

Na França revolucionária, a separação de Poderes originalmente presista na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. apresentou características específicas que a distinguem da formulação ameri-

As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 269 16

Embéra também tenha sido empregada como técnica de limitação do Enbera também como aco empregada como técnica de limitação do Enbera também como a limitação do poder pelo poder. Pode de Estado, os revolucionários não se preocuparam com o equilíbrio en-de de Estado, os revolucionários não se preocuparam com o equilíbrio en-terado de Estado, a separação foi levada às últimos ende do Estado, os revolucionarios não se preocuparam de do Estado, os revolucionarios não se preocuparam de do Estado, os com a limitação do poder pelo poder. de Poderes ou com a limitação foi levada às último de realidade, a separação foi levada às último

de d<sup>0</sup>res ou com a mação foi levada às últimas consequências, no sentir e <sup>tran</sup>realidade, a separação no revaga as ultimas consequências, no senti-re <sup>fan</sup>realidade, a separação individualmente soberano, por delegação da lo<sup>de que</sup> cada poder tornou-se na concepção unitária e instru-lo<sup>de que</sup> cada poder tornou-se na concepção unitária e instru-

a<sup>n c</sup>ada poder ionica centrou-se na concepção unitária e indivisível A<sup>nstificativa</sup> política centrou-se na concepção unitária e indivisível <sup>1</sup><sup>ode qu</sup>Ajustificativa pointes contrarse na concepção unitária e indivisível Ke<sup>an</sup> Ajustificativa pointes contrarse na concepção unitária e indivisível se poder soberano, que, de plano, impedia qualquer "divisão" do seu con-de poder soberano, que, de plano, indivisível unalitativa de 1791, Título 3º, do se andresse en de la constituição de 1791, Título 3°, da seguinte de pour e o que foi expresso da Contantação de 1791, Título 3°, da seguinte sulo "Asoberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Perten-<sup>100</sup><sup>101</sup> "A soberania e uno, inservisivei, manenável e imprescritível. Perten-<sup>100</sup><sup>101</sup>, nenhuma seção do povo, nenhum indivíduo pode atribuir-se-lhe <sup>101</sup> <sup>Vação</sup>. Poussezu, que afrave

verticio verticio lospirados em Rousseau, que afirmava, em O contrato social, ser a sepa-lospirados em prevalência do Legislativo, o resultado to

<sup>10</sup> lospirados em Rousseval que a los aras, em O contrato social, ser a sepa-lospirados em prevalência do Legislativo, o resultado lógico do con-re<sup>10</sup> de Poderes, com prevalência da qual a lei é a expressão), os incluidos do conre<sup>so</sup> de poderes, com presentado a constantivo, o resultado lógico do con-re<sup>so</sup> de vontade geral (da qual a lei é a expressão), os jacobinos visa-re<sup>so</sup> social e da vontade geral (da qual a lei é a expressão), os jacobinos visano social e da voltado do povo. O Executivo, por consequência, ao ana ana execução das leis, atuaria como simples emanação da Decida do Secução das leis du a como simples emanação da Decida do Secução das leis du a como simples emanação da Decida do Secução das leis du a como simples emanação da Decida do Secução das leis du a como simples emanação da Decida do Secução das leis du a como simples emanação da Decida do Secução das leis da como simples emanação da Decida do Secução das leis da como simples emanação da Decida do Securida do Securida do Securida da Securida do Securida da Sec an afirmar o pouer su cara de la como simples emanação do Poder Le-<sup>seguar</sup>a execuso Tal concepção afasta-se da inglesa e da americana, e mesmo da de si<sup>atro</sup> an Além de revelar a concepção unitária do nort Jatro Tal concepsio e velar a concepção unitária do poder que prevale-Jontesquieu. Além de revelar a concepção unitária do poder que prevale-Montesquieu, normantes, levou à rígida distinção das autoridades (Constituica entre os gore a subalternalização do Executivo ao Legislativo (Constituição cio de 1791) e à subalternalização do Executivo ao Legislativo (Constituição republicana de 1793).

Noséculo XIX, outras manifestações teóricas, como a de Benjamin Cons-Noseculo d'une Constitution, 1814), propõem variações desse padrão. Nesun company e a divisão das funções do Estado em quatro, e não três Poderes. u propugnar Audeia central é a da harmonização das funções dos três Poderes tradicionais, Auter construcción do chamado poder moderador (o quarto poder) que, para nedance a superior aos demais, de força diversa e superior aos demais, de forma a uno, de torna a prevenir e solucionar eventuais conflitos entre eles. De marcantes traços abolutistas, tal concepção foi adotada, com exclusividade, pela Constituição Imperial do Brasil de 1824 e pela Constituição portuguesa de 1826.

Montesquie, la politique et la histoire, 1959.

Apud CAETANO, Marcello. Manual de ciência política e direito constitucional, p. 195.

Teoria do Estado • Parte II – Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

# DISCUTINDO CONCEITOS - I

# Aristóteles e os três Poderes essenciais ao bom governo

Em todo governo existem três Poderes essenciais, cada um dos quais o legislador scomodar da maneira mais conveniente Quando essas três parte Em todo governo existem tres i our conveniente. Quando essas três partes estas prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando essas três partes estas prudente deve acomodar, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas proventi bem acomodadas, necessariamente o goccine o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negos par-tes que poder deliberativo]; o segundo compreende todas as magistraturas ou secondo sobre os par-tes poderes poderes de la po tes que provêm as suas. O primeiro ocaso procende todas as magistraturas ou podres Estado (o poder deliberativo): o segundo compreende todas as magistraturas ou podres Estado fo poder deliberativo): o segundo precisa para agir, suas atribuições e m Estado [o poder deliberativo]. O secon estado precisa para agir, suas atribuições e manera constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e manera constituídos, isto é, aqueies oc que a constituídos, aconstituídos, aconstituídos

### DISCUTINDO CONCEITOS - II

# A interpretação americana da separação de Poderes

James Madison, redator da Constituição americana promulgada, em 1789, na cidade de Filadélfia, expôs, nos artigos XLVII a LI de O federolisto, suas preocupações acerca da limitação do poder do Estado.

O problema: "[...] a mera demarcação no papel dos limites constitucionais dos vários poderes não é salvaguarda suficiente contra aqueles abusos que levam à concentração tiránica de todos os poderes de governo nas mesmas mãos" s

A solução: "[...] A única resposta que pode ser dada é que [...] deve-se sanar a faha arquitetando de tal modo a estrutura interna do governo que suas várias partes constituintes possam ser, por suas relações mútuas, instrumentos para a manutenção umas das outra nos seus devidos lugares".»

Op. cit., p. 115.

270

- A política, Livro III, cap. X, p. 113.
- 9 Op. cit., p. 342.
- Op. cit., p. 345.

16 As instituições políticas e jundicas do Estado de Direito 271

A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo bra-A grande garantee de aos que administram cada poder os meiros poderes no mesmo bra-co podert. consiste em dar aos que administram cada poder os meiros constitucionais neces-co podert. consiste em dar aos apusos dos outros. As medidas de constitucionais necesla Polém, consiste en una resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, sins e os metivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, sins e os metivos metidos os outros, ser proporcionais aos persos de se unos e os motivos possos os outros, ser proporcionais aos perigos de ataque. A ambição nose das, como em todos os outros, ser proporcionais aos perigos de ataque. A ambição nose das, contra-atacar a ambição. O interesse do homem deve estar unos de nesie caso, como cana a ambição. O interesse do homem deve estar vinculado aos direitos de poder contra-atacar a ambição. constitucionais do cargo."

# A separação de Poderes como técnica de limitação do poder

<sup>21</sup> na atualidade Evidentemente, a realidade político-institucional dos Estados contem-Evidentementes a complexa que a das revoluções americana e francesa, pránteos é muito mais complexa que a das revoluções americana e francesa, pránteos é muito as do século XIX e a da primeira metade do século terresta de seculo terresta de profiteos é muito marco XIX e a da primeira metade do século XX. Demo-encomo que as do século XIX e as finalidades dos Estados. enesmo que as do se estenderam-se as finalidades dos Estados, em face da cobrados os Estados, em face da cobrados os muliada de direitos fundamentais, mudaram es instit. o<sup>tizados os Estados,</sup> em face da o<sup>tizados os Estados,</sup> em face da grantia ampliada de direitos fundamentais, mudaram as instituições políti-grantia ampliada de direitos fundamentais, mudaram as instituições polítigrantia ampinada de la teoria clássica da separação de Poderes, nessa evo-te e o sistema jurídico. A teoria clássica da separação de Poderes, nessa evore<sup>e o sistema</sup> funda de atender aos seus objetivos originais de limitação recí-<sup>bela</sup> do poderes do Estado, em benefício da liberdade do cidadão?

sados pouces Sem dúvida, sim, muito embora não se possa dizer que a teoria clássica sem universa enteriamente superada. Uma primeira explicação para essa cons-

unda suo na hipertrofia do Executivo, observada na maioria dos Estados tação restor do século XX, em razão da ampliação de suas funções, entre dede vincou uma vigorosa atuação normativa, em detrimento da atividaaquas de parlamentar. Justificam essa alteração do equilíbrio entre os poderes, na ac panete dos casos, o fato de que as funções do Poder Executivo, diante das recessidades impostas pelo desenvolvimento social e tecnológico, demandam reletidade e eficiência na implementação de medidas e políticas públicas idequadas às exigências de seu meio, sendo certo que o tempo da decisão parlanentar, sujeito a dilações provocadas por debates, audiências e normas proedmentais complexas, não é compatível com tais demandas.

Outra explicação é encontrada na diminuição das atividades de controko Executivo pelo Legislativo, em face da criação de instituições técnicas como os Tribunais de Contas ou o Ministério Público brasileiro, por exem-

11 Op. cil., p. 50.

16 As instituições políticas e patídicas do Estado de Direito 273

plo, cujas atividades ganham proeminência sem se enquadrarem em nenhos

poderes clássicos. Da mesma forma, a instituição de tribunais administrativos em vários do ambudsman, de inspiração suecea, funcio de acordo do antecea funció de acordo de acor dos poderes en Da mesma forma, a instituição de tribular de inspiração sucea, função t tados Europeus, assun como do ombudsman, de inspiração sucea, função t tados Europeus, assun como do Pública a respeito de determinados fu tados Europens, assim como do onnecesar a respeito de determinados fatores en telação des tinada a informar a Administração Pública a respeito de determinados fatores en relação des tenados en relação de la Escontivo por sous en relação de la constructivo por sous en relação de la construct situações que causaram ou ponte do Executivo por seus próprios or da dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios or sous dão, são modalidades de controle do Executivo por seus proprios de controle do Executivo por seus proprios de controle do Executivo por seus por seus proprios de controle do Executivo por seus po

são modalidades de controle do la noção de responsabilidade do Esta A proposito, e preciso lembrar que a democracia se afirmou na grand. A propósito, é preciso termorar que a democracia se afirmou na grande do Esa do evolui na mesma medida em que a democracia se afirmou na grande nas do evolui na mesma medida em que a democracia se afirmou na grande nas do evolui na mesma medida cin que a sfera judicial clássica, a recomposição ria dos Estados, com o que, além da esfera judicial clássica, a recomposição ria dos Estados com posição a se incluir na esfera das atribuições do F. ria dos Estados, com o que, arem da virte da estera das atribuições da Estados, de direitos também passon a se incluir na esfera das atribuições do Estevido de direitos também passon a se incluir nente visível no campo dos direitos também passon a se incluir nente visível no campo de direitos também passon a se avente visível no campo dos direitos também passon a se avente visível no campo dos direitos texens, vo. Essa possibilidade é particularmente visível no campo dos direitos texenses de indenização material por danos devido a violas vo. Essa possibilidade e parte commencial por danos devido a violação huma, nos, em situações de indenização material por danos devido a violação de de nos, em situações de agentes do Executivo, no exercício de suas função de de nos, em situações un meter do Executivo, no exercício de suas funções e reitos por parte de agentes do Executivo, no exercício de suas funções e

is por parte de agentes do escentrar da própria democratização dos Esta Ainda há problemas que derivaram da própria democratização dos Esta Ainda há problemas que des políticos e a correlata necessidade de sea dos. A multiplicação de partidos políticos e a correlata necessidade de condos. A multiplicação de partir cenário de forte prevalência do  $E_{xecutivo ya}$ posições na arena política, num cenário de forte prevalência do  $E_{xecutivo ya}$ posições na archa pontecido pelas competências presidenciais no proceso bre o Legislativo, fortalecido pelas competências presidenciais no proceso bre o Legislativo, tortatvente no caso brasileiro, na edição de leis delegada legislativo, que se traduzem, no caso brasileiro, na edição de leis delegada legislativo, que se traductes 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e medidas políticos com estas constituição federal arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 59 (Constituição redetati da sessas caracteris ção Federal, arts. 62 e 84, XXVI). Em sistemas políticos com essas caracteris ção Federal, ans. ou contrateria do presidente da República; os demais espaços ticas, importante é a eleição do presidente da República; os demais espaços ticas, importante e a conquise o Parlamento - são irrelevantes ou, por de participação pública - inclusive o Parlamento - são irrelevantes ou, por perfeitamente dispensáveis, sendo a legitimidade do poder, em última ana. se, submetida tão somente ao crivo de eleições diretas.

No plano do direito constitucional dos Estados, diversas soluções têm sido propostas, desde as últimas décadas do século XX, muitas, porém, sem aplicacao prática. G. Burdeau (Droit constitutionnel et institutions politiques, 1977) prevê uma "função governamental", abrangendo o poder estatal que atuad modo incondicionado para introduzir algo novo no mundo jurídico, e a fun ção executiva", com poder condicionado, derivado e secundário ante a obsevância de uma regra preexistente. Esse modelo, conforme anota Odette Me dauar, pretende afastar a oposição entre legislação e governo.13 K. Loewenstein (Teoría de la Constitución, 1970), por sua vez, propõe a seguinte organização das funções: a decisão fundamental, ou policy determination, fica a cargo do

12 A propósito dessa evolução, cf. UNGARO, Gustavo. Responsabilidade do Estado e direitos humane 2012.

13 Op. cit., p. 123, nota 151.

Ecoloria do Legislativo: a execução da decisão, ou *policy execution*, do Exepentro e do Legistante, o controle político, ou *policy execution*, do Exe-pentro e do Indiciáno: o controle político, ou *policy control*, que é a possibili-de do Indiciáno: o controle política, do Legislativo e do Judiciáno u en de cuer responsabilidade política, do Legislativo e do Judiciáno u peculario, padiciario, o control, pontico, ou policy control, que é a possi amo e do Judiciario, o control, que é a possi amo e even responsabilidade política, do Legislativo e do Judiciário, o do de even responsabilidade a intensa internacionalização dos tra-dos proutro Lado, diante da intensa internacionalização dos trae cuga responsante da intensa internacionalização dos Estados, a teo-produtro lado, diante da intensa internacionalização dos Estados, a teo-paroutro lado, de Poderes, concebida para atuar dentro dos trados, a teo-

astrano, a prontro lado, dances, concebida para atuar dentro dos Estados, a teo-prontro lado de Poderes, concebida para atuar dentro dos territórios na-ra da sepuração de Poderes, uma vez que o equilíbrio de poder na la sepuração de la conservar, para os diversos Estados isolados na da também peros conservar, para os diversos Estados isolados ou reuni-co<sup>nta</sup>ta a fim de conservar, para os diversos Estados isolados ou reuni-alternacional, a fim de conservar, para os diversos Estados isolados ou reunic<sup>olta</sup> de la construcción de l al<sup>erta</sup> blocos regionars, una margen adequada de ação e decisão, é feito d<sup>8 ent</sup>blocos regionars, una pelos compromissos que os Estados assumem, polodicilo internacional ou pelos compromissos que os Estados assumem, polodicilo internacional que aplicacionar dos <sup>cu</sup> p<sup>do</sup> direito internacional comptensiones en plano internacional que aplicações sui ge-promaticamente, é também no plano internacional que aplicações sui ge-promaticamente, é também no plano internacional que aplicações sui gep<sup>elo</sup>naticamente, e anação dos poderes vêm sendo adotadas. É o caso da Su<sup>to</sup>na teoria da separação adotando a trilogia das funções como sure la teoria da separação adotando a trilogia das funções governamentais t<sup>ada</sup> la teoria que, mesmo adotando a trilogia das funções governamentais t<sup>ada</sup> not legislativa e judicial), alterou suas funções clássicas t<sup>ndia</sup> Europeia que, e judicial), alterou suas funções governamentais Undia Europeia que, e judicial), alterou suas funções clássicas, com funda-crecultiva, legislativa e judicial peso institucional dos órgãos como tindacoccutiva, legistante o igual peso institucional dos órgãos comunitários Nes-ordo no principio do igual peso institucional dos órgãos comunitários Nesnetido no principal e cafirmado pelo Tratado de Lisboa, o Poder Legislativo s nodelo inovador, reafirmado pelo Tratado de Lisboa, o Poder Legislativo s andelo movanente ao Conselho, à Comissão e ao Parlamento Europeu. O obe cominitamente ao Conselho, à Comissão e ao Parlamento Europeu. O obe cominitamente e exercido pelo Conselho Europeu, pelo Conselho Europeu. O ede conjuntamento Europeu. O pole executivo e exercido pelo Conselho Europeu, pelo Conselho, pela Co-poler executivo e estados-membros; o poder jurisdicional, ao Testo pskerevecutivo e e estados-membros; o poder jurisdicional, ao Tribunal de Justi-missão e pelos Estados-membros; o poder jurisdicional, ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Contas. 15

ao Tribunar de Correu acerea da adaptabilidade das instituições do Estado Muito ja se constitucional contemporâneo. De um lado, propugna-se a laberal ao Estado constitucional contemporâneo. De um lado, propugna-se a liberal ao Estado inicia da teoria elássica da tripartição dos poderes, própria do Estado libe-superação da teoria en vista que o Estado social evizos en tr aperação da estado em vista que o Estado social exige um Executivo forte, enral techado e enstitucional confere preeminência ao Judiciário no contexqualto o Estado constitucional de direito, uma vez que aquele, por via de suas todo Estado constitucional de democracia e de Constitución de suas

to do estado Cortes superiores, é o guardião da democracia e da Constituição. es superoutra parte, caso fosse atribuída maior ênfase ao "equilíbrio de podero que à sua "independência", o poder do Estado, considerado no seu conres que a suisto numa espécie de balança na qual qualquer alteração, por junto, seria visto numa espécie de balança na qual qualquer alteração, por menor que fosse, afetaria igualmente os três poderes, mas o poder do Estado estaria mais sensível à opinião pública do que no modelo da independência dos poderes.

Todos esses aspectos, porém, não diminuem a relevância da teoria clássica. Conforme observa Marcelo Caetano:

Apad MEDAUAR, ibidem. 14

Disponível em: http://europa.eu/lisbon\_treaty/glance/institutions/index\_pt.htm

# Generated by CamScanner

teoría do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Deego 272

274 Teoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Diceso

a independência do Judiciário é princípio fundamental nos Estados que a independência do Estados de Direito, os parlamentos continuam a su estados que a a independência do Judiciário e principio internativa nos Estados que activamentos continuam a ser e activa de contem a activa da nacional de ser estados de vista e contêm a activa da nacional de ser estados e activas da nacional de ser estados e activas e a mortano continuama a seria pontos de vista e contêma a seria seria seria e contêma a seria se nanco provenso, e se a contraposição Legislativo-Executivo se dibitu, foran de e do governo, e se a contraposição do Executivo, por via da atrilação da fiscalização do Executivo, por via da atrilação da onde as una se se a contraposição o se executivo, por via da atribuição de Executivo, por via da atribuição de indexe a sectos órgãos, como o Tribuina de a tribuição de la contrastica de la contrasta de contrasta nhadas ontras formas ne necesiais a certos órgãos, como o Tribunat con cuidades fiscalizatórias especiais a certos órgãos, como o Tribunat Con

No mesmo sentido, aduz Odette Medauar, que a teoria clássica acano tou consequências primordiais ao direito administrativo:

a rigida distinção entre administração e política, decorrente da rígida veparação a rigida distinção entre administração e política, decorrente da rígida veparação da Administração da Administração e política, decorrente da rígida veparação a rigida distinção entre antenacia do Legislativo e da lei, à subrussão da Adm<sub>en</sub> de Poderes; b) a supremacia do Legislativo e da lei, à subrussão da Adm<sub>en</sub> de Poderes; b) a supremacia ou servicio jurídico específico para disciplinar a alega cão à lei, c) a elaboração de um ramo jurídico específico para disciplinar à alega

### 3. AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

As primeiras Declarações de Direitos, documentos jurídicos que enuncian As primentas Dectanações de liberdade a ser preservado na vida em vicio, o núcleo irredutível dos direitos de liberdade a ser preservado na vida em vicio, o núcleo irreduirer das densamento jusnaturalista do século XVIII. As Deda dade, são produto do pensamento jusnaturalista do século XVIII. As Deda dade, são protino do permita pensilvânia e Maryland (1776), a Declaração rações dos Estados da Virgínia, Pensilvânia e Maryland (1776), a Declaração de Independência Americana de 1776, a Constituição Americana de 1787 de independencia en entra en Declaração Francesa dos Direitos do Ho mem e do Cidadão de 1789, incluem-se nesse conjunto.

A diferença entre estas e outros documentos relativos a injustiças ou des mandos dos governos reside, em primeiro lugar, na afirmação da autoexide, cia dos direitos naturais, inerentes a todos os seres humanos, daí se deduzin. do sua igualdade e universalidade. Logo, não precisavam ser criados, bastar declará-los em documentos solenes para que ganhassem conteúdo político Apesar das diferenças de linguagem, em todas as Declarações do século Mut encontra-se expresso o paradoxo da autoevidência, direta ou indiretamente.

Em segundo lugar, as Declarações tratam de direitos naturais dos homens na sociedade política e não no estado de natureza; o que significa que tais direitos voltam-se a garantir a convivência entre os próprios homens emtre eles e o Estado, exigindo participação ativa de quem os detém. Além da-

16 Cièneia política, p. 206 Op. et. p. 123

16 As instituições políticas e juridicas do Estado de Direito 275

es primeiros documentos nos quais a garantia da autonomia individuaj se os primeiros documento ao conjunto de cidadãos, e não apenas a das as primeiros documentos quans quans a garantia da autonomia individual as primeiros documente ao conjunto de cidadãos, e não apenas a determi-dendese expressamento de cidadãos. etendese error comunto de cidadãos. <sup>pulos</sup> dases ou comunto de cidadãos. <sup>pulos</sup> dases ou comunto da Declaração a

or classes ou contratação de Independência Americana e os dois pri-Oprefinibulo da Declaração Francesa proclamam expressamente Opreambulo da Declaração Francesa proclamam expressamente esse enten-Opreambulo da Declaração Francesa proclamam expressamente esse enten-co<sup>ns att</sup>igos da Declaração Francesa proclamam espressamente esse enten-

de la proclaman espressamente este enten-artigos da Dectanos: "Consideramos estas verdades autoeviden-premo pizem os americanos: "Consideramos estas verdades autoeviden-dimento todos os homens são eriados iguais, dotados pelo sen Codente de consideration estas verdades autoeviden-dente todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de los que todos os inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdad diference todos os nonexies, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a bus-red<sup>an pireitos</sup> inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a bus-red<sup>an</sup>, relicidade". E os franceses: retor tracedade". E os franceses:

Art 1º - Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções art so inves e ig

ais só podem numero de toda a associação política é a conservação dos direitos na-Art. 2° - O line de homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, urais e impresentitis eis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, turais e ante a resistência à opressão.

Aigualdade, a universalidade e o fundamento natural dos direitos conti-Aigualdade, es são os elementos que as particularizam, em substância, do nas Dectaras de substância, a outros documentos assecuratórios de garantias, visando à limitação do face a outros moremantes. poder dos governantes.

### 3.1. Antecedentes

Ao focalizarmos na história, os momentos em que se discerne alguma Ao tocario de direitos inerentes à espécie humana, é inevitável correcontrução da ideia de pessoa, como categoria geral, e à instituicio de leis, escritas ou não, como fundamento de autoridade nas sociedades politicas. Seu início dá-se entre os séculos VIII e II a.C., conforme registros religiosos, doutrinários e filosóficos, sendo que o conceito de pessoa, adensado pelo Cristianismo e teorizado pelo direito natural, remeterá à noção de denidade humana, e em período posterior, à valoração dos direitos humanos como o núcleo axiológico dos sistemas jurídicos.

Entre os gregos, por exemplo, a consciência acerca de direitos que transcendem a autoridade política aparece em vários textos, inclusive teatrais, como na tragédia Antígona, de Sófocles. Em um dos diálogos, Antigona, ao se insugir contra o decreto de Creonte (governante que proibiu o enterro dos corpos de revoltosos) e clamar pelos funerais de seu pai e irmão, mortos, justamente, por se amotinarem contra Creonte, assim expressa a sua repulsa:

Teoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito 276

Não foi com cetteza Deus quem o proclamou (o decreto), nem a fusica outre os deuses infermais que a estabelec en para os homena a fusica o poder de superar as leic para de la fusica Não foi com certeza Deus quem o procurran to decreto), nem a funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens à funço com trono entre os deuses infermais que a estabeleceu para os homens deuse infermais que a estabeleceu para os homens deuses a estabeleceu deuse infermais que a estabeleceu para os homens deuse infermais que a estabeleceu Não to se com trono entre os deuses internais que a como se con para os homeno a lian-supursha que tuas ordens tivessem o poder de superar as leis não escutas. Nem es deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de lo deuses, visto que és mortal. Pois elas não surgiram.<sup>18</sup> supinha que fuas ordens invessent o pois elas não estens não escutas, nes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de nes, dos deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de

mas santes escritas fossem consideradas pelos atenienses o único a sereício arbitrário do poder, a menção de Sófoeles acor an Embora as leis esentas iossem conserve a menção de Sófoeles a único an tidoto para o exercício arbitrário do poder, a menção de Sófoeles acorea de tidoto para o exercício arbitrano do poses, e menção de Solocles acoras tidoto para o exercício arbitrano do poses, e menção de Solocles acoras leis não escritas tem o sentido de lembrar que há normas costumeiras ou te leis não escritas tem o sentido de lembrar que há normas costumeiras ou te leis não escritas tem o sentido de actina e além da autoridade constituidas de ligiosas que a todos se impõem, acima e além da autoridade constituída, fa ligiosas que a todos se impõem, acima extraordinária passagem, observa ou de ligiosas que a todos se impõem de la constituída. Fa ligiosas que a todos se importi, acestraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a bio Comparato, a passagem, observa que a comparato, a passagem, obser cão de lei não escrita para os gregos em geral era ambígua, podendo designar cão de lei não escrita para os gregos em geral era ambígua, podendo designar cão de lei não escrita para os gregos em geral era ambígua, podendo designar ção de lei não escrita para os gregos en leis religiosas, podendo designar tanto o costume jurídicamente relevante como leis religiosas, mas seja como tanto o costume a geral e abstrata permitia que fossem estendidas alémat tanto o costume juridicamente de comitia que fossem estendidas mas seja como for, sua natureza geral e abstrata permitia que fossem estendidas além dos la como dos la cos dos dos dos do

es da cidade.<sup>19</sup> Paralelamente à evolução filosófica dos direitos humanos, outros d<sub>ocu</sub>, Paralelamente a evolução intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-mentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-ter de reconhecê-los ou garanti-los, outros doca-ter de reconhecê-los ou garanti-los, estamentos políticos, sem quantes, governantes. Entre aqueles que se incluent belecem restrições ao poder dos governantes. Entre aqueles que se incluent direitos humanos estão, por exemplo, as Decluera na proto-história dos direitos humanos estão, por exemplo, as Declarações das na proto-historia dos un cues ancenes em região que seria posteriormente la Cortes de Leão, de 1188, vigentes em região que seria posteriormente incorporada ao Reino da Espanha. Ao estabelecerem a inviolabilidade de domiei, porada ao Remo da espantia. Es ho e o habeas corpus, as Declarações tiveram por objetivo garantir algunas ho e o habeas corpus, as determinados estamentos (a nobreza o de ho e o habeas corpus, os ereminados estamentos (a nobreza, o clero, as cor-regalias de liberdade a determinados estamentos (a nobreza, o clero, as corporações ou, ainda, algumas cidades). Mas não o fizeram para o conjunto do porações ou, antea, ago povo; consistiram, simplesmente, num rol de obrigações pessoais do gover. nante em exercício, do qual estavam descomprometidos os seus sucessores que poderiam confirmá-lo ou não.

Da mesma forma, mesmo na tradição britânica das liberdades e da supremacia da lei, a Magna Carta foi tão somente o produto de acordos entre o rei, a nobreza e o clero, ainda que posteriormente tenha concedido algun privilégios aos homens livres, quando complementada pela Carta da Floresta (1217). A Carta da Floresta, editada por Henry III, por ocasião de uma das revisões da Magna Carta, garantiu aos homens livres a utilização das florestas como pasto e sua madeira como combustível. Esse privilégio foi posteriormente restringido pelo Estatuto de Merton, de 1235, que garantiu aos lordes proprietários de terra que separassem para seu único e próprio uso qualquer

As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 277 16

entre considerassem necessária. A renovação da Magna Carta produzida entre considerassem necessária. A renovação da Magna Carta produzida entre considerassem necessária. A renovação da Magna Carta produzida entre considerassem necessária. A renovação da Magna Carta produzida <sup>11 que considerassent</sup> neio da Petition of Rights de 1628, conservou a res-<sup>14 que considerassent</sup> De Bill of Rights (1689) é que vem a <sup>15 distatuland</sup> de original. O Bill of Rights (1689) é que vem a <sup>klad<sup>in</sup></sup> d'Coke, por inicial. O Bill of Rights de 1628, conservou a res-fil<sup>ad</sup> de litularidade original. O Bill of Rights (1689) é que vem a ser a pri-na de litularidade institucional e geral, e não privilégio, a limitar o pode a pri-<sup>1</sup> Educidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a limitar o poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não privilégio, a litularidade original e geral, e geral e geral, e não poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e não poder do so-<sup>1</sup> de litularidade original e geral, e geral stano direitos dos homens.

and dos direitos due XVIII, a valorização do espírito crítico e a confiança Somente no século XVIII, a valorização do espírito crítico e a confiança <sup>antra</sup> Somente no securitariamente no securit p<sup>a ciencia, por via do tración de la concepção racional dos di-p<sup>a ciencia, por via do tración dos di-partes humanos que as Declarações proclamam. Nas palavras da historiadora re<sup>des humanos</sup> du hunt:</sup></sup> anericana Lynn Hunt:

den algun momento, entre 1689 e 1776, direitos que tinham sido consideen alguni nortes como sendo de determinados povos – os ingleses nasci-rados muito frequentes como sendo de determinados povos – os ingleses nascirados munto nequendo – foram transformados em direitos humanos, direitos nasci-dos lares, por exemplo – foram transformados em direitos humanos, direitos nados livres, por escore dos livres, por escore que os franceses chamaram les droits de l'homme, ou "os unais universais, o que os franceses chamaram les droits de l'homme, ou "os dreitos do homem".2

### <sup>32</sup> pireito natural, direitos do homem, direitos da pessoa, 3.2 Direitos da pessoa humana, direitos individuais, liberdades direitos da pessoa públicos subietivos direitos l direitos direitos públicos subjetivos, direitos humanos públicas, direitos fundamentais publicas, fundamentais e direitos fundamentais

As expressões "direito natural", "direitos do homem", "direitos da pessoa", As expressoes damana", "direitos individuais", "liberdades públicas", "di--direitos da pessoa publicas", "direitos humanos fundamentais" ou "direitos funreilos puonees ou uneros run-damentais" costumam ser empregadas como equivalentes a direitos humanos. Remetem, porém, a diferentes conceitos jurídicos.

Conceituações acerca dos direitos humanos em sua dimensão natural são abundantes. De modo geral, designam direitos absolutos, imutáveis e intemporis, inerentes à qualidade humana de seus titulares. Constituem um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica, diretamente decorrente da dignidade humana. Nessa perspectiva, transcendem a História e vão além do dirento positivo: pertencem à ordem moral e cultural.

A expressão direitos humanos também é empregada para designar direitos que existem independentemente de seu reconhecimento na ordem jurídica, com validade universal; corresponde a direitos do homem, conceito por vezes asociado à noção de direitos inerentes à natureza humana, própria do Ilumi-

B HUNT, Lynn, A invenção dos direitos do homem - uma história, p. 20.

<sup>18</sup> Cf. sórocles. Antígona, 1999, p. 35-6.

<sup>19</sup> A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 13.

# 278 Teoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

nismo; nessa acepção, são direitos em sentido fraco, uma vez que não inseri.

no; nessa acel no sistema jurídico. Direitos fundamentais, por sua vez, são direitos de categoria especial Direitos fundamentais, por sua vez, são direitos de categoria especial, Constituições; representam a base ética do sistema jurídico jurídico dos no sistema i Direitos fundamentais, por sua vez, su al constituiçãos de categoria especial, con sagrados nas Constituições; representam a base ética do sistema inridiço esta sagrados nas Constituições; representam o seria mais amplo o i tal e podem não ter a vigência universal, própria dos direitos humanos, portanto, seria mais amplo e impreciso do consagrados non-tal e podem não ter a vigência universar, proprie dos unenos humanos. O esta tal e podem não ter a vigência universar, proprie dos unenos humanos. O con-ceito de direitos humanos, portanto, seria mais amplo e impreciso do que ta direitos fundamentais. A distinção entre direitos humanos e d tal e pour la ceito de direitos fundamentais. A discurso e cure direitos humanos que a noção de direitos fundamentais encontra-se hoje superada, sendo mesmo irrelevante e direi-tos fundamentais encontra-se hoje superada, sendo mesmo irrelevante e direito e contradores, contudo por noção te direito fundamentais encontra-se noje sependar, se noje mesmo irrelevante, se tos fundamentais encontra-se noje sependar, se noje mesmo irrelevante, pos to constituírem um só instituto jurídico. Certos doutrinadores, contado, pos to constituírem um só instituto jurídico de direitos fundamentais -to constituírem um só instituto por direitos fundamentais to constituírem um só instituto juranos e direitos fundamentais, contudo, Pos sideram que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, reside sideram que a distinção entre direitos da qual derivam, sendo "direitos de siderante de sideran sideram que a distinção entre uneuros da qual derivam, sendo "direitos has na fonte internacional ou constitucional da qual derivam, sendo "direitos has na fonte internacionais e "direitos has nos previstos nos tratados internacionais e "direitos has has na fonte internacionais e "direitos has na fonte in na fonte internacional ou constituições nacionais e "direitos humanos" apenas os previstos nos tratados internacionais.<sup>21</sup> A expressão "direitos fundantes manos" apenas os previstos nos tratacionais.<sup>21</sup> A expressão fundamen-tais" os que derivam das Constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão fundamen-tais" os que derivam das Constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das Constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das Constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão "direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais direito em relação ao que da constituições das direitos pú-tais" direito pú-tais" os que derivam das constituições nacionais" direito em relação ao que da constituições das direitos fundamentaris" direito pú-tais" direito em relação ao que da constituições das direitos dir tais" os que derivam das Construir, relação ao qual o Poder Público tem blico subjetivo" indica direito em relação ao qual o Poder Público tem blico subjetivo" indica direito por exemplo, do ensino fundamental blico subjetivo" indica unerto exemplo, do ensino fundamental, na fore público tem obrigação de oferecer (é o caso, por exemplo, do ensino fundamental, na fore constituição Federal Brasileira de 1988).

do art. 208 da Consultação . Direito subjetivo, a seu turno, consiste em prerrogativa estabelecida de Direito subjetivo, a seu turno, consiste em prerrogativa estabelecida de Direito subjetivo, a seu titular; o conceito é insuficiente em face de conformidade com regras de durar; o conceito é insuficiente em face dos depende da vontade de seu titular; o conceito é insuficiente em face dos depende da vontade de seu titular; assim como em face dos demais e d depende da vontade de sea culturais, assim como em face dos demais direitos sociais, econômicos e culturais, assim como em face dos demais direitos sociais, econômicos e culturais, assim como em face dos demais direitos tos sociais, econômicos e culturais, assim como em face dos demais direitos tos sociais, econômicos e culturais, assim como em face dos demais direitos tos sociais, econômicos e culturais, assim como em face dos demais direitos e culturais, assim como em face dos demais direitos e culturais de culturais, econômicos e culturais, econômic tos sociais, economicos e candideres públicos. Designa também direitos que exigem atuação ativa dos poderes públicos. Designa também direitos opo que exigem atuação ativa dos numeros considerada situação subietiva de que exigem atuação atua quando considerada situação subjetiva de vantagem níveis ou exigíveis, isto é, quando considerada situação subjetiva de vantagem níveis ou exigiveis, iso es a dotada de eficácia jurídica, permissão concedida pelo direito constitucional

tivo ao noment. Liberdades públicas é a expressão oriunda do direito francês, que temo sentido político de autogoverno, próprio da primeira geração de direitos vol tada à garantia da liberdade. Designam os poderes de agir, identificados com a primeira geração dos direitos humanos, que requerem a abstenção do Estado na prática de determinados atos; seu fundamento se radica na liberdade. Sio também denominados "direitos de personalidade".23

Atualmente é irrelevante a nomenclatura dos direitos humanos, que se apresentam, indistintamente, como direitos morais, preferenciais e fundamentais. Conforme a lição de Robert Alexy, são direitos morais porque in-

- su.va, José Afonso da Comentários contextuais à Constituição, 2006, p. 794. 22 23
- MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, Parte IV Direitos fundamentais, 1988, p 56

16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito

de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma de positivação de positivação pela justificação racional perante todos aqueles de consagra, assegurada pela justificação racional perante todos aqueles de consagra, São direitos preferenciais, porque ocupam posição de se el<sup>enderisagra,</sup> asseguinas preferenciais, porque ocupam posição de priori-<sup>elenderisant</sup>. São direitos preferenciais, porque ocupam posição de priori-<sup>elenderisant</sup> aceitant. São por parte do ordenamento jurídico, tendo em vista que os direitos mornid<sup>e es ceitam.</sup> São anenos por centos, porque ocupam posição de priori-de a ceitam. São anento jurídico, tendo em vista que os direitos morais impor-de a ordenamento jurídico. A garantie <sup>ale a de de la contra de la contra de la contra de la contra de priori-<sup>ale a de de la contra de la contra</sup></sup> d<sup>de no</sup> direito à proteçue por essa razão de c u<sup>n e di</sup> direitos numarios d*ireitos fundamentais:* abrangem interesses e ca-acia dos direitos do homem, e por essa razão desfrutam de prioridade ardem sesenciais do homem, pela ordem a<sup>cla un</sup>legal vigente, care per essa razão desfrutam de prioridade face a<sup>ordem</sup> legal vigente, care por essa razão desfrutam de prioridade face a<sup>ordem</sup> essenciais direitos contemplados pela ordem jurídica. A essencialist a<sup>orde</sup> <sup>tencias</sup> essenciais do intemplados pela ordem jurídica. A essencialidade face <sup>tencias</sup> demais direitos contemplados pela ordem jurídica. A essencialidade de-<sup>tencias</sup> de a sua violação ou não satisfação importarem port encentario direitos con violação ou não satisfação importarem morte ou graeste do fato de a sub viduos ou quando afetarem o seu núcleo essencial de este do fato dos indivíduos ou quando afetarem o seu núcleo essencial de resolutionaria. São direitos abstratos: necessitam de ponderação por estructurento dos inclus abstratos: necessitam de ponderação para sua apli-succionanta. São direitos abstratos: necessitam de ponderação para sua apli-ntonomia. utonomia sao ante em caso de conflitos de direitos.<sup>24</sup>

# 53. A doutrina dos direitos humanos

Os direitos humanos constituem um conjunto de faculdades, pretroga-Os direitos que materializam exigências de lacuidades, prerroga-se procedimentos que materializam exigências éticas de comportamen-

proceduras a dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade de sua vida e à propriedativas a dignidade, igualdade, seguranca e propriedade. prelativas a organizado, igualdado, segurança e propriedado. Representam, grantia de sua liberdado. Representam, grantia de sua respectadores de Hannah Arendt, uma garantia de convivência social partica, que os membros de uma dada comunidade e todos os habitantes do planeta atribuem-se reciprocamente uns aos outros.

Caracterizam-se pela sua universalidade e essencialidade, características comprovadas pela igualdade fundamental dos seres humanos e pelo fato de comprovado pue a sua violação, ou não satisfação, importa morte, grave sofrimento ou cerque a sua norma no de autoria de autoria numana. São, também, reetanieno co interneti de la condicionada à mudança das condições hislanos sua recimentos e dos interesses, das transformações técnicas, da necessidade de preservação de determinados bens e valores; daí serem direitos de natureza acumulativa, variada e aberta. De natureza acumulativa porquanto novos direitos, típicos de seu tempo, se sucedem no evolver dos momentos históricos, somando-se aos antigos; variada porque os direitos se diversificam em virtude do processo de acumulação e, além disso, porque os direitos humanos não são uniformes, desdobrando-se em diversas dimensões normativas. São ainda direitos abertos porque nenhuma constituição nacio-

24 ALEXY, Robert. "Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático". Revista de Direito Administrativo, n.217, jul-set/1999, p. 58 e segs.

<sup>21</sup> Cf. MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional, 1993, v. IV, p. 51-2, GOMES CANOTURO, J.J. Direito constitucional, 1993, p. 528; SARLET, Ingo W. A eficácia dos direitos fundamentais, 1998, p. 35

### Teoria do Estado • Parte II – Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito 280

As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 16 281

nal pretendeu esgotar o conjunto de direitos ou determinar o seu conteúdo undo a existência de direitos humanos não escritos ou a de faculdas nal pretendeu esgotar o conjunio de un cros de determinar o seu conteúde aceitando a existência de direitos humanos não escritos ou a de faculdad

Jando a solution de la contra de con implicata. Os direitos humanos so se tornarsan una pontico com o fun da Pa. meira Grande Guerra; até então, haviam sido invocados de forma da Pa. meira Grande Guerra; até então, haviam sido invocados de forma da Pa. meira Grande Guerra; até então, haviam sido invocados de forma da Pa. os unse meira Grande Guerra; até entao, navian ante interación de forma perfuneta ria, ou para defender direitos individuais contra o crescente poder do Patiente ria, ou para defender direitos individuais contra o crescente poder do Estado, ria perfuneta la parcionalidade. neira Guardo en la considerados direitos de la considerados de la considerados direitos de la considerados de

idadania ou de direitos de nacionalização, calcada na supremacia do P<sub>at</sub>. A concepção do Estado liberal de direito, calcada na supremacia do P<sub>at</sub>. de cuasan A concepção do Estado nocial de cuasa do supremacia do Par lamento, favoreceu a tal ponto a relativização dos direitos humanos que lamento, favoreceu a tal ponto a restringir sua garantia a determinado. lamento, favoreceu a tal ponto a testingir sua garantia a determinados que a Legislativo poderta alterá-los, ou restringir sua garantia a determinados que a correu em relação aos stateless people ou displaced personados gue Legislativo poderna attera-tos, ou estateless people ou displaced persons tos pos, como ocorreu em relação aos stateless people ou displaced persons tos pos, como ocorreu em relação aos 1920, 1930 e início de 1940. Isso tos tos people ou displaced persons tos people ou displaced persons tos tos people ou displaced persons tos people ou displaced people ou displaced persons tos people ou displaced people ou pos, como ocorreu em retação aconstructura en entre en entre apátridas e refugiados) nos analistação, tais direitos eram direitos en so de monstra que, malgrado sua positivação, tais direitos eram direitos em sem da perspectiva dos apátridas ou dos refugiados, nos em sem monstra que, malgrado sua posteria apátridas ou dos refugiados, poderia sus do fraco, o que, da perspectiva dos apátridas ou dos refugiados, poderia sus

car direito nenhum. O ponto revelado dramaticamente pelos apátridas e refugiados é que os foram concebidos para resolver problemas domén O ponto revelado diamatecidos para resolver problemas domésticos, no direitos humanos foram concebidos para resolver problemas domésticos, no direitos humanos toram concesso. O que se demonstrou nas situações extremas interior dos Estados nacionais. O que se demonstrou nas situações extremas dos campos de externinade tração, do direito de asilo, das nacionalizações ou muito além da mera repatriação, do listados.

O mesmo problema se evidenciou de outros ângulos. A corporativização dos direitos humanos pela estatização fascista ou o seu confisco pela função dos direitos intrista-leninista, em benefício de um projeto totalitário de sociedade, são exemplos análogos. Autores como Bobbio (1992), Compara to (1999), Ferreira Filho (2002) e Vieira de Andrade (2002) observan que na passagem do Estado liberal para o Estado social, a despeito de os direitos humanos ganharem em concretude, perderam em universalidade porque fi caram restringidos aos cidadãos, do que resultou, em certa medida, a subresão da originária concepção expansiva liberal. O paradoxo é evidente: não há garantia ou titularidade dos direitos humanos em qualquer uma das situações. Descolados de ou vinculados à cidadania, as restrições aos direitos são concretas.

Tornou-se claro, desde então, que as transições para a democracia emolvem necessariamente muito mais do que a (re)construção de instituições eo desmantelamento das forças não democráticas de exercício do poder, que se jam, em sua essência, autoritárias, corporativas ou coercivas. A democratiza-

en processo complexo, que envolve mudanças sociais, políticas e juríen processo complexe, que envoive mudanças sociais, políticas e jurí-de tal sorte que o desafio fundamental no período pós-transição é de tal sorte autoros institucionais à expansão da cultura e práticas dese e<sup>as cum r</sup>andanças institucionais à expansão da cultura e práticas democrá-teras de informante individuais e coletivos. and the inclusion of the individuals a expansão and the incluse atores individuals e coletivos par que incluse dos direitos humanos f

doutrina dos direitos humanos fortaleceu esse entendimento, após a <sup>pas</sup> Adouttina dos unecu, igualmente, a definição das finalidades dos Esta-do<sup>gla</sup> da ONU; fortaleceu, igualmente, a definição das finalidades dos Esta-do<sup>gla</sup> da ONU; fortaleceu, igualmente, a definição das finalidades dos Estaautoria da ONU; fonance o de internacional, em função das finalidades dos Esta-autoria da ordem internacional, em função da proteção da vida de democráticos e as da ordem internacional, em função da proteção da vida de de de nacionalidades. Os transferences de nacionalidades. Os transferences de seconda da vida d<sup>ucan</sup>ocráticos e as un dependentemente de nacionalidades. Os Estados, d<sup>ucan</sup>ocráticos e as un dependentemente de nacionalidades. Os Estados, cal<sup>undade</sup> humanas, independentemente de nacionalidades. Os Estados, de<sup>de</sup>dade humanos, se necessários não apenas como instâncias de concre-de<sup>guidade</sup> humanos, se necessários não apenas como instâncias de concrec<sup>deno</sup> stados, pose contexto, tornan, como instâncias decisórias para efetivação dos direitos pose contexto, nas também como instâncias decisórias para efetivação dos direitos pose de tal sorte que a ordem internacional ganha o status d <sup>nosc</sup>, mas tambera que a ordem internacional ganha o status de espaço pú-to<sup>manos,</sup> de tal sorte que a ordem internacional ganha o status de espaço pú-to<sup>manos,</sup> de tal sorte que a ordem internacional ganha o status de espaço pú-

<sup>100</sup> de tai sono de la sono de l auniversal, turcantemporânea dos direitos humanos é originária, justa-A concepção contemporânea dos Direitos do Homem de Torra. A concepção e originária, justa-A concepção Universal dos Direitos do Homem de 1948; seus fun-m<sup>ente</sup>, da Declaração Universal dos mais recentemente, pela Declaração Universal dos funmente, da Deciatavan remaine dos, mais recentemente, pela Declaração dos Di-domentos foram confirmados, mais recentemente, pela Declaração dos Diritos Humanos de Viena de 1993.

<sup>25</sup> Humanos de Desde a segunda metade do século XX, a globalização transportou pro-

Desde a seguritação transportou pro-penas de direitos fundamentais para o âmbito mundial, confrontando, mais blenas de ancara de controntando, mais recentemente, as teses do universalismo e do relativismo cultural, do equilírecenter unidade e diversidade, e da preservação da diversidade cultural em bro entre unicional e da evolução das tecnologias de informação e comunicação.

Universalismo é o termo empregado na doutrina dos direitos humanos

para designar a corrente teórica segundo a qual o fundamento dos direitos numanos para designitade humana; daí seu caráter universal. Aproxihumanos da concepção jusnaturalista, na medida em que ambas as correntes reem nos direitos humanos um valor intrínseco à condição humana; para guniversalistas, contudo, os direitos humanos constituem o mínimo ético irredutivel necessário à preservação da dignidade. Relativismo, por outro lado, designa a corrente teórica segundo a qual cada cultura possui sua própria noção de direitos humanos, o que significa dizer que os direitos variam conforme o sistema político, econômico, social e cultural vigente numa ada sociedade. Em síntese, não há universalidade, mas pluralidade de direitos humanos.

Unidade e diversidade, por conseguinte, são designações referidas à posstel conciliação entre universalismo e relativismo, como propugna Boaventura de Sonza Santos (Reconhecer para libertar, 2003), em conhecida defesa da concepção multicultural dos direitos humanos, estando o "multiculturalis-

# 282 Teoría do Estado • Parte II – Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

mo" a indicar as possibilidades de articulação e potencialização mút<sub>uas</sub> de direitos.<sup>25</sup> a indicar as presentadores de concues. hecimento e redistribuição de concues. Hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos de te hoje não direitos da terra conhecimento -Hoje não mais se discute acerca ua universariuaue dos direitos humano, em relação a titulares e destinatários, de suas características como direitos humano, sereferenciais, fundamentais e abstratos, ou de seu caráter acumolas blanca é a efetividade desses direitos direitos humano. Hoje name em relação a titulares e destinatarios, de suas consecuensucas como direitos rais, preferenciais, fundamentais e abstratos, ou de seu caráter acumulano, do e aberto. O problema é a efetividade desses direitos, sua concesto do e aberto. O problema é a efetividade desses direitos, sua concesto do e aberto. O problema é a efetividade desses direitos, sua concesto do e aberto. O problema é a efetividade desses direitos e práticaem relação a a relação a a relação a a constratos, ou de seu caráter acumos na rais, preferenciais, fundamentais e aostratos, ou de seu caráter acumos na variado e aberto. O problema é a efetividade desses direitos, sua concreto a e prática: o que são diverte de concreto a c rais, presente o problema e a crettra de concettos, sua contativo, variado e aberto. O problema e a crettra de concettos, sua contativo, ção, o que nos leva a questões de ordem teórica e prática: o que são concettos, ção, o que nos leva a questões de ordem teórica e prática: o que são concettos, catorios e como identificá-los? Identificados, qual a forma mais efettos ção, o que nos leva a questoes de orden teored o prança: o que são diretoa ção, o que nos leva a questoes de ordentificados, qual a forma mais efectiva humanos e como identificá-los? Identificados, qual a forma mais efectiva e le.

na de promovê-los? Na ordem internacional, a questão se mostra mais aguda, posto que o Na ordem internacional é um sistema mais fraco que o nacional, o que o Na ordem internacional, a questa mais fraco que o nacional, o que o sistema internacional é um sistema mais fraco que o nacional, o que impli-sistema internación quase que exclusivamente pela pressão social. O que implisistema internacional é um sistema numero que o nacional, o que <sup>que</sup> o ca sua sustentação quase que exclusivamente pela pressão social. O que <sup>impla</sup> ca sua sustentação quase que exclusivamente pela pressão social. O tema Debatico comito por Bobbio (1992) e Habermas (1992) ea sua sustentação quase que exercismente por pressão social. O tema não é novo, já tendo sido enfrentado por Bobbio (1992) e Habernas (1999), não é novo, i a tendo sido enfrentado, para Bobbio, seria a criação de tun socinão é novo, já tendo sido entremado por tendo (1999), entre tantos outros. A solução, para Bobbio, seria a criação de tun sistema entre tantos de coerção; para Habermas, o dilema só se resolveria entre tantos outros. A solução, para Locardo, se la chação de tun sistema internacional de coerção; para Habermas, o dilema só se resolveria quai, internacional de coerção; para Habermas, no nível global, se compre internacional de coerçao; para functional de coerçao; para do os destinatários dos anenos neuros neuros propar, se compretendes sem como seus autores, o que implica a implementação dos direitos em sen-

jurídico-democratico. No interior dos Estados nacionais democráticos, a situação, embora de la morreão, não é menos importante. Lewandou de de No interior dos Estados nacionados importante, a situação, embora diversa em termos de coerção, não é menos importante. Lewandowski faz no. versa em termos de coerças, nue eficácia da proteção dos direitos humanos si tar que os diferentes graus de eficácia da proteção dos direitos humanos si la protectar dos Estados. A maior eficácia da su como si co tar que os diferentes grato de externo dos Estados. A maior eficácia é a dos da análogos, no plano interno e externo dos Estados há mais de trezentes institucionalizados há mais de trezentes. análogos, no plano fricense e institucionalizados há mais de trezentos anos, con-reitos civis e políticos que, institucionalizados há mais de trezentos anos, conreitos civis e ponticos que, mais bem definidas, que variam de um sistema ju-tam com uma série de garantias bem definidas, que variam de um sistema jutam com uma serie de gammas, de modo geral, os ofendidos podem recorrer rídico para outro; nesses campos, de modo geral, os ofendidos podem recorrer rídico para outro, necessita en processuais adequados para fazer cessara ao Judiciário, invocando remédios processuais e culturais do alta fazer cessara ao judiciano, interestos econômicos, sociais e culturais, de elaboração mais recente, apresentam menor eficácia e nem sempre podem ser exigidos perante os tribunais, por dependerem da atuação do Estado para se concretizarem: ademais, como muitos desses direitos estão inseridos em normas programáti cas, sua exigência é mais política que estritamente jurídica. Os direitos dífusos ou de titularidade coletiva, de defesa quase que exclusivamente política, são os que apresentam menos eficácia, à exclusão do direito ao meio ambiente e de proteção ao consumidor, protegidos por ações específicas no âmbito do ordenamento dos diversos países.26

16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito.

283

Osu<sup>rgimento</sup> de novos direitos está condicionado à mudança de condi-Osurgimento de norma de la condicionado à mudança de condi-Osurgimento de carecimentos e de interesses, de transformações técnicas, históricas, de preservação de determinados bens e valores. Mas nere tas, de cosurdade de interito humano" pela doutrina. Visiona Mas nere tas, Osus Osus de carectate de la continueresses, de transformações técnicas, de históricas, de preservação de determinados bens e valores. Mas nem todo de considerado "direito humano" pela doutrina. Várias são as com todo de considerado "direito humano" pela doutrina. Várias são as com todo <sup>v</sup> per doutrina. Várias são as condições <sup>brene</sup> considerado encire lugar, deve refletir um importante valor so-<sup>brend</sup> para tanto. Em primeiro lugar, deve refletir um importante valor so-<sup>brend</sup> para tanto, em graus variados, nas diferentes sociedad active para tanto, tan prime region, deve refletir un importante valor so-active para tanto, tan prime para solution, deve refletir un importante valor so-active alor de ser relevante, em graus variados, nas diferentes sociedades mun-ale alor de ser reconhecido com fundamento a al<sup>dur</sup> de ser recevante en guerranados, nas diferentes sociedades mun-al al<sup>dur</sup> de ser reconhecido com fundamento nas obriga-dur fin segundo lugar, deve ser reconhecido com fundamento nas obriga-dur fin segundo lugar, deve ser reconhecido com fundamento nas obriga-dur fin segundo lugar, deve ser reconhecido com fundamento nas obriga-tar da Carta da Organização das Nações Unidas, não ser recetitor o al an segundo ruganização das Nações Unidas, não ser repetitivo face ao de Carta da Organização das Nações Unidas, não ser repetitivo face ao de Carta da Carta de direitos humanos, ser capaz de autoalcanes <sup>108</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>108</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>108</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleançar consen-<sup>109</sup> da Carta da Organizacional de direitos humanos, ser capaz de autoaleanção da Carta d e<sup>les con</sup>internacional de antivel, ou pelo menos não incompatível, com a prásat<sup>ema</sup>cional, ser conservente per inclus hao incompatível, com a prá-ontemanion dos Estados. Finalmente, deve ser suficientemente preciso para tra comun dos e obrigações identificáveis.<sup>27</sup> peaconnumente, dev grat direitos e obrigações identificáveis.<sup>27</sup>

3.4. As gerações de direitos Tomando do período das Declarações de Direitos como marco inicial da Tomando do presidente de la sua titularidade. dultura do seu contetido e da sua titularidade,

Jução do seu como do seu como do seu como direitos indivi-se, na fase inicial, as Declarações tiveram por objeto os direitos indivi-Se, na rase functiones posteriores incorporaram, sucessivamente, direidiais de international de literative de lite es economicos de direitos – originariamente, os indivíduos consideranarcha, aos induviduos considera-tos en sua singularidade – foram incorporados grupos, povos e a própria humanidade.

<sub>nidade.</sub> Para fins didáticos, esse desenvolvimento é estudado em "gerações", de para inis ditati gerações", de forma a periodidamento, especificação e positivação dos direitos humanos ebem assim, da afirmação da dignidade humana em documentos escritos.

Primeira geração. Direitos individuais. Em sua primeira fase, a doutrina dos dreitos humanos propiciou a "declaração" (não a criação) de direitos individuis, de extração jusnaturalista, nas Declarações clássicas. Seu objeto são os direitos de liberdade (as liberdades públicas da doutrina francesa), direitos subjetivos consistentes em poderes de agir reconhecidos a todos os indivíduos, tais como a liberdade de ir e vir, a liberdade religiosa, de expressão, de associação, de profissão etc. que, na Declaração Francesa, são os "direitos do

2º Cf AISTON, Philip. Conjuring up new human rights: a proposal for quality control, American Journal of International Law, 1984, v. 78, p. 607.

<sup>25</sup> Reconhecer para libertar, 2003, p. 43.

<sup>26</sup> Op. cit., 2002, p. 264-5.

Teoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito 284

homem", sendo "direitos dos cidadãos" as disposições relativas à participação to thio na vida pública.

ndivíduo na vida pública. ndivíduo na vida pública. São seus sujeitos passivos não só o Estado como também todos os demais São seus sujeitos passivos não só o Estado como também todos os demais do marten sujeitos passivos não so o carecido, que se abstém todos os denais São seus sujeitos passivos não se o carecido, que se abstém de atuar, os denais indivíduos que não o titular do direito exercido, que se abstém de atuar, ornais indivíduos que nanente, contra a liberdade do titular. As primeiras Declassiones individuos que não o titular uo un concerna a liberdade do titular. As primeiras Declaras, onusis va ou consistvamente, contra a liberdade do titular. As primeiras Declarações va ou consistvamente, exclusivamente, essa geração de direitos fundamente. de Direitos veicularam, exclusivamente, essa geração de direitos fundamentas de Direitos veicularam, exclusivamente, essa geração de direitos fundamentações de Direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos econômicos, sociais e culturais de direitos econômicos direitos econômic

Direitos veicularam, excitisivamente, sociais e culturais. Os direitos tundamentan, Segunda geração. Direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos econô-segunda geração direitos de exigir determinadas previos econô-Segunda geração. Direitos economisto de exigir determinadas prestações do micos, sociais e culturais são direitos de exigir determinadas prestações do micos, sociais configação depende de sua intervenção (saúde, educas micos, sociais e culturais sao direitos un intervenção (saúde, educação de Estado, cuja realização depende de sua intervenção (saúde, educação de Estado, cuja realização depende de sua intervenção (saúde, educação, prestações do direitos subjetivos, como os direitos indas prestações do direitos subjetivos, como os direitos indas prestações do direitos indas prestações do direitos subjetivos, como os direitos indas prestações do direitos subjetivos, como os direitos indas prestações do direitos indas prestações do direitos indas prestações do direitos de direitos de direitos direitos de direitos direitos de direitos direitos de direitos de direitos de direitos de direitos direitos de direitos de direitos direitos de d Estado, cuja realização depende se subjetivos, como os direitos inducação, pre-vidência, trabalho etc.). São direitos subjetivos, como os direitos induviduais, vidência, trabalho etc.), oao ano sistem em direitos de exigir. São direitos de mas, ao contrário daqueles, consistem em direitos de exigir. São direitos de mas, ao contrário dos indivíduos, em relação à coletividade ou direitos de ou direitos direitos de ou direitos mas, ao contrário daqueres, como em relação à coletividade ou direitos de crédito, de parte dos indivíduos, em relação à coletividade ou direitos de crédito, de parte dos indivíduos de interitos de créditos de creditos de crédito, de parte dos martes puridico, a exigência de igualdade e soli, exigir, que exprimem, no sistema jurídico, a exigência de igualdade e soli, e exigir, que expriment, no assessivas na diminuição das diferenças sociais, dariedade, com repercussões positivas na diminuição das diferenças sociais, dariedade, com repercussões dos direitos políticos porque representativas dariedades e dos direitos políticos po dariedade, com repercussoes e dos direitos políticos porque representan di Distinguem-se das liberdades e dos direitos políticos porque representan di-

se que se realizant por traprestação, geralmente em forma de serviço (mé. Seu objeto é uma contraprestação, gue pode variar conforme a Seu objeto e una como etc.), que pode variar conforme o seu titular (o dico, escolar, previdenciário etc.), que pode variar conforme o seu titular (o dico, escotar, previdentaliar di scuttular (o indivíduo, grupos de indivíduos, a criança, o jovem, o idoso etc.). Consistenti indivíduo se seu fundamento se sel di sciencia di scienci di sciencia di sciencia di sciencia di sciencia di sciencia di individuo, grupos de direitos humanos e seu fundamento se radica na igual na segunda generativa, o indivíduo é considerado em seu grupo social. A dade; uesta perspectimento jurídico que, pioneiramento jurídico que, pioneiramento jurídico que, pioneiramento de la constituição Marca e Constituição e Con te, previu esses direitos, muito embora a Constituição Mexicana de 1917 is houvesse previsto um clenco de direitos ao trabalhador. Ambas assinalam uma nova concepção dos direitos humanos.

Terceira geração. Direitos de solidariedade. Compreendem direitos difusos ou de titularidade coletiva cujo fundamento se radica na fraternidade, una vez que se voltam à garantía da qualidade de vida. São seus sujeitos passinos os grupos humanos, como a família, o povo, a nação, a coletividade ética ea própria humanidade. Desenvolvidos especialmente no plano internacional incluem-se nessa geração: o direito à paz (deduzido do art. 20, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, AGONU/66); o direito ao desenvol. vimento (Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, ONU/86); o direito ao meio ambiente (Declaração de Estocolmo/72; Declaração do Rio de Janeiro/92); o direito ao patrimônio comum da humanidade (indiretamente, desde 74, na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, em relação ao fundo do mar e subsolo); o direito à autodeterminação dos povos (plena afirmação no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos/66, art. 1º: "todos As instituições politicas e jurídicas do Estado de Direito 285

p<sup>nos</sup> tên direito à autodeterminação"), o direito à comunicação (objeto

parts direito a ante Unesco, a partir dos anos 1980). <sup>ano</sup> manifestações de como indeterminados pela titularidade, indivisíveis <sup>ana</sup> manifestações de colocados a meio caminho entre os interde la construction de la constru entrelação ao objeto, este uma sociedade de massa e resultado dos confli-or<sup>an</sup> cos privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado dos confli-os de massa, carregados de relevância política e capazes de transforma-estratificados, como a response tatas de transformaentresses públi-entresses públi-entresses públicados, proprios de relevância política e capazes de transformar con-no de musia, carregados de relevância política e capazes de transformar con-no de musia, carregados, como a responsabilidade civil polas contregators de la pontica e capazes de transformar con-se de masa, carregators de la construction de la <sup>18 de</sup> jurídicos estraturecanos, como a responsabilidade civil pelos d re<sup>106</sup> jurídicos no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos etc. <sup>106</sup> jurídicos são reconhecidos às gerações futuras, na modea

ados no lugar na reconhecidos às gerações futuras, na medida em que es-fais direitos são reconhecidos às gerações futuras, na medida em que es-<sup>aŭs</sup> <sup>jais</sup> direitos sao revivência da sociedade – que se fundam numa identida-<sup>tai en causa a sobrevivência da sociedade – que se fundam numa identida-</sup> r<sup>a causa</sup> a sobre de fato e não em impulso associativo, como os de prote-te de circunstâncias de fato e não em impulso associativo, como os de prote-<sup>k</sup>de eireunstancias de la do meio ambiente e do património cultural e, em <sup>k</sup>de hanatureza e de defesa do meio ambiente e do património cultural e, em <sup>k</sup>de hanatureza, os direitos dos consumidores. de natureas, os direitos dos constimidores.

Quarta geração. Direitos de proteção. A quarta geração de direitos com-

Quarta geração de direitos com-quarta geração de direitos com-prende os direitos necessários à proteção contra os avanços das tecnologias de prende os direitos necessários a proteção contra os avanços das tecnologias de rende os direitos una tecnologia, assim como os perigos ecológicos e genéticos. entunicação e ou de la constructiva de desenvolvimento científico e tecnológico, présudem proteger o indivíduo do desenvolvimento científico e tecnológico, présudem proteger o indivíduo de genética, pelo direito à prime tecnológico, Peterdem proceso à identidade genética, pelo direito à privacidade, contra <sup>upliado pero</sup> a privacidade, contra <sup>necos</sup> de transmissão e utilização de imagem e dados pessoais, inclusive por prives tudo implicando o alargamento e o adencionado a la contra preos de natural de implicando o alargamento e o adensamento das liberda-u detrônica, tudo implicando de diversidado estructura de defesa. Direitos de diversidado estructura a detonica, de defesa. Direitos de diversidade expressos pela necessidade de lo editeños da diversidade cultural da humanidade, como seu patrimônio conormação da comércio internacional e da evolução das tecnologias de inunu, en las comunicação. São "direitos circulares", como os denomina o consinnação e constitução e constitução e constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade, cujos fundamentos adicam numa nova trilogia: segurança, diversidade e solidariedade.28

### **DISCUTINDO CONCEITOS - III**

### A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas

3 Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 62

Teona do Estado • Parte II -- Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito 286

16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 287

causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolverám declarar solenemente os inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, como os causas dos males públicos e ua como do homem, a fim de que esta declaração, sentence os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sentence os direitos naturais, inalienáveis e sagrador o social, thes lembre permanentemente seus direitos este em todos os membros do corpo social, thes lembre permanentemente seus direitos e sente em todos os membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo, notavia sente em tedos os mempros do con el poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo se a seus diveres, a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo se a seus diveres, a fim de que os atos com a finalidade de toda a instituição política seus deveres, a fim de que os mor ma finalidade de toda a instituição política, sejam por a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por se a devera fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundada qualquer momento companya e as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em prin mais respeitados, a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em prinmais respertados, a tim de que se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicida.

ral. Em razão disso, a Assembleia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão;

r Supremo, os segumes a mais en direitos. As distinções sociais so podem fundamentar se na utilidade comum.

andamentar se ha universa Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e Art. 2º, A financia de la segurança e a liberdade, a propriedade, a segurança e a re

cia à opressav. Art. 3º. O princípio de toda à soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente,

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. As sim, o exercicio dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que sim, o exercicio del sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites ape nas podem ser determinados pela lei

Art. 5º. A lei não proibe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguêm pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos, mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessàrias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do deito e legalmente aplicada.

Art 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar in-Art. 9°. Tour de la sua persoa deverá ser severa-dispensável prendé-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severa-unado pela lei.

mente reprimido pela lei e reprimido pero eser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, Art. 10°. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, Art lo manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

que sua manuel comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direi-

Art. Il and cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, responden-tos do homem Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondentos do homen los do homen do todava, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

dava, peros arantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força públi-Art. 14 100 Bia lorca è, pois, instituida para fruição por todos, e não para utilidade particular daque-

les a quem é confiada nuem e comuna Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é in-

suas possibilidades Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes,

da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu empreso e de lhe fixar a reparticao, a coleta, a cobrança e a duração

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condção de justa e prévia indenização.29

### 3.5. As tendências

Muito embora a doutrina dos direitos humanos tenha sido elaborada para limitar o poder político no interior dos Estados Nacionais, seu escopo se ampliou com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945. Desde enia. o direito internacional passou a se preocupar com a proteção global da pesna humana, independentemente de sua nacionalidade ou local de residência.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Internacional sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948 consti-

<sup>39</sup> Disponível em: www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-anteriores-a-criacao-da-sociedade-das-nacoes-ate-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html

16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 289

tuem os marcos iniciais dessa fase, aos quais se seguiram os Pactos Internas, nais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e sobre Direitos Civis e Políticos (1966). No âmbito regional, foram ainda elaboradas e taitas das a Convenção Americana dos Direitos do Homem (1969); a Contenção La oropeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem (1959); a Canta Africando Direitos dos Povos (1981); a Declaração dos Direitos Humanos no láticas e a Carta Árabe de Direitos Humanos no âmbito da Liga Árabe (1994), etc. outras. A criação de tribunais internacionais para julgamento de crime toro goslávia (1993) e para Ruanda (1994), bem como a do Tribunal Penal etc. cional (1998) como tribunal permanente, constituem importantes mantes ções da ordem internacional em favor da universalização dos direitos humanos

cional (1998) como mounar permanente, consumen importantes maeta ções da ordem internacional em favor da universalização dos direitos hamato Nesse contexto, o direito ao desenvolvimento e a educação como direito incluída a educação para os direitos humanos, desempenham papéis de des que. O direito ao desenvolvimento, tal como hoje é entendido, tem significad diverso do antigo conceito provindo do direito internacional clásico, que og do essa visão, embora todos os indivíduos desfrutassem de tal direito, este se promovido apenas em âmbito nacional, sem interferência da comunidade ternacional; além disso, tal direito se referia, primordialmente, ao campo es nômico, conforme o art. 55 da Carta das Nações Unidas.

Desde meados da década de 1970, e até o marco da Conferência de Vie na de 1993, o sentido do direito ao desenvolvimento se expandiu, aproximado aspectos econômicos e sociais de tal forma que temas relativos à pa, a economia, ao meio ambiente, à justiça e à democracia sejam apreciados cojuntamente. Pressupõe, ainda, a ação global tanto no plano individual quin em relação aos Estados e a toda a humanidade, o que vem sendo reconhecide e reafirmado pela comunidade internacional em inúmeros documentos. Ase dividuação da pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento, aia da ao caráter global do direito ao desenvolvimento, encontra-se expresa no a 10 da Declaração e Programa de Ação de Viena: "A Conferência Mundul se bre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previso an claração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e nlienável, e parte integral dos direitos humanos fundamentais".

As Metas do Milênio são exemplo paradigmático desse movimenta Constituem princípios mínimos de ação individual e coletiva, acordados pe los Estados-membros, com prazo de implementação previsto para 2015, na seguintes áreas: igualdade de gênero, meio ambiente, desenvolvimento nul desenvolvamento urbano, sistemas de saúde, educação, ciência, tecnologia e desenvolvamento urbano, sistemas de saúde, educação, ciência, tecnologia e desenvolvamento urbano, sistemas de saúde, educação, ciência, tecnologia e desenvolvamento urbano, sistemas no nível nacional, a partir de metas quande construction de responsabilidades no nível nacional, a partir de metas quande construction de responsabilidades no nível nacional, a partir de metas quande construction de responsabilidades no nível nacional, a partir de metas quande construction de responsabilidades no nível nacional, a partir de metas quande construction de responsabilidades de um novo paradigma de desenvolvimento susteritar de sua execução, contudo, tem apresentado inúmeras dificuldades, tentarel Sua execução, contudo, tem apresentado inúmeras dificuldades, tentarel Sua execução, contudo, tem apresentado inúmeras dificuldades, tentarel Sua execução, contudo, tem apresentado Dipetivos de Desenvolvimerentes às desigualdades regionais, em termos de quantitativos e qualitatinas de Milênio – ODM (*Millennium Development Goals* – MDGS), estabesento do Milênio – ODM (*Millennium Development Goals* – MDGS), estabesento do Sustentável, em Johannesburgo. Para cada um dos objeal beenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo. Para cada um dos objeal beenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo. Para cada um dos objeal beenvolvimento Sustentável, em prazo para serem cumpridas, definidas se que variam entre 50 e 25%, com prazo para serem cumpridas, definidas se que variam entre 50 e 25%, com prazo para serem cumpridas, definidas se que variam entre 50 e 25%, com prazo para serem cumpridas, definidas se correspondem metas dualitativos específicas de redução das atuais tase correspondem metas dualitativos para serem cumpridas, definidas se correspondem metas do Milênio não tenham sido entre

no Projeto do Miterito. no Projeto do Miterito. Anda que as Metas do Milênio não tenham sido suficientemente imple-Anda que as Metas do Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, mentadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não seja de viena seja frágil, posto que não seja de viena seja d

[...] como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em nente esta Declaração, se esforce, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressinas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.<sup>30</sup>

Acumulação, variedade e abertura como palavras-chave da evolução histórica dos direitos humanos. Acumulação devido ao fato de que em cada momento histórico formam-se novos direitos, típicos de seu tempo, que se somam aos antigos (Bobbio chama esse fenômeno de "multiplicação"). São suas causas: *a*) o aumento de bens merecedores de tutela; *b*) a extensão da titulatidade de alguns direitos a titulares que não o homem, considerado individualmente; c) o homem não ser considerado ente genérico, ou em abstra-

<sup>30</sup> Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Asembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, Disponível em: www.mj.gov.br.

290

Teoria do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Dateito to, mas na sua especificidade das suas diversas maneiras de ser en sociedade das suas diversas mais bens, mais sujeitos, mais sujeitos sujeitos su ser en sociedade to, mas na sua especificidade das suas diversas maneiras de ser en sociedade criança, velho, doente etc. Em síntese: mais bens, mais sujeitos, mais sujeitos to, mas an criança, velho, doente etc. Em sintese: mais ucris, mais sujeitos, mais deda do indivíduo. O processo de multiplicação por especificação ocorreu prio do indivíduo. O processo de ineitos sociais. Variedade porquanto os direitos do indivíduo. O processo de ineitos sociais. Variedade porquanto os direitos do indivíduo. O processo de muniplicação por especificação ocorreu stata palmente no âmbito dos direitos sociais. Variedade porquanto os direitos incorram-se em virtude do processo de acumulação. A variedade aind do municada porquanto os direitos sociais, variencia porquanto os direitos de palmente no âmbito dos direitos de acumulação. A variedade ainda se versificaram-se em virtude do processo de acumulação. A variedade ainda se versificaram-se da constatação de que os direitos humanos não são unifar versificaram-se em virtude do processo direitos humanos avanedade anda afirma diante da constatação de que os direitos humanos não são tanda afirma diante da constatação de que os direitos humanos não são tanda borna diante da constatação de que os direitos humanos não são tanda afirma diante da constatação de que os mormativas. Abertura por uniformas, desdobrando-se em diversas dimensões normativas. Abertura por que nenhu desdobrando de direitos macional pretendeu esgotar o conjunto de direitos materioremento d desdobrando-se em diversas universas contenta esgotar o conjunto de direitos nacional pretendeu esgotar o conjunto de direitos nacional pretendeu esgotar o conjunto de direitos ou dete ma Constituição nacional presente e constituição de direitos ou determinar o seu conteúdo, aceitando a existência de direitos humanos não eco.

ou a de faculdades implicitas. Atualmente, o princípio prevalecente na ordem internacional é o do internacional é o do internacional de la constante de la con Atualmente, o principio prevarecente na orden internacional é o do internacional concern, declarado expressamente pelo Tribunal Internacional de lus national concern, declarado qual a obrigação de cada Estado em face de lus national concern, dectarado espresante en entre internacional de la trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los trica da onu em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de los tricas da o do respecto pelos princípios e regras relativos acos da o tricas da o do respecto pelos princípios e regras relativos acos da o tricas da o do respecto pelos princípios e regras relativos acos da o tricas da o do tricas tiça da ONU em 1970, pelo quar a conserva con en la conserva en la os outros Estados e o do resperto por presentario de la presentari fundamentais da pessoa intendireitos humanos assumiram na política intena pósito da centralidade que os direitos humanos assumiram na política intena dos Estados a partir da década de 1990, que real pósito da centrandade que os carantias conferidas aos dureiros cien-cional e no interior dos Estados a partir da década de 1990, que, malgrado encional e no micrior dos contre as garantias conferidas aos direitos civis e políticos corrente descompasso entre as garantias conferidas aos direitos civis e políticos de se realcar a crescente participante políticos e políticos de se realcar a crescente participante de se realcar a crescen e os econômicos e sociais, há de se realçar a crescente participação de organe os economicos e social, nos temas internacionais e a disposição de organ-zações da sociedade civil nos temas internacionais e a disposição dos Estados em aceitar o monitoramento da implementação dos direitos humanos. Em on clusão, contrariamente ao que se supunha, que "as sociedades ditas pósmo dernas' não se tornaram apolíticas, indiferentes aos destinos extracomunitário, nem descartaram a solidariedade como caminho do universalismo", 2

### 4. O CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

O constitucionalismo foi o movimento político e jurídico que, a partir do século XVIII, pretendeu estabelecer governos moderados, submetidos a Constituições escritas.

Parafraseando o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, po demos dizer que, rigorosamente, "não há um constitucionalimo, mas vários constitucionalismos" (o inglês, o americano, o francês). Mais rigoroso ainda seria falar de vários movimentos constitucionais, dos quais derivam técnicas específicas de limitação do poder, o que, no fundo, revela uma teoria noma16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 291

<sup>14</sup> da política. <sup>14</sup> Esses movimentos não podem ser compreendidos fora das <sup>143</sup> da política e políticas que lhe são contemporâneas e area das da cortentes filosóficas e políticas do Estada e la contemporâneas e area das da política. Esses inventes não podem ser compreendidos fora das na da política. Esses inventes não podem ser compreendidos fora das contemporâneas e que tra-

<sup>tha</sup> <sup>guides cortentes mensão específica do Estado e do Direito. <sup>ducat</sup>uma compreensão encerra um conjunto de sol</sup> en una comprecisione encerra um conjunto de valores e concepções po-O constinicionalismo encerra um raízes na tradição inglesa do porto po-O constitucionarismo, com raízes na tradição inglesa de proteção às li-O constitucionarismo, com raízes na tradição inglesa de proteção às li-Decade natureza moderna, com raízes na tradição inglesa de proteção às li-

de natureza moderna, en la radição inglesa de proteção às li-laças de supremacia do Parlamento, no contratualismo e na ideia da lei kolades e supremacia da vontade geral, presentes, igualmente, nas destas Relades e supremação da vontade geral, presentes, igualmente, nas declarações de vono espressão da vontade geral, presentes, igualmente, nas declarações de vono enas diversas técnicas de separação e racionalização do verte esta de separação e traces de separação <sup>1000</sup> espressão da voltado Bona, presentes, igualmente, nas declarações de <sup>1000</sup> espressão da voltado Bona, presentes, igualmente, nas declarações de <sup>1000</sup> espressão do poder. No pla-<sup>1000</sup> enas diversas técnicas de separação e racionalização do poder. No pla-<sup>1000</sup> enas diversas técnicas de separação, dada a sua coincidão. unte chas diversas recureos com o liberalismo, dada a sua coincidência de pro-di<sup>neto</sup> confunde-se com o liberalismo, dada a sua coincidência de propolítico, contunte estado ao direito, instituir governos moderados, com po-<sup>por submeter o suplementar um sistema econômico autônomo ou, pelo <sup>polos umitados, e implementar um sistema econômico autônomo ou, pelo <sup>teres umitados, lo que significa que o Estado devo</sup></sup></sup> dero Imitados, e indo. O que significa que o Estado deve ser racionalmen-dero descentralizado. O que significa que o Estado deve ser racionalmen-menos descentralizado de forma a transformar o súdito em cidadão descentralizado e a transformar o súdito em cidadão, a assegurar-lhe a transformar o súdito impreseritário e a propriedade (direitos impreseritário) e construído de torna e a propriedade (direitos imprescritíveis e invioláveis), berdade, a segurança e a propriedade (direitos imprescritíveis e invioláveis), iberdade, a segmany, e e político entre diversos órgãos (além do governante, o cadistribuir o poder político entre diversos órgãos (além do governante, o cadistribuir os Tribunais). Nesse registro, o Direito é um direit ea distribuir o prisurais). Nesse registro, o Direito é um direito racional, pro-Parlamento, os Tribunais). Nesse registro, o Direito é um direito racional, pro-

tetor das liberdades. r das liberadore que a ideia de limitar o poder do Estado por via de documen-

E evidence que inventada pelo constitucionalismo. Na Inglaterra, desde a mescritos não foi inventada pelo constitucionalismo. Na Inglaterra, desde a us escritos nacional de alguns direitos: são exemplos de alguns direitos sú-Magna Garantia de alguns direitos; são exemplos desse sistema, entre oudus para Bain of Rights (1628). No continente europeu, durante a Idade Métos, a relation of forais e cartas de franquia, também destinados à proteção da proteção de direitos dos súditos contra o poder do príncipe; na América do Norte foar unclebrados entre a Inglaterra e os peregrinos os famosos contratos de colonização, dos quais são exemplos o Compact (1620) e as Leis fundamentais de Connecticut (1639).

Tampouco era nova a concepção de que um corpo de normas superiores ao poder do monarca e do legislativo era necessário para proteger o Estado. Na França estamental e absolutista, a despeito das teorias da legitimação monárquicas, as leis fundamentais do reino tinham esse propósito. Destinadas a assegurar a unidade da soberania e da religião - o que significava proteger a continuidade do Estado - as leis fundamentais constituíam um conjunto de normas, escritas e costumeiras, consideradas imutáveis, que regulavam a aquiscao, o exercício e a transmissão do poder, ao qual os reis juravam obediência. Suas disposições vagas e imprecisas, contudo, não se preocupavam em

B Direito constitucional e teoria da constituição, p. 51

<sup>31</sup> Cf. VIEIRA DE ANDRADE, p. 65-6.

ALVES, José Augusto Lindgren. Os direitos humanos como tema global, 2003, p. 323.

# teoría do Estado 🔹 Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Gireao

292

16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 293

regular a atividade do governante, tampouco as suas relações com os governante, tampouco as suas relações com os governante determinava o direito da primogenitura regular a atividade do governance, una primo direito da primogenitura na organización de la consecuencia de

nados. A Lei Sanca, que os complo, integrava esse corpo de los successória da Coroa francesa, por exemplo, integrava esse corpo de los de documentos e as Comos assória da Coroa trancesa, por de documentos e as Constituições costra. A diferença entre esses tipos de documentos e as Constituições costra A diferença entre esses upor mais do século XVIII reside no fato de que estas últimas instituíam o Estado trais do século XVIII residente o status de filiação dos cidada. e, simultaneamente, consultaneamente en activitado a essa nova comunidade política, a todos assegurando uma unidade imaginária traduz, comunidade políticas e intídicas. A doutrina do constitucionalismo postulava, adicionalmente:

a) conferir à Constituição o sentido de documento escrito, formal e so a) contern a contacta jurídicas que não só presereviam a estrutura do Estado como a da sociedade perante o Estado;

 b) desenvolver nima teoria de legitimação do poder fundada na autoorga nização de um povo ou de uma nação (na acepção revolucionária do termo).

O escopo do constitucionalismo moderno, portanto, ia muito além da ancestral necessidade de constituir um conjunto de regras fundamentais per tinente ao exercício do poder. Para o pensamento constitucionalista - iluna nista e liberal – a Constituição deveria proteger e garantir as liberdades do 6 dadão, adotar a separação de Poderes, expressar o poder de auto-organização e, por decorrência, contrapor-se à antiga legitimidade monárquica, instituis, do um novo Estado.

Com esse sentido específico, de natureza garantista, a palavra constituição aparece nas Constituições da Virgínia (a primeira a ser escrita, em 176 na dos Estados Unidos (1787) e na francesa (1791). Essas são as Constituição contratuais clássicas, isto é, as constituições que expressam os princípios de constitucionalismo do século XVIII, com algumas características commer outras tantas importantes variações.

No caso francés, a Constituição é um contrato social celebrado hipteticamente entre os indivíduos - ou seja, a Nação - para a fundação do antogoverno. No caso americano, a par do autogoverno, a Constituição expresso um contrato de coalizão que institucionaliza um sistema político de dois niveis, o federalismo. E se o contrato social francês permanece hipotêtica, inserido no âmbito da doutrina constitucionalista, o contrato de organização americano é celebrado de fato entre os treze Estados independentes, com a finalidade de criar a União, o Estado federal.

pe <sup>outra</sup> parte, a incorporação da Declaração dos Direitos do Homem De outra parte, el Constituição Francesa de 1791 foi talvez o primeiro cladão de 1789 à Constituição Constituição como norma de concepção da Constituição como norma edi Cadadão de 1767 da concepção da Constituição como norma que se dissemi-da tendência à concepção da Constituição como norma que se dissemi-da tendência XIX, de resto confirmada, anos mais tarda con and da tendencia a se confirmada, anos mais tarde, pela decisão da seta no conte Americana, de 1803, em Marbury versus Molto sati no século ALA, de 1803, em Marbury versus Madison. Nela, a saprema Corte Americana foi, pela primeira vez, caracterrent sapienta Conte Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito Constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito Constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito constituição Americana foi, pela primeira vez, Comutuição ana como direito de la como de la com

<sup>ntais.</sup> Registra-se, assim, que as Constituições clássicas não se limitaram a ser mentars.

Registrasco do constitucionalismo garantista do século XVIII; seu repressão concreta do constitucionalismo garantista do século XVIII; seu repressao conserva direção da juridicização de leis fundamentais, paradigper angeneration de la planeta nos séculos seguintes.

Jonanano, entre a doutrina constitucionalista preocupou-se com o probleprateiração da Constituição, que remetia à identificação do "quem" e sa da regular da regular do quem e idennicação do "como". Suas diversas interpretações levam à teoria do poder idennição expressão as proposições de Locke e Sieves.

John Locke, que nunca empregou a expressão "poder constituinte", suger, en sua obra, a distinção entre o poder do povo de instituir uma nova ger, en governo (poder originário e supremo) e o poder ordinário do governo ou do legislativo, no exercício de suas funções. Posteriormente, Emmamel Joseph Sieyes (O que é o terceiro Estado?, 1789) formula a distinção teóna entre poder constituinte e poderes constituídos, tacitamente consagrada safundação dos Estados Unidos da América.

Segundo Sieyes, a titularidade da soberania é da "Nação", entidade que compreende todos os estamentos sociais, sendo a vontade nacional a origem le toda a legitimidade e legalidade: "O poder só exerce um poder real enquanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram imposta Avontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser empre legal: ela é a origem de toda a legalidade". 4 É da Nação, portanto, acompetência exclusiva de instituir o Estado e estabelecer a ordem jurídia como está expresso no art. 1º, do Título III, da Constituição Francesa de 1791, complementado pelo seu art. 2º.

Tal doutrina pressupõe a existência de um poder pré-estatal - o poder tonstituinte originário – do qual é titular a Nação, condicionado tão somente pelas declarações de direitos (legitimação material) e pela exigência da diuião dos Poderes do Estado (legitimação formal). Para Sievês

8 meres, Emmanuel Joseph. Qu'est ce que le tiers État?, 1982, p. 68

16 As instituições políticas e juridicas do Estado de Direito 295

Teores do Estado • Parter E - Do Estado de Orieto eo Estado Democrático de Orieto A mação existe antes de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a pripeja le A nação existe antes de tiado, sua vinnada e magne segal, é a priper le Ames dela e acoma dela só existe o dureito natural [...] a Constituição na triper le Ames dela e acoma dela só existe constituido. Nenhuma especie des Ames dela e acima dela so existe o unemo matinar in a Constituição são trate do poder constituinte, mais do poder constituição. Nenhuma especie de pole do poder constituinte, mais nas condições de sua delegação. E acise estas do poder constituinte, mas condeções de sua delegação. E acas encle pale delegado pode madar nada mas condeções de sua delegação. E acas encle pale

Além de instituir o Estado, o poder constituinte orginario define la Con-Além de institutio e contrato suas institutições, competências e procedimenta Con-tratição a divisão de poderes, suas institutições, competências e procedimenta, tacion da tituição a divisão de podere dos seus atos. Sievês argumenta, tacionalmente

[...] que serva impossível errar um corpo para um determinado fan sen de be [...] que seria impossívei criar anno en proprias que preencham as funções la que que anna organização, formas e leis próprias que preencham as funções la que que uma organização e so e o que chamamos a constituação desse corpo E exérci-sermos destinui-lo. Isso é o que chamamos a constituação desse corpo E exérci-

### 4.1. O sentido moderno de Constituição

A palavra constituição deriva, etimologicamente, do substantivo emais tutio, proveniente do verbo constituere que, no latim clássico, significa insi-

Constituere era verbo de uso corrente em Roma, a contrário do substas. tivo constitutio, termo técnico-jurídico empregado para designar os edes e decretos promulgados pelo Imperador (isto é, as decisões instituídor pelo la perador). Este foi o sentido geral de constituição no direito público rotano embora Cícero, excepcionalmente, a tenha empregado para indicara inma de uma cidade". Mas não foi com esse significado que o substanto e p tegrou à linguagem política.

Durante toda a Idade Média e, posteriormente, mesmo nos anos do Patetorado Inglês (1649-1660) - nos quais a ideia da limitação do poder x fer presente em diversos documentos escritos, estes foram chamados comonet, instrument, agreement, fundamental Law, mas não constituição. Bolinghnie foi quem, afinal, retornou o sentido utilizado por Cícero, o qual anos depis, à falta de outro, foi adotado por americanos e franceses. Quando se come çou a falar de "constituição" no contexto do constitucionalismo do século XVIII", observa Sartori, "esse termo já era, há algum tempo, um tempo a

35 Ibidem, p. 67 36 Bodem, p 116

evolhido instamente porque estava disponível para o significado ad esc los assinantes do conhecido art. 16 da Declaração dos Direi-Ve Franção e encontrado no conhecido art. 16 da Declaração dos Direi-<sup>se ga</sup>ltança, e encontrata de 1789: "Uma sociedade em que a garantia o de Homem e do Cidadão, de 1789: "Uma sociedade em que a garantia o de Homem está assegurada e a separação de Poderes não este d a transmente do constituição". E, nos Estados Unidos, enunciado no está determina-Anthonido esta assesso - E, nos Estados Unidos, enunciado por Thomas a do ten Constituição - E, nos Estados Unidos, enunciado por Thomas a sho ten e Os direitos do homem (1791/1792);

E evidente que os homens querem dizer coisas distintas e separadas quan-E endenie que le constituições e de governo. Por que esses termos são usados distin-de film de constituição não é um atrada os de talon de constituição não é um ato de governo, mas de um a ceparadamente? Uma constituição não é um ato de governo, mas de um a e separaciante um governo. Um governo sem constituição é poder sem di-pro-constituição (poder sem di-pro-constituição (poder sem dipro Gapitulo IV - "Das constituições"). is

Em ambos os sentidos, a ideia de Constituição deriva do contrato social, Em anicos retudo, a regulamentação jurídica do Estado de acordo com se maca, sereclamados pelas grandes Revoluções Burguesas. E o que pos principal de apenas uma designação oportuna, tornou-se um conceito podese a sua finalidade, conteúdo e força jurídicos específicos.

purante todo o século XIX, e até o termino da Primeira Guerra Muna Constituições guardaram o seu significado moderno inaugural. Neseperiodo, não obstante o vigor simbólico da Constituição como fonte de ermidade do poder e do Direito, diversas forças políticas, na Europa conmental. pretendem destituí-la do significado.

Deum lado, as monarquias restauradas com a queda de Napoleão recorna ideia de Constituição como simples codificação formal da estrutura poibra do Estado. Em alguns casos, tal utilização pretendeu ser uma reedição noderna dos pactos medievais, em benefício do poder do soberano, com funimento no princípio monárquico.

ACarta Constitucional francesa de 1814, modelarmente, recuperou, por tras espaço de tempo, a noção de que "toda a autoridade reside na pessoa do Em 1530, a restauração da antiga monarquia de direito divino dá lugar a ana nova forma de monarquia, fundada sobre a soberania nacional, mantida zé o reestabelecimento do Império por Napoleão III, em 1848.<sup>39</sup> Na Alematha.o art. 57 da Ata Final do Congresso de Viena (1820) assim determinava:

Elementos de teoría política, p. 14.

3 Ox dropps do homem, 1985, p. 160.

<sup>8</sup> G recare, Louis Drat constitutionel, 1998, p. 501

Tecoria do Estado • Parte II ~ Do Estado de Direito ao Estado Democránico de triven [...] uma vez que a Federação alemá, com exceção das cidades liste, dos mríncines soberanos, ela deserá, em conservationes de la deserá de conservationes de conserva [...] uma vez que a Federação atema, com exceção das cidades lates, tu a partir dos príncipes soberanos, ela deverá, em consequência das con trais avsim aceites, manter todo o poder do Estado noctadas en estado no estado noctadas en estado no estado noctadas en estado no estado tui a partir dos príncipes soberanos, era uevera, em consequência dos comen-fundamentais assim aceitev, manter todo o poder do Estado no chefe do Estado fundamento somente pode estar obrigado, por via de uma Constituição e o soberano somente pode estar obrigado, por via de una Constitução mental, à colaboração das Cortes para o exercício de determinados ducito

Também o projeto da Constituição estamental de 1816 para Wates Também o projeto da Constituição estamentar de 1816 para Wutes berg estabelecia que "o rei é o chefe de Estado e reúne em si todos o do berg o poder do Estado, segundo as disposições estabelecia berg estabelecia que o rei e o criere de Lorado e reune em si todos o do-tos que integram o poder do Estado, segundo as disposições estabelecida se recursão do Lond". <sup>40</sup> No Brasil, a Constituição Imperial de 1822 estab tos que integram o pouci do constituição imposições estabelecida constituição do Land". <sup>40</sup> No Brasil, a Constituição Imperial de 1822 teo constituição do Lana ... No Brasil, a Constituição Imperial de 1822 real, igualmente, traços do princípio monárquico, do qual o poder moderador é

nplo paradigmanco. A concepção de Constituição como instrumento codificado da estudo A concepção de Constituição pelos seguidores de Marco Estado A concepção de construição estas seguidores de Marx e Engels sobras ras de poder também foi adotada pelos seguidores de Marx e Engels sobras ras de poder rampeni foi autoraria pode de espectro político. Os ataques pode damento diverso, no outro extremo do espectro político. Os ataques pode damento diverso, no otrito carcino de aparte porto os ataques por nientes dos socialistas pretenderam reduzir a ideia de Constituição a un retrato da estrutura real do poder, em uma dada sociedade É expressiodo se entendimento o famoso opúsculo de Ferdinand Lassale, O que é uma Comtituição política? (1862), de grande repercussão em sua época.

Segundo Lassale, uma Constituição é a soma dos fatores reais de poder. definidos como a força ativa e eficaz que está presente nas leis e instituiçõe jurídicas. Nesse sentido, todos os Estados, em todos os tempos tiveram Contituição, pois seria inimaginável uma sociedade política na qual não home. sem fatores reais de poder. Segue-se, portanto, ser totalmente equisocadopes sar-se nas Constituições como produto do pensamento liberal e iluminida

Munido desses argumentos, Lassale diferenciou a Constituição política e real da Constituição escrita, isto é, daquela que apenas exteriorizaria finmalmente a estrutura jurídica da sociedade. Não havendo correspondência entre elas, a Constituição escrita seria "um corpo sem alma" ou mera "faha de papel"; por outro lado, caso refletisse a soma das forças capazes de altera o modo de ser da sociedade, corresponderia à Constituição política.

No início do século XX, a elaboração do conceito jurídico de Constitução, por obra de Hans Kelsen e de seus seguidores da Escola de Viena, lea à sua concepção como norma fundamental, fundamento e ápice do sistema jurídico. Hamilton, nos arts. XVI e XVII, de O federalista, já havia assinal16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 297

a segurança conferidas pela Constituição à União, em compara-105% e a seguranos 105% e a seguranos 1 legislação dos Estados. Esta, mesmo que considerada no seu cona legistava treze diferentes vontades, enquanto a Constituição era o de representava treze diferentes vontades, enquanto a Constituição era o de representava treze diferentes vontades en constituição era o en representava inter confirmada pela Suprema Corte em 1503, por oca-de land (posição confirmada pela Suprema Corte em 1503, por ocaa de lanu (per soprema Construction de la soprem

do binoso jungantado pelo positivismo jurídico, o conceito de Consti-1905 1915, an condicionar à justica ou a qualquer valor. Tratava-se de um note meramente formal, identificado com a "lei fundamental" que Kelantin metanicido em sua rigorosa Teoria pura do direito. Nessa construção, a ha in determina sepresenta senão a norma coativa estabelecida pela auto-preto nada mais representa senão a norma coativa estabelecida pela auto-Digito natia nuce simplesmente um Estado legal. Logo, se o Estado atua ade e o Estado atua deme suas normas, será, inevitavelmente, um Estado de Direito, a despeide contetido material de suas normas, como conclui o próprio Kelsen. porteursa dessas alterações de sentido, a doutrina distingue entre Cons-

rot tansentido político e Constituição em sentido jurídico.

Em sentido político, a Constituição expressa um conjunto de reivindica-Em sentos políticas (o pacto social) traduzido para o Direito. Em sentido jurídico, é aomu fundamental de um sistema jurídico, que encerra um conjunto de reprovincia de Estado, ao regime político, aos modos de aquisição, ercicio e perda do poder, organização da estrutura administrativa do Estado.

O conteúdo material da Constituição em sentido jurídico não se limita aoganização do Estado. Com fundamento nos valores e princípios pré-estaus que incorpora (os quais, via de regra, constam do preâmbulo das Constihições), alcança a definição do regime político, da forma de Estado e de goremo, das competências, procedimentos e composição dos Poderes do Estado edesua organização administrativa; definição de finalidades e prioridades na atvidade do Estado, assim como dos impostos gerais que devem custeá-las; limites da atuação do Estado.

Para fins didáticos, identificam-se dois tipos de Constituição em sentido utídico: a) as Constituições escritas, com princípios e regras expressas em documento único, formal e solene; e b) as não escritas, que podem, ou não, ter pincípios e regras escritas em documentos únicos ou esparsos, mas que netessanamente compreendem costumes (lei não escrita). De modo geral, as Constituições escritas da atualidade exigem procedimentos especiais para sua alteração, o que lhes garante estabilidade; são chamadas pela doutrina de constituições rígidas". Por oposição, as Constituições não escritas são chamadas "flexíveis", porque não exigem procedimentos especiais de alteração.

11 Op. cit., p. 34 e segs.

<sup>40</sup> HEUN, Werner. "El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XX" Fed mentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia combacio 2000, p. 559-86. Disponível em: http://dialnet.unirioja.es/servlet/aticulo?coliga-2002/

Tercina do Ectado • Parte II – Dio Estado de Diseito ao Estado Democrático de base

298

16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 299

O constitucionalista Carlos Santiago Nino elaboron sete concesto da própria ideia de concesto da própria ideia de concesto da O constitucionalista Carros contrago entre caronon sete constitucionalismo, correspondentes à evolução da própria idea de Constituci constitucionalismo, corresponsentes a constanta propria ideia de Coas truição, que variam de acordo com o grau de densidade ou robuere das

(i) o conceito menos robusto encontra-se associado à ideia de Rule of Los (a su conceito menos no de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras jurídicas fundamentais auros (a su conceito) de algumas regras (a su conceito) de algumas (a su (i) o conceito menos robusto encontra o ancas de Rule of Les su implica a preservação de algumas regras jurídicas fundamentais at que teste to L. Unitam a atividade de órgãos de governo, democrático estas implica a preservação de aigumas regras protocas unicamentas at quas tasta ta medida, limitam a atividade de órgãos de governo, democrático ou tasta nem pouco mais robusto diz respeito ao modo pelo qual de servicio de serv ta medida, limitam a ativinacio de organo de granda democratico on tan um conceito um pouco mais robusto diz respeito ao modo pelo qual e granda limitado por normas jurídicas, previstas em Constituição granda um conceito um pouco mais novaso sus registo ao moto pelo qual agora se encontra limitado por normas jurídicas, previstas em Constituição real a oute é a norma máxima do sistema; (iii) um constituição real a se encontra limitado por norma máxima do sistema; (m) un constituição real crita ou não escrita, que é a norma máxima do sistema; (m) un constituição real crita ou não escrita, que e a normais que a Constituição impre a lei un robusto ainda contém restrições formais que a Constituição impre a lei un robusto ainda contem resurgos que estas sejam gerais, objetivat, pública se tas à sua supremacia, requerendo que estas sejam gerais, objetivat, pública se tas à sua supremacia, regione se apliquem imparcialmente, sem distinctes in retroativas e estáveis, que se apliquem imparcialmente, sem distinctes in retroativas e estaveis, que se aproperta anno agregado à separação de Polos último conceno torna se trata do Judiciário, ampliando-se, sucesinances ao com enfase na independência do Judiciário, ampliando-se, sucesinances ao com entase na interpensional a previsão expressa de direitos fundamentais as forme a ele se agregam: (v) a previsão expressa de direitos fundamentais na Cus tituição, (vi) o controle judicial de constitucionalidade e (vii) a democrácia

### DISCUTINDO CONCEITOS - IV

# Princípios e valores na Constituição em sentido jurídico

Os princípios nos sistemas jurídicos são a expressão do relacionamento entre Drec. e moral; correspondem aos direitos fundamentais, base moral que toma o dreto de gatório. Princípios constitucionais fundamentais, por decorrência lógica, são aquée pe definem e qualificam a sociedade e o Estado, e enumeram as principais opcos polito -constitucionais; nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam o terre ta Constituição" e consubstanciam sua "identidade intrínseca".43 Também denominados "me mas fundamentais",44 "principios prescritivos" ou "principios deônticos", "precetos luta mentais", 45 traduzem os valores que inspiram as Constituições e são fontes inedido de demais normas. Como prescrições genéricas que se especificam em regras, além da terda de direcionamento, exercem função corretiva, segundo uma estrutura hierarquizada

- COMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, 2007, p. 189. 43
- 44
- Respectivamente, SILVA, 2006, p. 29; FERREIRA FILHO, 2006, p. 392; e TAVARES, 2012, p. 118 45

Valor é referência axiológica que qualifica o fato (acontecimento social, de natureza Valor é referención psicológica, religiosa ou ideológica), e se consagra na norma, seja política ou econômica, psicológica, por intermédio dos valores, consagra na norma, seja política ou econo política ou econo ou regra É, pous, por intermédio dos valores, consagrados em princípios, que ela princípio ou regra é, pous, por intermédio dos valores, consagrados em princípios, que ea particida indica os seus fundamentos

estrución espanhola é exemplo paradigmático dessa concepção. Diz seu art. 1ª A Constituição espanhola é exemplo paradigmático dessa concepção. Diz seu art. 1ª A Consciuve A Consciuve sao "[.] valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a igualdade e o sao "[.] valores superiores os valores da Constanta

que são "La valore, sendo valores superiores os valores da Constituição material, ou seja, puraismo político", sendo valores superiores os valores da Constituição material, ou seja, pluralismo político pluralismo político do nucleo básico das normas constitucionais que se voltam a organizar o exercicio do poder do nucleo básico das normas renseu Preámbulo, fala em "coloresta" o exercicio do poder. jdeo pasico do poder. A Constituição brasileira, em seu Preâmbulo, fala em "valores supremos", localização

A constituição não lhes confere caráter normativo, mas indica a opção política pré-que como se sabe, não lhes confere caráter normativo, mas indica a opção política préque, como se anciona os valores, novamente, ao infirmar os "valores sociais do trabalho constitucional. Menciona os valores novamente do Estado os Thetes ed livre iniciativa", como fundamento do Estado, no Título I, referente aos seus Principios eda livre iniciativa", como fundamento do Estado, no Título I, referente aos seus Principios eda IME une concesso II do art. 1º. Evidentemente que, neste último caso, contém um fundamentais, no inciso II do art. 1º. Evidentemente que, neste último caso, contém um Fundamentos, concerto una fundamento cuida de sentido análogo ao dos "valores superiores" da Constituição espanhola, porquanto cuida de sentido antenalidade essencial. Não obstante a distinção teórica entre principios e valores, o sentido matenalidade essencial. naterianua de ambos, em termos de eficácia, exige integração legislativa ou interpretação normativo de ambos, em termos de eficácia, exige integração legislativa ou interpretação judicial frente ao caso concreto.

O substantivo "fundamento", a seu turno, implica, na lingua portuguesa, a ideia de alcerce, suporte, sustentáculo. Essa ideia se reflete na acepção constitucional, a ponto de a amissão de qualquer um dos fundamentos do art. 1º causar a descaractenzação do Estado Democrático de Direito. Mas "fundamento" também pode significar elemento primordial. como se depreende do teor do referido art. 1º; é nesse sentido que qualifica os objetivos previstos no art. 3º da Constituição Federal, impondo-lhes prioridade de atendimento. Por essa razão, fundamentos e principios, em última análise, referem-se ao cerne constitucional

### 4.2. O constitucionalismo do final do século XX e início do século XXI. O neoconstitucionalismo

Na segunda metade do século XX, a abertura do Direito a valores ético--políticos deu ensejo ao surgimento das chamadas teorias neoconstitucionalistas e da nova teoria do direito natural, na qual são retomados aspectos da filosofia aristotélica e da de Santo Tomás de Aquino, no sentido de ser possível determinar a moralidade ou imoralidade social de determinadas práticas.\*

<sup>46</sup> Cf. FARRALI, Carla. A filosofia contemporânea do direito, 2006, p 22.

NINO, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa, 1997, p. 167 47

As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 301 16

Neoconstitucionalismo é um termo obviamente empregado para distin-Neoconstitucionalismo e una do século XVIII, para designar a distin-guir essa doutrina daquela do final do século XVIII, para designar a distin-guir essa doutrina daquela do positivismo e do jusnaturalismo. Embora ma guir essa doutrina daqueia do intal de do jusnaturalismo. Embora a supera, ção, em certa medida, do positivismo e do jusnaturalismo. Embora ambas de cata ambas de contra de se voltam à limitação do poder estatat ção, em certa medida, do postavista à limitação do poder estatal, empora ambas de signem doutrinas que se voltam à limitação deve ser,<sup>47</sup> o neoconstitucional: signem doutrinas que se voltant a deve ser.<sup>47</sup> o neoconstitucionalismo é so nel dica constitucional, a indicar não como o direito é so última diz como uma Constitucional, a indicar não como o direito é, so-bretudo, uma política constitucional, a indicar não como o direito é, mas

Teona do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

to deve ser. Refere-se também à identificação do constitucionalismo como teoria es Refere-se tampent a recomo proposto por Robert Alexy no final da década pecífica do Direito, tar comerciando as concepções de Ronald Dworkin de 1980, no século XX. Aperfeiçoando as concepções de Ronald Dworkin de 1980, no securo As. Apenditucionais, Alexy introduz o conceito de prin-sobre os princípios e regras constitucionais, Alexy introduz o conceito de prinsobre os principios e regias de otimização, que são caracterizados por pode, cípio como "mandamentos de otimização, que são caracterizados por pode. cípio como mandante nos variados e pelo fato de que a medida devida para sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também

Para Alexy, os princípios caracterizam-se mais pelo peso que pela dimensão de validade,<sup>49</sup> o que significa uma alteração substancial no conteúd<sub>o do</sub> Estado de Direito, mesmo quando encarado a partir dos pressupostos básicos do velho constitucionalismo, em especial das declarações de direito. E isso porque a tese central de Alexy reside na atribuição da natureza de princípios aos direitos fundamentais que, por essa razão, são mandamentos de otimização do sistema jurídico.

Segue-se daí outro aspecto a se considerar no neoconstitucionalismo, telativo à superação da rígida separação entre Direito e moral, presente nas teorias positivistas: as constantes avaliações e reavaliações políticas e jurídicas, mediante a adoção de critérios de validade material das normas, como também o admitem Dworkin (O império do direito, 1999) e Zagrebelsky (El derecho ductil, 2003). A tomada de posição moral assim exigida aproxima-se do imperativo categórico de Kant, na medida em que "somente da perspectiva do participante, ou seja, daquele que aceita moralmente o direito como guia para o próprio comportamento e como critério de crítica para o comportamento dos outros, seria possível compreender o que o direito é e o que não é; somente por essa via seria possível justificar ações e decisões".50 É nesse sentido que o neoconstitucionalismo promove a confluência dos paradigmas positivista eju-

40 Ibidem.

300

50 POZZOLO, 2006, p. 85

annalista, designando direitos fundamentais positivados, que incorporam vasturalista, designamente de conteúdo interpretado e assegurado pela jurisprudência.

O neoconstitucionalismo está presente no constitucionalismo europeu O neoconstitucionalismo entrai, em particular, da Lei Fundamente europeu O neoconstitución de extrai, em particular, da Lei Fundamental de Bonn <sup>depos</sup>da Constituição da República Italiana (1948), da Constituição espa-(1945), da Constituição portuguesa (1976), da Constituição espade la 19,5) e un solo direitos fundamentais e princípios de justiça material, duação de normas de direitos fundamentais e princípios de justiça material, duação de normativas dos valores sociais, sob fiscalização constituciocomo espresave ribunais constitucionais. Como se sabe, a Constituição bra-al rigida pelos tribunais em certa medida, dessa correcto o tratituição braal rigida pesso é tributária, em certa medida, dessa corrente teórica.

ta de 1900 en la constituições, ao expressarem os valores morais assumidos pelas socie-Jais Constituidos pelas socie-Jades políticas a que se referem, garantem os direitos fundamentais à força do odes politicadas de coerção. São Constituições materiais rígidas, longas e densas, poder catalon de la construction de la construction de la construcción de la construcción de la construcción de la construction cujos princedicionam a atividade dos particulares em suas relações privadas, em tado, e comenor medida. De tudo resulta que a legitimidade ou ilegitimidade do modelo político adotado e, consequentemente, a própria legitimidade do oder do Estado passam a ser auferidas em face dos direitos fundamentais.

A Constituição, portanto, é a "zona de mediação", como aponta Elías Díaz, entre a justiça e a legitimidade, "o espaço de convergência entre legitimidade democrática e justiça material", o que significa dizer que sua funcão vai muito além da habitual mediação legitimidade/legalidade inerente ao Estado de Direito, posto ser a legitimidade democrática uma "legitimidade procedimental em liberdade", isto é, aquela na qual se artícula consensualmente a vontade da maioria, sem perda da referência da vontade das minorias.31 Aos Estados que adotam tal modelo de Constituição tem sido atribuída adenominação "Estado constitucional de direito".

Nesse tipo de Estado, como se pode notar, há uma alteração substantiva na posição da lei em relação aos sujeitos e ao Estado, posto que submetida a una situação de adequação, e não de subordinação, a um estrato jurídico mais alto. Logo, não há prevalência de nenhum dos poderes, entre si ou em relação aos sujeitos, na medida em que todos, sem exceção, estão igualmente vinculados à Constituição; o que significa dizer que, no Estado constitucional de diteito, os postulados do Estado de Direito são levados às últimas consequências.

O Direito, nesse contexto, apresenta uma característica particular: não é figido. É maleável, plástico, porque os seus valores e princípios não são abso-

11 Disz, Elias, Ética contra política. Los intelectuales y el poder, 1990, p 345.

<sup>47</sup> Cf art. 16 da Declaração de 1789

<sup>45</sup> Teoria dos direitos fundamentais, 2006, p. 90.

16 As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito 303

Teona do Estado • Parte II - Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

302

lutos, mas atuam em permanente interação com o imperativo do pluralismo tico (conteúdo material), com lealdade às regras do jogo (associationado) hitos, mas atnam em permanente interação com o imperativo do plutalismo democrático (conteúdo material), com lealdade às regras do jogo (aspectos adaptando-se às necessidades de coexistência e comdemocrático (contendo materiar), procedimentais), adaptando-se às necessidades de coexistência e compronis, induitos complexas.

as sociedades compresas. A Constituição, por sua vez, não é apenas um conjunto de regras juríde. A Constituição, por sua sez, não e aperior e companio de regras jurid-cas hierarquicamente superiores ao restante do ordenamento, mas antes o la contra intrídicas que são superiores ao restante do ordena cas hierarquicamente superiores ao superiores ao restante do ordenamento conjunto de regras jurídicas que são superiores ao restante do ordenamento conjunto de regras jurídicas que são superiores ao restante do ordenamento conjunto de regras juridades que do E um acordo sobre valores fundamento em razão de seu particular conteúdo. É um acordo sobre valores fundamento traindo o modelo axiológico da Constituição como no em razão de seu particular conselução da Constituição como norma tais, daí se extraindo o modelo axiológico da Constituição como norma.

daí se extramo o more o contemporâneo, o que está em jogo é o gran Para o constitucionalismo contemporâneo, o que está em jogo é o gran Para o constitucionalismo e solo certo que a robustez do gran de densidade e vigor dessas previsões, sendo certo que a robustez do concej. de densidade e vigor steara presentación com o modelo de democracia ado to de constitucionalismo variará de acordo com o modelo de democracia ado to de constitucionarismo específicas, tais como: a representação, a democracia ado tado e suas instituições específicas, tais como: a representação, a democracia tado e suas instituições espectado de contar com um corpo legislativo coletivo ou unipes direta e a necessidade de contar com um corpo legislativo coletivo ou unipes soal de eleição popular. A aplicação desses princípios é tarefa do Judiciáno particularmente das Cortes superiores, instituições legitimamente incumbi

### **DISCUTINDO CONCEITOS - V**

### O caso Lüth e a irradiação dos princípios constitucionais no sistema jurídico

Os princípios constitucionais, nos sistemas jurídicos contemporâneos, são a expressão do relacionamento entre o Direito e a moral. Além disso, na medida em que consubstanciam um sistema de valores, os princípios se irradiam por todo o sistema jurídico, comforça conformadora

A doutrina costuma fazer referência à decisão Lüth, do Tribunal Constitucional da República Federal Alemã (BVerfGE 7) como a base jurisprudencial mais desenvolvida da po sição. Dela resulta a tese dos direitos fundamentais implícitos como integrantes do ordenamento jurídico, adotada pelo Tribunal Constitucional da República Federal Alema (BVer/CE 34), com relação ao art. 20, al. 3, da Lei Fundamental de Bonn:

O direito não se identifica com a totalidade das leis escritas. Em certas circunstância, pode haver "mais" de direito em relação aos estatutos positivos do poder do Estado, que tem a sua fonte na ordem jurídica constitucional como uma totalidade de sentido e que pode sente de corretivo para a lei escrita, é tarefa da jurisdição encontrá-la e realizá-la em suas decisões

o caso Luth, paradigmático no âmbito do direito constitucional, chegou ao Tribunal O caso Lum, paracionante decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo que teria, su-costilucional por força de uma decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo que teria, suconstructoral por lorse da sentença violadora do direito fundamental de livre expressão do postinente proferido uma sentença violadora da direito fundamental de livre expressão do postinente proferido pela Lei Fundamental alemã Prismento, garantido pela Lei Fundamental alemá

Para melhor compreensão do caso: a Reclamação Constitucional que culminou no para monte de Tribunal Constitucional teve como origem um conflito de direito privado, ette Eric Luth - então presidente do Clube de Imprensa Alemão - e Veit Harlan - cineasta etre Enc Lutione e veix marian - cineasta senso que, durante o nazismo, produziu filmes de conteúdo racista contra os judeus. Lúth, entre que conhecia o passado de Harlan, organizou, na década de 50, um boicote ao novo filme que conhecia o passado nossuísse qualquer contexido contra de que contracto e este não possuísse qualquer conteúdo racista), estimulando o povo alemão de (anda que este não possuísse qualquer conteúdo racista), estimulando o povo alemão dere control a seu recém-lançado filme. Vendo-se prejudicado (pois o boicote parece ter srtido efeitos), Harlan – juntamente com os produtores do filme – propôs uma ação civil agumentando que a conduta de Lüth violava o Código Civil alemão e pleiteando a imediata interrupção do movimento de boicote.

A tese de Harlan foi absolutamente acolhida pelo Tribunal Estadual de Hamburgo, resultando em sentença favorável à interrupção do boicote e obrigando Lüth a retirar suas alimações e opiniões contrárias à reputação do cineasta. Lüth, então, recorreu argumentando que tal decisão violava a garantia constitucional de livre expressão do pensamento (iberdade de expressão), ingressando com Reclamação Constitucional perante o Tribunal Constitucional, tendo em vista a violação de um direito fundamental

Com a propositura dessa Reclamação Constitucional, três foram os temas centrais que permearam a decisão do Tribunal Federal: 1) os direitos fundamentais não representam simplesmente uma garantia do cidadão contra o Estado, mas expressam uma ordem objetiva de valores que devem ser observados por todos os órgãos jurisdicionais em suas decisões – trata-se da onipresença dos direitos fundamentais; 2) dessa aplicabilidade ampla dos direitos fundamentais decorre a elicácia horizontal de tais direitos, sendo aplicaveis também nas relações entre particulares, 3) a necessidade de ponderação de valores e princípios, nas hipóteses em que haja colisão de dois ou mais princípios.

O Tribunal Constitucional, diante do conflito entre a livre expressão de pensamento e norma de direito civil pela qual aquele que causa prejuízo deve cessar o ato danoso e reparar os danos causados, julgou procedente a Reclamação proposta por Lúth, determinando que a decisão proferida pelo Tribunal Estadual violara o direito fundamental em tela, devendo assim ser revogada.