

# **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.



**Manole**

# Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito

Parte II

"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".

Eric Hobsbawm

*O novo século: entrevista a Antonio Polito, 2000.*



## Estado, Direito e Poder

### 1. A IMPORTÂNCIA DA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Na Parte I, abordamos o Estado em perspectiva conceitual. Na Parte II, do de Direito — sua concepção geral, estruturas, categorias de pensamento e formas jurídicas, com destaque para as matrizes históricas clássicas e suas principais instituições. Longe de intentar um relato histórico ou sociopolítico, 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 jurídica do poder político*, com o objetivo de eliminar as possibilidades do uso arbitrário do poder em razão de sua transformação em competência outorgada, limitada e regulada pelo Direito.

A importância de sua construção política, jurídica e institucional no Estado Moderno pode ser demonstrada por, pelo menos, quatro razões principais. Em primeiro lugar, pela inovação que trouxe ao modo de limitar o poder. É a lei elaborada pelo Parlamento e não a benevolência do monarca ou a pressão exercida por determinados estamentos que o limita. O fato é relevante, especialmente ao considerarmos que as limitações de natureza religiosa, ética ou jusnaturalista, observadas desde a Antiguidade Clássica, não levaram à institucionalização de um “Estado de Direito”. Não há Estado de Direito nas cidades gregas, tampouco nos reinos ou nas comunas medievais, muito embora o poder do governante se encontrasse limitado por uma série de relações jurídicas estamentais além de foros e franquias garantidos à nobreza. Da mesma forma, ainda que, no auge do absolutismo, o poder do monarca se encontrasse limitado por regras morais e religiosas, inexistiu “Estado de Direito”.

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

Mas não foi apenas em virtude do primado ontológico 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 capacidade do direito positivo em dominá-lo (otimismo normativo). O Estado deveria 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.

Sob esse prisma, esperava-se que o Direito desempenhasse uma tripla função: garantir a ordem e a estabilidade da sociedade, limitar o poder político 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 tentava 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 Declaração 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”.



Além disso, embora o Estado de Direito seja um fenômeno essencialmente moderno, ele apresenta múltiplos traços arcaicos. A limitação racional dos poderes do Estado, em vista da evidência do papel da lei na luta contra o poder despótico, é uma herança da Antiguidade Clássica retomada na Idade Média. Da mesma forma, a necessidade social de legitimação da ordem sempre esteve presente nas sociedades políticas. O desenvolvimento moderno do Estado de Direito não é, portanto, uma invenção: compõe e reconstrói valores e ideias, introduz novos elementos, expressando-se em fórmulas novas para perpetuar ou reviver ideologias de velha data.

No curso da afirmação histórica do Estado de Direito, diferentes sistemas jurídicos em diferentes circunstâncias históricas, políticas e sociais, mas influenciados por ideias e valores semelhantes, produziram teorias políticas relativamente independentes, assim como modelos institucionais voltados à limitação do poder estatal. Tais modelos são extremamente complexos, combinando técnicas de atribuição de direitos e de repartição de competências entre entes e órgãos do Estado, com separação funcional de poderes. Posteriormente, 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 Law* 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 o planeta após a Segunda Guerra Mundial. Não se tratou, porém, de uma simples transposição: os modelos não foram meramente importados, mas funcionaram como catalisadores, isto é, induziram, com a sua presença, o surgimento de uma consciência semelhante que já estava potencialmente presente no 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 organização da vida em sociedade, que têm em comum a referência ao poder. No Es-

tado, o poder se manifesta em sua atividade política de coordenação de grupos e indivíduos, em sua condição de *summa potestas*, de titular da soberania, de detentor do poder coercitivo e elaborador do Direito. No Direito, o poder se expressa tanto no momento da elaboração quanto no da aplicação da ordem normativa, imposta coercitivamente para garantir direitos e solucionar conflitos sociais, inclusive no que diz respeito à limitação do poder.

Estado e Direito são instituições cercadas de ambiguidades, especialmente no plano simbólico. Ambas contêm doutrinas de obediência e revolta, ambas se servem de instrumentos de proteção e garantia da liberdade, mas também de meios de opressão, controle e dominação. Se, em sua concepção positiva, o Estado apresenta-se como redentor e protetor do homem, tanto mais na medida em que se ampliam os direitos de cidadania, na concepção negativa se dá o contrário. Sua imagem é dominada pela “face demoníaca do poder”, que tanto se traduz pelo emprego arbitrário da força quanto pelo desrespeito ao Direito, pela corrupção etc. O mesmo se pode dizer em relação ao Direito, que ora se apresenta 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 desenvolve por meio do Direito e até onde o Direito limita a ação do Estado.

O Direito é um símbolo deontológico, 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.<sup>1</sup> Nas palavras de Dante Alighie-

<sup>1</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías – la ley del más débil*, 1999. E, do mesmo autor, *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*, 2002.



ri: "O Direito é a proporção real e pessoal, de homem para homem, que, conservada, conserva a sociedade; corrompida, a corrompe".<sup>2</sup>

A finalidade imediata do Direito é impedir as ações que possam levar à destruição da sociedade política, assim como possibilitar a solução dos conflitos que a ameaçam, com o objetivo de propiciar e manter a ordem e a paz social. Para garantia de eficácia e efetividade do sistema jurídico, o Direito, por via do Estado, poderá, se necessário, fazer uso da coação, força física ou sanção. O Direito exprime, em síntese, uma relação social coercitiva, fundada em valores comuns a uma determinada comunidade estatal, expressas nas normas que integram o sistema jurídico.

O papel do Estado, nessa relação, é o de aplicar sanções, segundo a proporção objetiva e impessoal fixada pelo Direito. Para esse fim é que o Estado detém o monopólio da coação, que lhe é atribuído pela Constituição, de forma condicionada. Essa é uma das dinâmicas, senão a essencial, que se instaura no âmbito do Estado de Direito entre Estado, Direito e poder, lembrando que a palavra poder, de modo geral, designa a capacidade ou a probabilidade de de um sujeito influir, condicionar ou determinar o comportamento de outro indivíduo.

Na interdependência entre Estado, Direito e política convergem as principais motivações e dificuldades do processo de racionalização jurídica do poder do Estado e, por consequência, da elaboração da fórmula do Estado de Direito.

Qual o sentido do Estado de Direito? Sua consistente elaboração histórica, carregada de valores e de ideologias, nos assegura que, antes de designar a emblemática conjugação dos termos "Estado" e "Direito" – igualmente carregados de múltiplos sentidos e valores – a expressão nos remete a um sentido unitário, que com o passar do tempo adquiriu firmeza de significado. Logo, o conteúdo nuclear do Estado de Direito não é estipulativo nem arbitrário. Tem uma direção, modelada pela experiência. Sua apreensão, portanto, requer mais do que análises léxicas. O problema não é a dinâmica da linguagem, nem a taxonomia de significados, mas o significado do Estado de Direito no âmbito da Teoria do Estado, e, mais particularmente, do Estado Democrático de Direito no sistema jurídico brasileiro contemporâneo.

<sup>2</sup> "[...] *ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, que servata hominum servat societatem et corrupta corrumpit* [...]". ALIGHIERI, Dante. *Monarchia*. Liber secundus, v. 1. Edição eletrônica disponível em: [www.liberliber.it/biblioteca/alighieri/monarchia/pdf/monarc\\_p.pdf](http://www.liberliber.it/biblioteca/alighieri/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, igualmente voltados à organização social, como a religião, a moral e o costume, é elemento externo e não intrínseco do Direito.

O filósofo francês Paul Ricoeur, analisando esse tema, observa que:

[...] Ainda que o conflito – portanto, de certo modo, a violência – continue sendo o caso, a intervenção judiciária, esta se presta a ser definida pelo conjunto dos dispositivos por meio dos quais o conflito é elevado ao nível de processo, estando este, por sua vez, limitado num debate de palavras, cuja incerteza inicial é finalmente deslindada por uma palavra que expressa o Direito. Existe, pois, um lugar na sociedade – por mais violenta que esta continue, por origem e costume – onde a palavra sobrepuja a violência.<sup>3</sup>

## 3. O CONCEITO DE ESTADO DE DIREITO

A importância 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 variam conforme se referam ao conteúdo formal ou material do Estado de Direito, designando um tipo de Estado, um modelo prescriptivo 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 limitação do poder do Estado. Como *modelo prescriptivo 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.

<sup>3</sup> *Opus II*, p. 34.



Esses diferentes significados ou se apresentam reunidos num mesmo tipo de Estado, constituindo um único conjunto de sentidos, ou podem ser utilizados separadamente, para designar um modelo prescriptivo de organização social correspondente a determinado regime político. No primeiro caso, está-se diante do conceito de Estado de Direito em sentido amplo; no segundo, do conceito em sentido estrito.

### 3.1. Sentido amplo

O conceito de Estado de Direito em sentido amplo designa um tipo de Estado que adota uma forma de organização estatal, de natureza política e jurídica, na qual o poder do Estado se encontra limitado pelo direito, com a finalidade de garantir os direitos fundamentais.

Estado de Direito significa, primordialmente, a legitimidade do poder do Estado; ademais, o poder do Estado está vinculado ao direito, reconhece e protege os direitos fundamentais.

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

Sem regulação jurídica da atividade estatal e limitação do poder estatal, com respeito à pessoa humana e à proteção de seus direitos, não há Estado de Direito, mas Estado mais ou menos autoritário. Essa é a chave para a compreensão do significado e do alcance do Estado de Direito na história ocidental.

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

As matrizes clássicas consistem nas experiências históricas que permitiram a afirmação desse tipo de Estado moderno. São elas o *Rule of Law* britânico e o americano, o *Rechtsstaat* e o *État de droit*. Nelas, apesar das respectivas especificidades, identificam-se situações políticas semelhantes, assim como características e processos comuns que permitem construir análises acerca das relações que se estabelecem entre estes e sua evolução.

Mas os tipos não são nem estáveis nem estáticos. Embora a partir da segunda metade do século XX o Estado de Direito se tenha firmado como uma das fórmulas mais consistentes e consequentes da filosofia política e jurídica ocidentais, o fato é que seus perfis conceituais, institucionais e normativos ainda permanecem incertos e controversos, sobretudo em razão de seu desenvolvimento. Do Estado de Direito liberal novecentista ao Estado Democrático de Direito do início do século XXI vai uma longa história, com ganhos substantivos em relação à proteção e valorização do ser humano e à construção de sociedades mais justas e solidárias.

Não por outras razões, frequentemente as noções de "Estado legal", "Estado liberal", "Estado democrático", "Estado social", "Estado constitucional" etc. são confundidas ou utilizadas como sinônimo de "Estado de Direito", em face do conceito amplo. Em relação ao "Estado social", em particular, a imprecisão aumenta, porque a expressão é empregada indistintamente para designar 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 preciso 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.



## DISCUTINDO CONCEITOS – II

### O conteúdo proteiforme do Estado de Direito

Na mitologia grega, Proteus é uma das divindades marinhas. Filho de Posêidon e Tethys, é sábio, vidente, leal e comprometido com a verdade. Sua missão é guardar o conhecimento do passado, do presente e do futuro, conferindo-lhe o dom da premonição. Mas Proteus, insatisfeito com o seu poder de oráculo, usava da habilidade de se transformar em qualquer forma que quisesse para assustar e afastar aqueles que o procurassem em busca de conhecer o futuro.

Conta o mito que a única maneira de fazer Proteus revelar o futuro era capturá-lo durante seu sono, antes que ele pudesse transformar-se e assumir aparências terríveis, que acabavam por repelir seus perseguidores. Foi justamente o que fez Menelau, rei de Esparta, que, afastado por ventos contrários para a costa do Egito, intentava retornar à pátria após o final da Guerra de Troia. Quem orientou Menelau a capturar Proteus durante o sono, antes que ele pudesse se transformar, foi uma de suas filhas, a ninfa Eidoteia. Menelau seguiu a risca as orientações de Eidoteia, planejando abordar o deus marinho durante o descanso e, antes de sua metamorfose, conseguir que ele respondesse às suas indagações. Foi o que sucedeu: conseguindo evitar que Proteus assumisse uma de suas formas assustadoras, Menelau pôde usar o poder de oráculo do deus e obter as respostas desejadas.

Na língua portuguesa, a palavra “proteico”, por analogia ao mito grego, remete a um indivíduo que muda facilmente de forma. Ao conceito de Estado de Direito atribui-se a qualificação de “proteiforme” no sentido de ser um sistema que muda de forma frequentemente, que se reveste de diferentes formas, como Proteus. Ao Estado de Direito, contudo, não se pode atribuir o qualificativo de inconstante, incoerente ou inconsequente, termos igualmente associados a quem muda facilmente de opinião; pelo contrário, pois na essência 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 suas características fundamentais, como ocorre com Proteus, o mito grego.

Por outro lado, há que considerar que Estado liberal de direito, Estado social de direito, *Welfare State*, Estado Democrático de Direito, Estado de Direito democrático, Estado social 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 remete à ideia de um sistema político e jurídico que se volta à proteção dos direitos fundamentais

e à limitação do poder. Também por isso, o Estado de Direito alude às ideias de sabedoria, lealdade e verdade, todas associadas à própria ideia de justiça, material e formal.<sup>4</sup>

### 3.2. 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.

No âmbito das Nações Unidas, o Conselho de Segurança, ao discutir o papel da organização em situações de reconciliação e reconstrução nacionais pós-conflito, assim definiu o Estado de Direito:

O Estado de Direito [...] refere-se a um princípio de governança no qual todos os 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.<sup>5</sup>

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).

O preâmbulo 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”.<sup>6</sup> Da

<sup>4</sup> Cf. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa* Caldas Aulete, 1964.

<sup>5</sup> 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 arbitrariness and procedural and legal transparency United Nations S/2004/616”. Security Council, 3 August 2004. Disponível em: [www.un.org](http://www.un.org).

<sup>6</sup> Disponível em: [www.un.org](http://www.un.org); [www.oea.org](http://www.oea.org).



mesma forma, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, denominada Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, prevê essa condição como obrigação fundamental das partes contratantes. Em seu Título I, relativo aos direitos e liberdades, particularmente nos arts. 2º, 5º, 6º e 7º, expressa os princípios do Estado de Direito.

Ainda em sede regional, o Tratado Constitutivo da União Europeia, com a alteração do Tratado de Amsterdã, incorporou, em 1997, a cláusula democrática a seu art. 6º, como princípio constitucional, nos seguintes termos: "A União assenta-se nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados-membros".

As cláusulas democráticas nos organismos regionais americanos remetem igualmente ao Estado de Direito. É o que consta do art. 2º da Carta Democrática Interamericana, aprovada em 11 de setembro de 2001, no âmbito da OEA.

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

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

A verificação dos seus elementos caracterizadores do Estado de Direito é, ainda, condição essencial para o reconhecimento de novos Estados pela comunidade internacional, para a legitimação de novos regimes políticos ou para a integração de Estados em organizações regionais e internacionais. É o que demonstram, por exemplo, a África do Sul após a Constituição de 1996, a criação do Mercosul (1991), a integração dos países do Leste Europeu à União Europeia, após 2003.

Em verdade, desde 1993, a UE exigia como condição preliminar para novas adesões de Estados nacionais à comunidade o cumprimento de determinados critérios políticos e econômicos, asseguratórios das instituições democráticas, do Estado de Direito, dos direitos humanos e do respeito e proteção às minorias. A adesão da República Checa, da Estônia, de Chipre, da Letônia,

da Lituânia, da Hungria, de Malta, da Polônia, da Eslovênia e Eslováquia, 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 família humana, e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça 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 ONU, 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 [...].<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Cf. decisões do Conselho da União Europeia, de 23 de setembro de 2003 e de 25 de abril de 2005, bem como dos pareceres da Comissão, de 19 de fevereiro de 2003 e de 22 de fevereiro de 2005, respectivamente.

<sup>9</sup> Disponível em: [www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php).

<sup>7</sup> Disponível em: [www.mre.gov.br](http://www.mre.gov.br).



### 3.3. Sentido estrito

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

O conceito de Estado de Direito em sentido estrito implica um sistema jurídico constitucional no qual, além das finalidades próprias do Estado de Direito: a) as normas, gerais e abstratas, são precisas quanto à sua hipótese de incidência, compreensíveis a seus destinatários e aplicáveis conforme regras preestabelecidas; b) existam procedimentos de controle de legalidade e constitucionalidade das normas.

## 4. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DE DIREITO

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

**Princípio da legalidade.** A legalidade garante que só a lei cria direitos e obrigações. Sua enunciação, na Declaração Francesa de 1789 (art. 5º), é a seguinte: "A lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser obrigado a fazer o que ela não ordena".

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

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

**Princípio da igualdade.** O princípio da igualdade, em síntese, exprime a noção de que todos são iguais perante a lei; o que significa dizer que todos são iguais em direitos, de início em relação às liberdades individuais e aos direitos políticos, posteriormente em relação a direitos econômicos, sociais e 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 humana em geral, seja de gênero, cor ou classe social, seja de religião ou nacionalidade etc., é seu corolário lógico. O princípio da igualdade de tratamento supõe a edição de leis gerais e abstratas, sem favorecimentos ou privilégios indevidos. Mas todos são iguais na medida de suas desigualdades, cabe ao Estado salvaguardar o equilíbrio da plena igualdade entre os cidadãos.

**Princípio da justiciabilidade.** A lei também assegura a justiciabilidade, garantia do sistema de Estado de Direito assegurada pela atuação do Judiciário na aferição e na recomposição da legalidade ou no controle de constitucionalidade, aí se 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 predeterminadas. A independência 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.



## O Estado de Direito e suas matrizes clássicas

### 1. ANTECEDENTES

A ideia de Estado de Direito resulta de uma sedimentação de mais de dois mil anos. Os conceitos de *dike* (processo), *themis* (direito) e *nomos* (lei) na filosofia grega já apontavam para a limitação racional dos poderes do Estado, em vista da evidência do papel da lei na luta contra o poder despótico. É o que se nota tanto nas obras de Platão quanto nas de Aristóteles, elaboradas no século IV a.C., embora Heródoto, no século III a.C., já faça referência ao problema. Para o primeiro, em *A república*, a distinção entre formas boas e más de governo reside, basicamente, em dois critérios: violência e consenso; legalidade e ilegalidade. Na célebre formulação das seis formas de governo de Aristóteles (*A política*), os critérios são quem governa e como governa; o primeiro diz respeito ao número de pessoas que exercem o poder, o segundo, ao modo como se exerce o poder, sendo poder legítimo apenas aquele que resulta do consentimento expresso pela lei.

Também o governo misto – exercido em Roma no período republicano, com a participação dos côsules, do Senado e de cidadãos eleitos para a Assembleia 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 assumiam, igualmente, formas de limitação jurídica do poder. Na obra do filósofo, teólogo e juriconsulto italiano Marsílio de Pádua também se encontravam ideias precursoras do Estado de Direito, o que se depreenderia da passagem *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 contexto das disputas entre o papa João XXII e o imperador do Sacro Império Romano Luís IV da Baviera, volta-se contra a plenitude do poder pontifício. Para alguns estudiosos, porém, nela nada se vê senão o eco clássico do governo de leis.

acolhido na tradição medieval. Johannes Althusius, filósofo e teólogo calvinista alemão, por sua vez, ao pretender eliminar a expressão *potestas legibus soluta* da definição de *majestas*, teria igualmente antecipado o Estado de Direito.

O fato é que, na história da civilização moderna ocidental, nunca houve a ideia de um poder inteiramente sem controles. Na importante teoria da soberania do jurista francês Jean Bodin, por exemplo, construída em *Os seis livros da república*, o poder nada tem de absoluto. A obra, que exalta a autoridade pública e absoluta da monarquia contra o feudalismo e as pretensões pontifícias sobre a França, é considerada um dos mais importantes marcos teóricos do direito público. O pensamento político de Bodin distingue, qualitativamente, por intermédio da noção de soberania, o poder estatal do poder feudal e pós-feudal, o que beneficia o absolutismo. Não obstante, compreende o poder estatal como poder limitado pela lei divina, pela lei natural, pelos pactos e pelas leis fundamentais, assim como por resistências locais e pelos poderes e direitos de corporações, cidades e classes.

A convicção de que o direito poderia 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 um 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 construção



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

## 2. O RULE OF LAW BRITÂNICO

O *Rule of Law* é o resultado de quinhentos anos de lutas contra as prerrogativas reais. Elaborado sem planejamento prévio, encontra-se, desde os primeiros séculos, fundado na soberania do Parlamento e do Judiciário e, sobretudo, na garantia do princípio da legalidade. Seu embrião foi a Magna Carta de 1215; seu substrato, a *law of the land*.

**Antecedentes.** Quando Guilherme da Normandia conquistou a Inglaterra saxônica e se fez rei, em 1066, uma de suas primeiras providências foi reconhecer as “leis da terra”. Ao enviar juristas a todo o território, para que recolhessem e compilassem práticas e costumes ancestrais, estabeleceu as bases do *common law*, aprimoradas posteriormente por Henrique II e Ricardo I pelo mesmo procedimento.

Em 1166, por via do *Assize of Clarendon*, Henrique II estabeleceu procedimentos judiciais na área penal, entre os quais a instituição do júri e de varas criminais volantes.<sup>1</sup> O julgamento pelo júri substituiu as práticas locais de julgamento por combate ou por tortura, até então empregadas na resolução de disputas e punição de crimes. As cortes criminais volantes, ou *petty assizes* (em funcionamento na Grã-Bretanha até 1972), consistiam em um corpo de magistrados reais que, viajando por todo o reino, decidia, de imediato, as questões legais mais simples. O ganho adicional desse sistema, afora dispensar a justiça em bases legais de forma mais sistemática, foi centralizar o poder de julgar nos tribunais reais. Todos esses mecanismos, contudo, ainda se encontravam fundados na estrutura estamental que caracterizou o direito europeu medieval, o que os enfraquecia, especialmente porque a prerrogativa de exercício do poder real sem limitações permaneceu. Daí a importância da Magna Carta (1215), documento fundador do *Rule of Law*, o sistema inglês de direitos e liberdades.

Ao fixar o seu selo na Magna Carta, o rei João I da Inglaterra – chamado “sem terra” (*lackland*) por não haver recebido herança em terras – reconheceu, expressamente, que não se encontrava acima da lei. Tal limitação do poder real, até então fundado na arcaica pressuposição de que o rei era legislador e protetor de seu povo, estabeleceu um importante paradigma: privilégios e franquias estamentais se impunham sobre o arbítrio real. O que significava

que o poder real passaria a ser limitado por direitos subjetivos dos governados, e não somente por normas costumeiras ou religiosas.

Não que João sem Terra tivesse maiores preocupações com direitos e liberdades. Contudo, forçado a negociar com parte do clero e da nobreza para manter a coroa, concordou em instituir e restabelecer-lhes privilégios relativos à propriedade de terras e cobrança de tributos. Em outras palavras: vinculou-se às próprias leis que editava. Mais: reconheceu que os direitos próprios da nobreza e do clero existiam independentemente de sua vontade, sendo esse o sentido inovador do documento.

### 2.1. Características

O *Rule of Law* organiza-se em torno da ideia da *supremacia do direito*. São traços essenciais do modelo: a) a igualdade jurídica dos cidadãos, independentemente de classe social e condições econômicas, em particular no que se refere à lei penal e à integridade patrimonial; b) a atribuição de soberania ao Parlamento 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 geral, expressa pelo poder 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

1 Cf. *Assize of clarendon*, disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/medieval/assizecl.asp>



direito consuetudinário de produção judicial (*common law*), o que significa que a atividade parlamentar se destinava antes a impedir as intromissões legislativas do monarca do que a criar direito.

A atuação soberana do Judiciário, por sua vez, faz-se *a posteriori*, quando da interpretação da vontade do Parlamento, expressa na lei; nesse mister, os juízes atuam segundo suas próprias opiniões ou sob o espírito geral do *common law*.

Como técnica de legitimação do poder, o sistema britânico fascinou Montesquieu e influenciou os federalistas americanos, que o racionalizaram, criando o sistema original e peculiar do Estado de Direito, que antecede o *Rechtsstaat* e o *État de droit*. Distingue-se, porém, tanto do sistema americano quanto do francês, especialmente no que concerne à separação dos poderes. No caso americano – como o demonstram a Constituição de Massachusetts de 1780 e a Constituição americana de 1787, pioneiras na adoção da separação de Poderes – não há poder soberano por si só; todos atuam sob controles mútuos e recíprocos, a partir de freios e contrapesos, de modo a impedir a consolidação de um poder absoluto. Já no sistema francês estruturado pela Constituição de 1793, todos os poderes são soberanos, traduzindo o verdadeiro poder – o da nação –, que só pode ser exercido por delegação. Assim, o poder do Legislativo é delegado à Assembleia Nacional, o do Executivo ao rei e o do Judiciário aos juízes, temporariamente eleitos pelo povo.

Deve-se a Albert Venn Dicey a elaboração teórica da supremacia do *Rule of Law* (*Introduction to the law of the Constitution*, 1885). De acordo com a sua definição,

quando afirmamos que a supremacia ou o Estado de Direito são características da Constituição inglesa, estamos nos referindo, com uma única expressão, ao menos a três concepções semelhantes. Referimo-nos, em primeiro lugar, ao fato de que nenhum homem pode ser punido ou ter seus bens apreendidos senão após a constatação da violação da lei, com o devido reconhecimento perante os tribunais locais. Nesse sentido, o Estado de Direito opõe-se aos sistemas em que impera um exercício autoritário, arbitrário e discricionário do poder de punir. Significa, num segundo sentido, igualdade perante a lei, de modo que todos, indistintamente, se sujeitem às leis locais administradas pelos tribunais [...] por fim, a expressão pode ser utilizada como uma fórmula a significar que no Estado de Direito as leis da Constituição que, no plano internacional, compõem uma espécie de código não são a causa mas a consequência dos direitos dos indivíduos, tal como definidos e protegidos pelos tribunais [...].<sup>2</sup>

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

Tal supremacia não pode ser compreendida fora do peculiar contexto político e institucional britânico que se delineia a partir da Revolução Gloriosa e da vigência do *Bill of Rights*, em 1689. A luta do século XVII não significou a revolta contra o poder do rei, mas a revolta contra o poder absoluto do rei, na qual o *Rule of Law* foi instrumento decisivo, mais por ter possibilitado a elaboração do direito positivo, como limite ao absolutismo real, do que por garantir direitos subjetivos. Esses objetivos, por sua vez, propiciaram o estabelecimento de notável sinergia normativa entre o Parlamento e as cortes judiciais ordinárias, em razão da associação da consagrada fórmula *King in the Parliament* (O rei no parlamento) à tradição do *common law*.

## 2.2. O common law

O *common law* é uma construção eminentemente histórica, elaborada pela estratificação de antecedentes judiciais e de interpretações ao longo do tempo. Compõe-se, basicamente, de princípios e regras de conduta relacionados ao governo, à segurança das pessoas e à propriedade que decorrem de usos e costumes ou de decisões judiciais que reconhecem, afirmam e ratificam esses usos e costumes, o que ocorre particularmente no direito inglês não escrito.<sup>3</sup>

Em sentido amplo, compreende todos os sistemas jurídicos que receberam influência do direito inglês, nos quais o direito não existe como um edifício lógico e sistemático, mas como instrumento para resolver situações concretas, preocupando-se antes com os *writs* (recursos e remédios processuais) do que com a coerência do sistema.

Em suas origens, a expressão foi empregada como corruptela de *commune ley* para distinguir o direito produzido pelos Tribunais de Westminster (tribunais reais) dos direitos costumeiros, locais ou próprios das primitivas tribos celtas, aplicados pelas *County Courts*. Essa distinção foi suplantada no tempo, na medida em que os juízes do rei, ao distribuir sua justiça, unificaram o direito aplicável no território inglês.

A pluralidade das fontes do direito é a principal causa da complexidade da *law of the land* (a lei da terra), em torno da qual gira o sistema constitucional inglês. Nesse sistema, os direitos fundamentais, deduzidos pelo *common law*, não são resultado da Constituição, mas o fundamento sobre o qual esta foi construída. Da preexistência formal dos direitos subjetivos, por sua vez,

3 Cf. BLACK, Henry Campbell. *Black's Law dictionary*, 1990.



derivam pelo menos duas importantes consequências políticas: em primeiro lugar, os direitos do homem inglês jamais foram clamores abstratos, porque foram fundados na *law of the land*; em segundo lugar, o *Rule of Law* não se apresentou a autolimitação do Estado, como ocorreu no *Rechtsstaat*, e sim a submissão do Estado à *law of the land*.

De forma análoga, a diferenciação dos poderes do Estado não foi imposta pelo Estado, não resultou de uma “vontade geral” rousseauniana, de natureza contratualista, nem dependeu de Constituição escrita. Na Inglaterra, a afirmação do *common law* é que levou ao reconhecimento do Parlamento e do Judiciário como fontes soberanas do direito.

### 2.3. A afirmação do *Rule of Law*

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

No início do século XVII, por obra de juristas, entre os quais se destacam Henry de Bracton e Sir Edward Coke (*Chief Justice of the King's Bench*, de 1613 a 1616), o “domínio da lei” vinha sendo defendido como consequência lógica dos procedimentos judiciais britânicos, que asseguravam sólidas garantias legais aos acusados. Nessa construção, que assegurava a soberania do Parlamento já eram identificados como os pilares do sistema constitucional inglês.

É o que se evidencia na diferenciação entre *jurisdictio* e *gubernaculum*, teorizada por Bracton, com fundamento no art. 39 da Magna Carta, na qual *jurisdictio* designa o “lado da lei” ou o “reino dos direitos”, por assim dizer, e *gubernaculum* o “lado do rei”, isto é, o das instituições políticas e políticas governamentais. O citado artigo institui uma limitação legal ao poder real (*gubernaculum*) – ou, em outras palavras, uma limitação de jurisdição – em situações de prisão, confisco de bens, banimento ou exílio, da seguinte maneira:

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos nem mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*).<sup>4</sup>

4 Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 1999, p. 70.

*Jurisdictio*, em relação ao *gubernaculum*, representa, portanto, o limite que impede o rei de definir o conteúdo dos direitos e de atuar contra alguém, senão mediante o devido processo legal. A noção de *jurisdictio*, contudo, não limitava inteiramente o *gubernaculum*, já que a definição da política comum do reino era prerrogativa soberana do Parlamento. Por essa razão, o *gubernaculum* se submetia apenas em parte ao direito.

Dois eventos em particular ilustram a consistência do sentido do *Rule of Law* no início do século XVII: a defesa do direito como condição da liberdade, e a afirmação de que todo homem tem direito à proteção do Parlamento e do Judiciário. O primeiro é a apresentação da *Petition of Rights* a Carlos I, em maio de 1628, perante o Parlamento. Na oportunidade, Sir Edward Coke enfatizou que, como a Magna Carta prevalecia sobre as prerrogativas reais, o direito era condição *sine qua non* da liberdade, sendo “direito originário” de todo homem a proteção que recebia do Parlamento (por meio da *statute law*) e do Judiciário (por meio do *common law*), para garantir seus bens, sua família, seu corpo, sua vida e sua honra contra agressões.

Tal proteção, para ser efetiva, não poderia ser atenuada nem pelo Parlamento nem 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 alguma forma, sem a aprovação comum por meio de ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado 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*.<sup>6</sup>

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-

5 Cf. ASHLEY, Mike. *Taking liberties – The struggle for Britain's freedoms and right*, p. 34 (tradução nossa).

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



feridos pela lei. Restou assim assentado que o Judiciário poderia rever, sem os atos do Parlamento.

O argumento de Coke, centrado na máxima *nemo debet esse iudex in propria causa*, sugeria que o *common law* controlava os atos do Parlamento e os declarava nulos não só quando for “repugnant, or impossible to be performed”, mas também quando for “against common right and reason”.

Até o fim do século XVII, a concepção do *common law* como instrumento assecuratório das liberdades já se firmara em linha de princípio no território britânico, a ponto de ter praticamente anulado as diferenças feudais perante a lei, à exceção da situação das mulheres. Um inglês tinha, portanto, àquela época, a impressão de que sua vida se desenvolvia de acordo com relações jurídicas horizontais estabelecidas entre cidadãos formalmente iguais. É fácil deduzir que essa circunstância favoreceu amplamente a estabilidade e a permanência das conquistas da Revolução Gloriosa de 1698 no espírito do *common law*.

Outro fator fundamental na sedimentação do *Rule of Law* foi a elaboração do *Bill of Rights* pelo Parlamento, em virtude da vitoriosa retórica *whig*. Como se sabe, o termo *whig* é atribuído à facção política inglesa que se contrapôs aos *tories* (conservadores) na luta pela transferência dos poderes do rei ao Parlamento durante o século XVII. Ao reagirem contra as tentativas de importação de modelos juspositivos continentais para a Inglaterra, como forma de consolidar o poder absoluto do monarca, os *whigs* conferiram elaboração teórica ao *common law*, elevando-o de técnica de solução de conflitos a eixo da organização constitucional.

De fato, a intenção dos *whigs*, como o comprovam estudos historiográficos, foi instituir um sistema de governo sob o império da lei, no qual os direitos de todos os cidadãos (*born free englishmen*) tinham uma efetiva tutela, assim como a afirmação definitiva do direito como valor dominante da sociedade inglesa no século XVIII.<sup>8</sup> Mais notável ainda, nesse processo, foi a espontânea submissão da classe dirigente ao *Rule of Law*, razão pela qual o *common law* 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

7. APRIL ALLISON, J. W. F. *The english historical constitution*, 2007, p. 137.

8. Cf. THOMPSON, Edward P.; RAY, Douglas. *Whigs and hunters: the origin of the black act*, 1975.

*law of the Constitution* (1885) foi uma obra de seu tempo: tenta compatibilizar o princípio da soberania do Parlamento, fortalecida pela extensão do sufrágio na Inglaterra entre 1866 e 1884, com a supremacia da lei, optando por uma solução pragmática que consiste na apresentação do *Rule of Law* como princípio limitador do poder do governante, e não de todo o Estado.

Na base dessa concepção, encontra-se a tese do filósofo e jurista inglês John Austin (1790-1859), admirador confesso dos juspublicistas alemães, segundo a qual no Estado deve haver um único órgão soberano cujo poder seja originário, sem nenhum limite prefixado. Do contrário não seria soberano, por definição. Desse ângulo, portanto, a soberania do Parlamento é absoluta, e o direito, de concepção estatal. A lei, ou seja, a ordem emanada do soberano (comando) é a forma típica do direito e o fundamento último de toda norma política; reconhece, no entanto, o direito produzido pelos juízes, recorrendo ao conceito de “autoridade subordinada”, pelo qual os juízes atuam com fundamento no poder que lhes é concedido pelo Estado. Austin integrou o cenário utilitarista e empirista da Inglaterra no século XIX, ao lado de Jeremy Bentham, James e John Stuart Mill; suas noções de comando, obrigação e sanção são basilares no pensamento jurídico anglo-saxônico.

A intenção de Dicey, a seu turno, foi sublinhar que o *Rule of Law* e a soberania do Parlamento constituem os dois eixos do constitucionalismo britânico, em relações permanentes de influência mútua. Tal intento não pode, porém, ser compreendido sem ter em mente que, para Dicey, a singularidade do sistema 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 efetividade. 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 o meio 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 teoria do *Rule of Law* era o mesmo ao qual se propôs a juspublicística alemã



do século XIX, que lhe foi contemporânea. O ponto nuclear era a conciliação da soberania do Parlamento com as liberdades individuais, acrescida, no caso inglês, da gênese jurisprudencial do *Rule of Law*, por via do *common law*. Negou, por conseguinte, as teorias de Rousseau e Montesquieu acerca dos elementos essenciais para a existência de uma Constituição (a declaração de direitos e a separação de Poderes). Em verdade, sugeriu uma espécie de modelo de Estado de Direito alternativo àquele que emergiu da Revolução Francesa, no qual os direitos individuais emergem da tutela judicial e o sistema político prescinde da divisão dos poderes.

Independentemente das diversas críticas à concepção de Dicey sobre o *Rule of Law*, não há dúvida de que sua elaboração conferiu fundamento jurídico ao traço político mais importante do sistema constitucional inglês – a produção da lei e pelo repúdio ao formalismo legal como elemento de legitimação do direito. Caracteriza-o, também, a concepção da atividade judiciária a partir da aplicação do direito, das técnicas interpretativas e da cultura jurídica, em franca oposição à teoria do “Judiciário como poder nulo”, preconizada 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 qual qualquer lei pode ser modificada; segue-se daí o fato de ser incompatível com qualquer contrato social. Em suas palavras,

o princípio da soberania parlamentar significa, nada mais, nada menos, que o Parlamento, sob a égide da Constituição inglesa, tem o direito de elaborar e revogar qualquer lei e, ainda, que a nenhum indivíduo ou entidade se reconhece o direito de colocar-se à parte da legislação criada pelo Parlamento.<sup>9</sup>

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

inexistência de qualquer órgão que possa declarar a inconstitucionalidade das leis, inclusive por infringência a direitos fundamentais.

A soberania do Parlamento, contudo, é apenas jurídica. Não alcança a soberania política que é exclusiva do corpo eleitoral, sendo este, aliás, o único controle a que se submete. Sob esse aspecto, a teoria de Dicey aproxima-se da teoria alemã do *Rechtsstaat*, na qual o Parlamento, igualmente, se submete apenas a controle político (muito embora Dicey admita 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 afirmar que o exercício de qualquer autoridade soberana, especialmente a do Parlamento, se submete a duas limitações. Uma delas é externa, a outra é interna. O limite externo ao poder soberano consiste na possibilidade ou certeza de que os seus súditos, ou pelo menos a maioria deles, não violar suas leis [...]. E o que vale para o poder de um despota, ou para a autoridade de uma assembleia constituinte, vale também para a soberania do Parlamento, limitado, assim, pela possibilidade de resistência popular [...]. O limite interno ao exercício da soberania emerge da natureza mesma do poder soberano. Mesmo um tirano (despota) exerce seu poder de acordo com seu caráter, 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 pertence.<sup>10</sup>

O *Rule of Law*, por sua vez, é um dado histórico que consiste na elaboração dos direitos por tutela judiciária. O que, além de garantir a constitucionalização dos princípios do liberalismo, assegura 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, sistematiza 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 *Habeas Corpus Act*. Citando novamente Dicey: “Resumindo, os princípios 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”.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Dicey, op. cit., p. 30-2.

<sup>11</sup> Op. cit., p. 121.

<sup>9</sup> VENN DICEY, Albert. Op. cit., p. 3-4.



Ora, se o Parlamento é detentor da soberania, não estaria limitado pelo *common law*? Por outro lado, se o Parlamento é realmente um poder ilimitado, qual a garantia da permanência do *common law*? Em caso positivo, não seria o *common law* simplesmente o princípio da legalidade – o que reduziria seu alcance material como construto histórico? Considerando-se, ademais, que a administração da justiça foi, originariamente, uma prerrogativa real, o reconhecimento teórico do duplice papel do Parlamento inglês, como órgão legislativo e judicial, parece apenas atualizar a fórmula *King in the Parliament*, o que também seria contraditório. A compatibilidade entre soberania do Parlamento e supremacia do *Rule of Law* e, por consequência, a própria compatibilidade das relações entre o Parlamento e as cortes, constituem dois dos problemas mais debatidos pelo constitucionalismo inglês desde então.<sup>12</sup>

## 2.5. Principais instituições

Entre as particularidades institucionais e normativas que singularizam o *Rule of Law*, distinguimos neste item o Parlamento e a igualdade jurídica dos sujeitos, ou os chamados “direitos dos ingleses”. Tais instituições permitem constatar a contribuição do *Rule of Law* na afirmação e consolidação da ideia de Estado de Direito como modelo prescriptivo de organização social, que se volta à garantia de direitos subjetivos. Proporcionam, também, bons exemplos das diferenças 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 de grande significação no estudo dos sistemas políticos modernos.

O Parlamento inglês foi a única assembleia que sobreviveu à estrutura 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 uma as-

12 A propósito das diferentes correntes interpretativas, favoráveis e contrárias à teoria de Dicey, ingermos a leitura do instigante capítulo de Emilio Santoro “*Rule of Law* e a ‘liberdade dos ingleses’ – A interpretação de Albert Venn Dicey”, in Pietro Costa e Danilo Zolo, *Estado de Direito: história, teoria e crítica*, 2006, p. 201-63. Sugerimos, também, para aqueles que quiserem se aprofundar no tema, Gianluigi Palombella e Neil Walker (orgs.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford: Hart Publishing, 2009.

sembleia de contribuintes; do ponto de vista político, à circunstância de o Parlamento sempre ter sido vitorioso no confronto com o poder real, definindo-se como seu contraponto e interlocutor do soberano. Mas há, todavia, uma razão principal: a função do Parlamento não se limitou à transmissão da vontade dos representados, mas deu-lhe forma; ao fazer isso, manifestou vontade que criavam direito novo, e não que simplesmente remetiam ao direito preexistente.

O mais surpreendente, porém, é que o Parlamento, de órgão externo ao Estado – com a função de a ele se contrapor – se transformou, gradualmente, em órgão interno, a ponto de identificar-se como um de seus poderes; além disso, sua organização e funcionamento dão ensejo à elaboração prática e teórica de uma forma clássica de governo, denominada parlamentarismo inglês.

A consolidação do parlamentarismo britânico – além dos traços peculiares que lhe imprimem a fórmula *King in the Parliament*, a separação de Poderes e a sinergia normativa entre o Parlamento e o Judiciário – é efeito da extraordinária repercussão política da divisão de funções entre o chefe de Estado (o monarca) e o chefe de governo (o primeiro-ministro) e do papel da Câmara dos Comuns na aprovação da condução política desse último.

O parlamentarismo europeu, diversamente, é, de modo geral, produto de movimentos políticos difusos e descontínuos, verificados entre os séculos XII e XIV. Tais movimentos resultam da própria estrutura policêntrica e descentralizada do Estado medieval, cujo funcionamento exigia um elemento unificador identificado, inicialmente, no grupo de feudatários e eclesiásticos que acompanhavam o rei (*Consilium Regis*). Esse núcleo evoluiu para os Parla-mentos 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 Parla-mentos europeus dependem de um delicado equilíbrio de forças entre o poder central (representado pelo monarca) e os poderes periféricos (representados pela nobreza, pelo clero e pelos habitantes dos incipientes núcleos 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 ocorreu na Alemanha e na Itália. Tais problemas levam ao declínio das institui-



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

Mas se a criação dos Paramentos resultou da ideia de submeter o governo a certos controles, foi na Inglaterra que o controle estatal evoluiu para o controle democrático, tornando-se o parlamentarismo inglês um modelo de impacto mundial. O parlamentarismo moderno, aliás, pós-Revolução Francesa, identifica-se com o "regime de tipo inglês", regime no qual, no jogo das forças políticas, não há preponderância de uma das partes, mas, sim, equilíbrio, o que consiste em um dos fundamentos do constitucionalismo. O momento de inflexão é a consagração da fórmula *King in the Parliament* (segundo o Parlamento, mediante aprovação das suas duas Câmaras), pois nesse sistema o Parlamento é composto de nobres, de comuns e também do rei.

A instituição do Parlamento inglês data do fim do século XIII, mais precisamente de 1295, em virtude da institucionalização da assembleia política que, desde 1265, se reunia com a presença de nobres e eclesiásticos, de cavaleiros e da baixa nobreza camponesa (*gentry*), além de representantes das cidades e burgueses. A originalidade dessa institucionalização reside no fato de seus membros serem convocados como representantes dos *boroughs*, e não em virtude da classe social. A ideia era que representassem o distrito e não de terminado estamento, o que, por evidente, não se compatibilizava com as estruturas do Estado medieval. Para muitos doutrinadores, essa é uma das causas da escalada do poder do soberano inglês e da consequente absolutização do interesse público. Em 1327, definem-se as duas Câmaras parlamentares: a dos nobres (*lords*) e a dos comuns (*commoners*), composta de cavaleiros, burgueses e representantes das cidades. À Câmara dos Comuns coube a iniciativa legislativa, como forma de garantir a representantes de estratos sociais mais amplos um meio legal e regular para influenciar o procedimento do governo. Pretendia-se que a medida, nitidamente compensatória em face das diferenças de classe entre os membros das duas Câmaras, fosse igualmente dissuasória de revoluções e insurreições.

O Parlamento perdeu prestígio e poder durante a consolidação do absolutismo, recuperando-os após a Revolução Gloriosa, quando Guilherme e 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 autorização do Parlamento, assim como impor tributos em favor da coroa ou

manter exército permanente, sendo proibida a obstrução de eleições livres para o Parlamento ou da liberdade de expressão parlamentar.

Contudo, considerando-se que o eleitorado ativo à época era pequeno e muito desigual, no interesse de quem atuavam os parlamentares?

Segundo Giovanni Sartori, os parlamentares atuavam em nome de interesses particulares. É o que se pode verificar em diversos debates que precedem a adoção de documentos significativos, entre todos o próprio *Bill of Rights*. Mas o fato é que esses interesses não se distinguem do interesse geral, pela simples razão de que um princípio ou uma norma legal que se afirmava como tal valia indistintamente para todos.<sup>13</sup> Foi o *Reform Act* de 1832 que, ao corrigir distorções do sistema, ampliar o direito de voto e instituir o alistamento eleitoral, conferiu maior representatividade à Câmara dos Comuns, a despeito do 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, sobretudo, garantias judiciais. Seu substrato ideológico é a exaltação do direito costumeiro ou positivo como condição essencial da liberdade. Em termos práticos, significa que 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 matéria de sanções penais e direitos patrimoniais. Daí se segue a afirmação do brocardo *remedies precede rights* (as garantias criam os direitos, e não o contrário). 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-

13. Cf. SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoria política*, 2002, p. 216.



tante elemento de integração social, o que também se revela em face de sua fonte jurisprudencial. Na verdade, o *common law* foi mais um direito criado pelos operadores do direito que o resultado de criações intelectuais, como se verificou na Europa Continental.

A expressão *due process of law* significa, literalmente, o “devido processo legal”. Designa o processo de aplicação regular da lei pelas cortes e pela administração, de acordo com regras e princípios estabelecidos pela jurisprudência, para garantia e proteção dos direitos individuais. Implica o direito do julgamento justo (*fair trial*) e seus consectários (contraditório e ampla defesa).

O *Habeas Corpus Act* de 1697, por exemplo, consolida uma série de regras processuais voltadas à garantia do indivíduo contra prisões arbitrárias. Sua pedra angular é a exigência de que a autoridade apresente em juízo os acusados de crimes, efetivos ou supostos, assim que detidos. Com isso se assegurou, formalmente, a liberdade de locomoção não só em caso de prisão, mas também em situações de potencial ou efetiva ameaça.

O *Bill of Rights*, por sua vez, além de consagrar a separação de Poderes como garantia da liberdade, fortaleceu a instituição do júri, instituiu o direito de petição, tornou ilegais e nulas as aplicações de multas e penas sem culpa formada, proibiu penas cruéis, cauções e multas excessivas. Também declarou ilegais a suspensão da vigência ou a execução de leis pelo soberano, sem consentimento do Parlamento.

## 2.6. Atuais desafios

Os desafios atuais do sistema britânico consistem na adaptação do modelo tradicional da Constituição não escrita à proteção jurisdicional dos direitos fundamentais na União Europeia, prevista nos tratados da Comunidade Europeia (CEE) e da União Europeia (UE), que, dada sua complexidade, encerra 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, revisada em 1996 para a inclusão dos direitos sociais, em relação à qual foi editado o *British Human Rights Act* de 1998.

No sistema vigente na União Europeia, o cidadão pode reclamar proteção 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 específicos, por atos ou omissões imputáveis a autoridades comunitárias. Para tan-

to, dispõe de uma estrutura judiciária complexa, denominada *triângulo institucional europeu sobre os direitos do homem*, que congrega as cortes nacionais de cada Estado-membro (o juízo nacional, primeiro responsável pela aplicação do direito comunitário), os tribunais comunitários (ou juízo comunitário, compreendendo a Corte de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância) e a Corte Europeia dos Direitos do Homem (o juízo europeu, previsto na CEDH).

O funcionamento desse sistema é orientado pelo princípio do “juiz natural” e pela regra que exige o esgotamento dos recursos internos antes da demanda à Corte Europeia, entre outros. Não restam dúvidas, no quadro da competência da Corte Europeia é subsidiária, tanto do aspecto material como do procedimental, dado o papel central das jurisdições nacionais no respeito e salvaguarda dos direitos fundamentais.

A diferenciação do âmbito de competência entre jurisdição nacional e comunitária é mais nebulosa. Competindo àquela última o julgamento final da validade dos atos comunitários e a aplicação uniforme do direito comunitário, questões essenciais – como a existência e a interpretação de direitos fundamentais comunitários e violações desses direitos por parte de atos comunitários – estão praticamente a elas reservadas, em detrimento do juízo nacional.<sup>14</sup>

A Grã-Bretanha promoveu, em 1998, reformas constitucionais substanciais em relação à proteção dos direitos humanos com a edição do *British Human Rights Act* (BHRA) e sua pertinente sanção pela coroa.<sup>15</sup> Até então, a lei britânica não reconhecia formalmente nenhum conceito legal de direitos humanos, 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 supervisionado pela *Equality and Human Rights Commission*, 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 alteração do *modus vivendi* da democracia liberal inglesa, na medida em que a posição de direitos desloca o voto popular do eixo central do *self-government*

14 Cf. RANIERI, 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.

15 Cf. texto integral em: [www.opsi.gov.uk](http://www.opsi.gov.uk).



in a community of equals. Equivale a dizer que se reconhece que o exercício universal de direitos civis e políticos requer uma moldura de direitos sociais e econômicos, e não apenas da atuação do Parlamento ou do Judiciário.

Além disso, de acordo com as suas previsões, todas as autoridades públicas, incluindo os juizes em cortes e tribunais, estão adstritas ao BHRA e à criação de maneira que fica vedado aos juizes expedir mandados que violem direitos neles previstos ou construir jurisprudência em sentido diverso. Como se pode notar, tanto a CEDH quanto o BHRA têm grande repercussão sobre o *common law*, inclusive no que diz respeito a litígios que não envolvam o Estado, a ponto de a jurisprudência da CEDH poder ser invocada como precedente, embora não seja vinculativa da decisão dos juizes.

No caso *Douglas & Ors versus Hello Ltd. & Ors*, essa situação fica bem demonstrada. Nele, se encerrou controvérsia entre Michael Douglas e Catherine Zeta-Jones e a revista *Hello!*, a propósito de publicação não autorizada de fotos de seu casamento, sob a alegação de violação de privacidade. A corte decidiu que, desde a edição do BHRA, o direito à privacidade está fundamentado na doutrina da quebra de confiança. O inusitado, nessa questão, foi a utilização do BHRA para questões mais comerciais do que propriamente de defesa de direitos humanos, posto que estabeleceu novo padrão para julgamento de questões relacionadas à privacidade.<sup>16</sup>

Alteram-se, portanto, o princípio da soberania do Parlamento e o do Judiciário, e esse é o aspecto principal em relação ao *Rule of Law*. Desse ponto de vista, pode-se verificar a universalização da matriz do atual Estado constitucional de direito, como padrão de convivência ocidental.

Malgrado as alterações substantivas do constitucionalismo britânico provocadas pelo BHRA, em termos formais e materiais, a aplicação do direito internacional pelos juizes, no exercício do *Rule of Law*, não é nova nem inovadora. Tanto o direito britânico quanto o americano já adotavam normas internacionais, mercê do chamado princípio da incorporação, cuja elaboração original é atribuída a Blackstone (1765). De acordo com esse princípio, 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.<sup>17</sup>

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

17 Cf. a propósito MANNONI, Stefano. "Estado de Direito e direito internacional", in: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. *Estado de Direito, história, teoria e crítica*, p. 585-610.

### 3. O RULE OF LAW AMERICANO

#### 3.1. Características

A recepção do *Rule of Law* inglês em solo americano não se fez por mero transplante. O *common law* inglês era, em princípio, aplicável às colônias, mas comportava relativizações. Na verdade, o *common law* britânico apenas teve vigência e eficácia na América à medida que as suas regras se adaptaram às condições de vida locais.

O fato era que as regras inglesas pouco tinham a ver com as necessidades dos colonos. Além disso, a extensão do território, a liberdade de culto, a inadaptação de institutos jurídicos feudais à nova organização social, somadas ao fato de a Inglaterra não ter aplicado, de forma uniforme e centralizadora, seu sistema de dominação às colônias americanas, provocaram notáveis diferenças institucionais em relação à matriz inglesa.

Em primeiro lugar, o modelo americano, além de estar fundado em Constituição escrita e rígida, conforma-se à organização federativa do país. Compreende, portanto, os diversos sistemas legislativos e judiciários estaduais, com competências próprias, e a legislação federal, de alcance nacional, elaborada pelo Congresso, cuja apreciação judicial compete às cortes federais. Daí por que a *law of the land* é apenas a federal, naquelas matérias definidas pelos *cases law* julgados perante as cortes federais ou constante dos *federal statutes*. Em 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



se formava, juntamente com a defesa das liberdades individuais e o consentimento popular, características essas que serão consagradas na Declaração de Independência de 1776. A ideologia por detrás das instituições políticas e jurídicas conformadas posteriormente na Constituição de 1787 não é outra senão a de que os governos são instituídos pelos homens para a salvaguarda dos direitos 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 natureza de direito natural, assim como a vida, a liberdade e a busca da felicidade.

O profundo individualismo, presente em todas as camadas sociais, é refletido nessa visão, o que explica, em grande parte, o conteúdo dos *Bills of Rights* dos diversos estados federados, assim como o das dez primeiras emendas à Constituição americana, e ativismo nacional em relação ao poder federal. Em verdade, só foi possível aprovar a Constituição americana em setembro de 1787, depois de exaustivamente assegurado que os novos poderes não poriam em perigo a liberdade. Em 1781, devidamente ratificadas pelos estados, entram em vigor as dez primeiras emendas à Constituição, perfazendo o conteúdo do *Bill of Rights* americano, com o objetivo de garantir a segurança perante o novo 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 *Bill 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 soberania popular, a tendência foi conceber o 'governo da lei' como uma autodeterminação republicana. Essa convicção é tão forte na construção da identidade política americana que o culto à lei se tornou uma espécie de "religião civil", sobretudo pelo fato de a Constituição remeter, mais do que à certeza do direito, ao sistema jurídico em torno do qual o cidadão pode se reconhecer.

A concepção da "Constituição-garantia" no sistema americano confere, desde o início, um papel proeminente ao Judiciário, em comparação com os demais Poderes, devido ao controle difuso de constitucionalidade. Essa opção tem importantes consequências políticas, pois o Judiciário, paulatinamente, relativiza a supremacia da soberania popular, especialmente em razão de a Suprema Corte ser o único e último intérprete da Constituição.

O marco inicial dessa relativização é o caso *Marbury versus Madison*, acerca da extensão e dos efeitos do controle de constitucionalidade, prosseguindo, 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, consagrada pelo Compromisso de Misregulação da libertação dos escravos, com a violação da garantia constitucional da propriedade (*Dread Scott versus Sanford*, 19 How. 393/1857). Em 1905, declarou nula a redução do horário de trabalho legal, por infringir a garantia constitucional da liberdade e da propriedade (*Lochner versus New York*, 198 us 45/105). São evidentes, ante a ideologia liberal que inspirou o direito americano, as dificuldades desse percurso, marcado por forte ativismo da corte federal em defesa do liberalismo econômico e do empresariado americano no período compreendido entre 1890 e 1937 (denominado "Era *Lochner*", em alusão ao paradigmático caso acima indicado).

Os rumos da jurisprudência foram alterados na altura do fim dos anos 1930, quando a corte se restringiu, 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-



são abrir caminho para a integração e o movimento dos direitos civis nos anos 50 e 60 do século XX naquele país. Nos primórdios dos anos 80, sob governos republicanos, a Corte entra novamente em período de maior abstenção. Durante a "Era Rehnquist" (1986-2005), sob a presidência do *Chief Justice William Rehnquist*, destacaram-se o ressurgimento do federalismo e os limites da Constituição sobre os poderes; a decisão do tribunal em *Bush versus Gore*, que determinou a recontagem eleitoral durante a eleição presidencial de 2000, é um dos marcos polêmicos desse período. A atual "Era Roberts" (2005), sob a presidência do *Chief Justice John G. Roberts*, é por muitos considerada ainda mais conservadora do que a Rehnquist.

### 3.2.1. Marbury versus Madison

O caso, julgado pela Suprema Corte americana em 1803, sob a presidência do *Chief Justice Marshall* (1801-1835), é considerado o principal marco do sistema difuso de controle de constitucionalidade. Seu objeto era a competência da Suprema Corte para analisar a legalidade da nomeação do juiz Marbury para ocupar cargo na corte federal norte-americana, pelo *Judiciary Act* de 1801.

O problema foi provocado pelo fato de, com a mudança de governo, ter o secretário de Estado James Madison – orientado pelo presidente então eleito, Thomas Jefferson – voltado atrás, restabelecendo o *Judiciary Act* anterior, de 1789. Com isso, a nomeação de Marbury seria interrompida e o juiz não iria ocupar cargo na corte federal. Diante dessa situação, o juiz Marbury propôs uma ação perante a Suprema Corte americana contra Madison, pleiteando a 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 Marbury tem o direito de reaver sua nomeação. Nesse contexto, o voto do juiz Marshall foi de extrema relevância por constatar que o *Judiciary Act* de 1789 contrariava a Constituição, sendo necessária uma revisão judicial. Marshall afirmou ainda que era dever do Judiciário interpretar as leis e, nos casos de conflito, dizer quais leis estavam ou não de acordo com o texto constitucional. Sendo a Constituição a lei maior do ordenamento jurídico, caberia ao Judiciário a função de interpretar as leis inferiores de acordo com ela e, numa eventualidade 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 leis e assegurar a primazia do texto constitucional sobre as demais leis, culminando inclusive na exclusão de leis inconstitucionais do sistema. Discutiu-se assim, pela

primeira vez no direito norte-americano, a constitucionalidade das leis – quando estão ou não de acordo com a Constituição – e, ainda, quem tem a palavra final sobre a determinação de uma eventual inconstitucionalidade.

Firmou-se, assim, a primazia da Suprema Corte em deliberar sobre a constitucionalidade das leis, tornando-a um paradigma no direito constitucional por cimentar a primazia da Constituição e instituir o controle de constitucionalidade pelo Judiciário, com a consequente exclusão do sistema dos atos normativos contrários ao texto constitucional.

### 3.2.2. O New Deal

Outro conhecido exemplo de relativização da soberania popular se encontra em parte das decisões da Suprema Corte americana referentes ao New Deal e ao seu programa de intervenção na economia, voltado a amenizar os efeitos da crise social que se seguiu à Grande Depressão de 1929.

Os principais pontos do programa, tal como apresentados ao Congresso americano por Franklin Delano Roosevelt em 1933 em projetos de lei ordinária, afetavam o conceito de propriedade e a divisão constitucional de competências entre a União e os estados. À mesma altura, diversos legislativos estaduais editaram normas destinadas tanto a intervir na economia quanto a regular o setor produtivo. Ora, a jurisprudência da Suprema Corte, até então, pautava-se pela defesa intransigente da propriedade, mesmo em face do interesse público de natureza social. Daí o fato de a legislação de cunho econômico ou trabalhista – que regulamentava salários e horários de trabalho – ter sido 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) 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. O 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-



formação do poder do Estado em poder de direito, visando eliminar qualquer possibilidade de exercício arbitrário ou discricionário do poder, em detrimento do livre desenvolvimento social e da vida privada, particularmente no que dizia respeito à produção e distribuição de riquezas. Foi o que a insegurança do burguês – industrial e advogado – exigiu da economia e do direito, transformados em disciplinas de cautela.

A solução, por conseguinte, consistiu na fixação prévia de regras que definiam as finalidades do Estado, suas obrigações e direitos, de modo a condicionar sua atuação ao alcance e realização daqueles fins, segundo o modelo jurídico que empregava a separação de Poderes e a tutela dos direitos fundamentais. Cidadãos, instituições religiosas e da sociedade civil e o próprio Estado nada mais eram que “pessoas” igualmente submetidas à lei, entre as quais se estabeleciam relações recíprocas reguladas pelas mesmas normas. Enfim, o Estado é força e não protagonista na realização de uma “Constituição civil perfeitamente justa” que administre o direito, como queria Kant.<sup>15</sup>

A peculiaridade do modelo alemão reside na elaboração dos direitos inalienáveis 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 resgatada da obra de Robert von Mohl (*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*), na qual havia sido empregada, na década de 1830, com o sentido de assegurar a função primária de proteção da liberdade dos indivíduos 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 mais perfeita representação do Estado liberal de direito. A compreensão dessa representação exige algum conhecimento de sua história.

<sup>15</sup> A ideia de uma história universal, 2003, p. 10.

Via especial do constitucionalismo alemão, também identificada como liberalismo constitucional, o *Rechtsstaat* firmou-se após a restauração monárquica de 1848, na esteira da rápida derrocada da revolução proletária que assolou a Europa Ocidental. Do ponto de vista teórico, situou-se entre as propostas do chamado “constitucionalismo de restauração”, que tem a monarquia e a soberania popular como princípios estruturantes, nos moldes da Carta Constitucional Francesa de 1814, outorgada por Luís XVIII.

Essa fundamentação é corolário do liberalismo constitucional da primeira metade do século XIX, que não considerava necessária a substituição do Estado pela sociedade civil. É isso porque identificava na monarquia o poder e a autoridade moral do reino, pelos quais se assegurava a unidade do Estado, cujos poderes eram limitados por meio do comprometimento dos governantes com leis racionais, supressoras das arbitrariedades e privilégios. Os direitos dos indivíduos, por outro lado, seriam assegurados pelas Assembleias estamentais.

Há algumas características, contudo, que distinguem o liberalismo alemão da corrente europeia, particularmente da francesa. O movimento liberal 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 desaparecimento do Reich, em 1815; do ponto de vista socioeconômico, enfrentou a esmagadora estrutura agrária da economia; finalmente, por parte da herança cultural, enfrentou as ainda vigentes liberdades estamentais do Reich.

A teoria 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



o Legislativo. A explicação é que, ao contrário do monarca e dos juízes que se encontravam sujeitos à lei, o Legislativo, por sua própria natureza, não poderia se sujeitar à lei, pois dela era “senhor”. A preeminência do Parlamento, ademais, vinha ao encontro da possibilidade fática de permanente alteração de uma Constituição flexível.

A doutrina alemã dos direitos subjetivos não foi além dessa elaboração, pela qual se desenhava um Estado bifronte, caracterizado de um lado pela face do Estado-pessoa (constituído pela Administração Pública, encabeçada pelo governo monárquico) e, de outro, pela de Estado-ordenamento (constituído pelo direito vigente e encabeçado pelo legislador). Logo, os direitos, ainda que previstos na Constituição, não eram materiais, mas simplesmente formais, cuja garantia se reduzia à reserva legal, a ponto de serem antes uma diretiva que uma garantia mais robusta.

Sendo, pois, o Poder Legislativo a única fonte do direito, e estando a matéria das liberdades sob reserva legislativa do Parlamento, a teoria dos direitos públicos subjetivos constituiu, em verdade, uma teoria estatista dos direitos fundamentais. Tal peculiaridade – que nada mais revela senão a posição anticontratuísta alemã – corresponde a uma posição conservadora e remete à exigência de uma rigorosa secularização do ordenamento jurídico.

#### 4.4. O nexo entre poder e direito

Na teoria do *Rechtsstaat*, o nexo entre poder e direito é dúbio. Se, por um lado, toda a atividade estatal se encontrava conformada ao direito, mediante 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 poder identificado com a soberania estatal.

Dai o epíteto de “Estado Legislativo” dado a ele, anos mais tarde, por Carl Schmitt, para evidenciar que o Parlamento, ao atuar “sobre a lei” ou “em nome da lei”, extinguiu o poder soberano. Mais criticamente, observou que o Estado de Direito formal, graças à “bênção da legalidade” que criava 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 [...]”.<sup>19</sup>

19 *Legalidad y legitimidad*, p. 16.

Esses argumentos foram utilizados para legitimar, teoricamente, os amplos e extraordinários poderes do *Führer*, na concepção de Schmitt o único e verdadeiro detentor da soberania, que concentrava a elaboração e a execução da lei. Não se pode negar, entretanto, um traço hobbesiano no Estado legislativo, resultante da perfeita correspondência entre vontade estatal, legalidade e legitimidade, e da suposta adesão incondicional dos cidadãos a essa premissa.

A dificuldade do Estado legislativo, revelada na proteção dos direitos, apenas será solucionada depois da Primeira Grande Guerra, com a introdução do controle de constitucionalidade pela Constituição de Weimar (1919), devido ao fundado temor de que o poder ilimitado do Parlamento pudesse violar a Constituição. Somente após a Segunda Guerra Mundial, contudo, o Tribunal Constitucional Federal foi elevado à condição de “guardião da Constituição”, alterando-se, igualmente, a concepção da Constituição de instrumento limitador do poder do Estado *versus* liberdade individual a positivamente jurídica dos valores fundamentais da democracia alemã.

Produto da influente juspublicística alemã do século XIX, em torno da qual são formulados seus postulados, a teoria do *Rechtsstaat* alcançará a juspublicística italiana e francesa. Será, posteriormente, reelaborada por Kelsen 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 caro aos juspublicistas do século XIX. Decorrem dessa premissa críticas severas aos seus diversos postulados teóricos, seja no que concerne à visão do direito como imperativo, seja quanto à estruturação da tripartição dos poderes em benefício da salvaguarda do princípio monárquico e dos privilégios da Administração Pública. A concepção kelseniana do Estado de Direito, diversamente, apresenta, além da 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 crítica ao constitucionalismo e às instituições da Terceira República (1871-1940), fundadas no primado da lei como expressão da soberania nacional.



Sob a Terceira República, três leis constitucionais esparsas relativas à organização política, editadas em 24 e 25 de fevereiro e em 16 de julho de 1875, te, mas que se tornou a mais longa da história francesa, permaneceriam em vigor até 1940, quando foi instaurado o Regime de Vichy. Elaboradas em nenhuma preocupação sistematizadora, as leis constitucionais resultaram de acordos entre monarquistas e republicanos, que favoreceram a supremacia do Parlamento. O problema, como se pode deduzir, é que uma Constituição desse tipo, num cenário político-institucional no qual o Direito se identifica com o comando do Estado, não se afirmava hierarquicamente na escala das normas jurídicas. Assim sendo, os direitos fundamentais se reduziam aos direitos que o Estado quisesse reconhecer, reduzindo-se, drasticamente, o conteúdo das liberdades públicas.

Não é possível compreender a dimensão nem os efeitos da elaboração teórica do *État de droit* àquela altura, sem levar em conta a força do iluminismo na organização da sociedade francesa, desde o fim do século XVIII.

A deificação da razão, secundada pela desconfiança em relação à tradição social e política, foi de tal modo assimilada que, após 1789, promoveu reiteradas buscas da organização política e jurídica ideal. Redigir novas Constituições, nesse contexto, nada mais significava senão uma necessária – e desejada – resposta social. As Constituições francesas eram, em princípio, destrutíveis, por assim dizer; instrumentos de vida fugaz, elas não foram elaboradas nem para resistir ao tempo nem à razão política de uma época visto que novos conhecimentos poderiam provocar sua revisão, entendimento potencializado pela alternância de formas de governo e de sistemas políticos. Do Antigo Regime ao I Império (1789-1804) e da Restauração ao II Império (1804-1870) sucederam-se, ciclicamente, a monarquia absoluta, a monarquia limitada, a república democrática, a república autoritária e, novamente, a monarquia absoluta; do Império Liberal à V República (1870-1969) sucederam-se o império com tendência parlamentar, duas repúblicas parlamentares e uma república presidencialista. Nesse período foram elaboradas dezesseis Constituições, algumas das quais nem sequer entraram em vigência 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 o primeiro se mantinha sociologicamente ajustado às respectivas realidades jurí-

dica e política, deixando espaço para correções de rumo mediante emendas ou interpretação jurisprudencial, na França tais correções sempre foram promovidas por novas Constituições.

### 5.1. A teorização doutrinária do *État de droit*

Deve-se a formulação teórica do *État de droit* a Raymond Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920/1922), que, seguindo os cânones da juspublicística alemã, promove uma análise puramente jurídica do Estado, a partir de princípios deduzidos da Revolução Francesa. Disso decorre a necessária autolimitação do poder do Estado, em benefício da tutela dos direitos subjetivos, mas a salvo da onipotência e do monopólio legislativo do Parlamento.

Tal concepção negativa era confirmada, no plano dos fatos e também no das leis constitucionais, pelo caráter “nulo” do Poder Judiciário – provavelmente fortalecido pela aversão ao *gouvernement des juges* – e pelo princípio da estrita legalidade que condicionava o Executivo. Por outro lado, o Poder Legislativo tendia, simultaneamente, a revestir-se das funções de poder constituinte originário e de poder constituinte derivado, reivindicando um poder permanente de revisão. A esse cenário institucional de falta de equilíbrio entre os poderes e de soberania parlamentar, em relação à qual todos os demais órgãos estatais se encontravam submetidos, Carré de Malberg denomina Estado Legal.

O sistema do Estado legal – que supõe a soberania da lei e seu caráter ilimitado, posto que *la loi peut tout faire, la loi ne peut faire mal* – é essencialmente um sistema de organização dos poderes que justifica a preponderância 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-



pública. Seus traços fundamentais seguem o chamado modelo europeu, distinto do modelo americano, em razão do controle concentrado, confiado à interpretação constitucional específica, que dispõe do monopólio da interpretação constitucional.

## 6. OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DAS MATRIZES CLÁSSICAS

Relacionando os fundamentos filosóficos e políticos comuns às quatro experiências históricas acima referidas, Danilo Zolo neles identifica o que denomina de “princípios fundamentais” das matrizes do Estado de Direito, que aqui adotamos para fins didáticos.<sup>20</sup> Deles se deduzem os princípios fundamentais do Estado de Direito, adiante comentados.

O princípio da difusão do poder incorpora os elementos que se voltam à ampliação do âmbito das liberdades públicas, por meio da expressa limitação jurídica dos poderes do Estado. Integram esse conjunto: a) a personalidade jurídica individual, no sentido de que todos são sujeitos de direitos e centros de imputação jurídica, ressalva feita à situação feminina e ao caráter censitário dos direitos políticos; b) a igualdade perante a lei, que implica iguais consequências jurídicas para todos; c) a certeza e a previsibilidade do direito, que supõe a definição prévia de crimes e penas, a publicidade dos atos legislativos e administrativos, os enunciados normativos com redação compreensível, o princípio do juiz natural; d) o reconhecimento constitucional dos direitos subjetivos, com o poder 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 exigir o que nela não esteja previsto. A igualdade é essencialmente jurídica, em oposição aos privilégios e estatutos especiais e em benefício da uniformidade de tratamento em casos iguais (a lei deve ser geral e abstrata) e da proibição de distinções arbitrárias. A justiciabilidade, por sua vez, é a garantia do sistema do Estado de Direito para a aferição da legalidade, executada pelo Judiciário. Desse arcabouço decorrem outros limites, de natureza formal, identificados pelo positivismo jurídico: a) os limites de validade espacial e pessoal, decorrentes dos elementos constitutivos do Estado moderno (povo, território, soberania); b) os limites de validade temporal, pelos quais uma norma tem validade limitada no tempo que transcorre entre a sua emanção (salvo se tiver efeito retroativo) e a sua ab-rogação; c) os limites de validade

material, que reconhecem que há matérias que não podem ser submetidas à regulamentação ordinária e outras que são reconhecidas como indisponíveis pelo próprio ordenamento e, por essa razão, o poder estatal nelas não pode intervir, como é o caso dos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da diferenciação do poder congrega elementos que permitem a separação dos sistemas político e jurídico dos demais subsistemas sociais, em particular do religioso e do econômico; congrega, igualmente, os mecanismos de diferenciação interna do poder (tripartição clássica, formas federativas, unitárias ou regionais de organização territorial, sistema de partição não vinculados ao aparelho do Estado), com significativa ampliação da complexidade das estruturas políticas e administrativas do Estado.

Seu elemento central reside na autonomia obtida pelo sistema jurídico em relação aos subsistemas ético-religiosos, resultado lógico do contratualismo Rousseauiano, pois que é determinada pela vontade concorde dos cidadãos e não por qualquer outro elemento transcendental. Tal autonomia é pressuposto necessário da igualdade formal dos sujeitos – independentemente das reais condições de classe, parentesco ou propriedade – e se refletirá na autonomização funcional interna. Expressa-se, portanto, por via das seguintes instituições: a) delimitação do âmbito do exercício do poder e de aplicação do direito, com demarcação das esferas pública e privada, para excluir essa última da competência política e jurídica, tanto no que diz respeito à vida íntima propriamente dita (religião, moral, relações familiares, expressões de criatividade artística, correspondências etc.), quanto no que concerne à vida negocial em geral; b) separação das instituições legislativas e administrativas; c) o primado do Poder Legislativo, o princípio da legalidade e a reserva de legislação; d) a subordinação do poder legislativo ao respeito dos direitos subjetivos constitucionalmente definidos; e) a 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.

20 COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, 2006, p. 32 e seq.



## As doutrinas políticas do Estado de Direito

As doutrinas políticas que fundamentam o Estado de Direito são tributárias de três correntes principais: o jusnaturalismo, o contratualismo e o liberalismo.

### 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.

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 jusnaturalismo de base divina está presente nas doutrinas políticas de Santo Agostinho e de Santo Tomás de Aquino; o de base natural, em Platão e Aristóteles. 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 século 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 período que vai do século IV a.C. à segunda metade do século III d.C., a filosofia 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.

É em virtude dessa igualdade natural que a identificação de direitos comuns a toda a espécie humana surge como consequência lógica, sem o caráter de criação política, mas de manifestação de vontade do criador do universo. Segue-se, em decorrência, a conclusão alcançada por escolásticos e canonistas medievais de que as leis contrárias ao direito natural são injustas, abusivas e sem força jurídica. Essa convicção, por sua vez, encontra-se na base da noção de que a legitimidade das leis decorre exclusivamente de sua conformidade com o direito natural, o que equivale a dizer que as leis se encontram limitadas pelo ordenamento divino, como o fazem Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino. Esses valores, embora dissolvidos na Renascença, são retomados, posteriormente, pelo iluminismo.

Entre os filósofos jusnaturalistas incluem-se os contratualistas, que sustentam ser a sociedade política o resultado de um acordo de vontades, expresso por intermédio de um hipotético contrato celebrado entre os homens. Para os contratualistas, significativamente, só a vontade humana determina a opção pela associação, o que confere racionalidade à organização social e 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 valor que o Estado lhe atribui. Logo, o sujeito vem antes do Estado e não o contrário. Tal concepção da organização social – denominada individualista – tem raízes na filosofia estoica e alcança, por vias políticas diversas, as revoluções dos séculos XVII e XVIII. Todas as declarações de direito do século XVIII expressam essa concepção; por isso, emunciam o mínimo irredutível do direito inato 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 justificações 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 outra, 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



de natureza também implica, em algumas doutrinas contratualistas, a existência de uma série de "direitos inatos", que valem perante o Estado e contra ele em virtude de seu caráter originário, inalienável e inatingível. Nas diferentes vertentes da doutrina contratualista, varia a indicação de quais direitos e prerrogativas devem ser transferidos ao Estado por via do contrato social.

Há dois momentos fundamentais na evolução das doutrinas jusnaturalistas e contratualistas, no que diz respeito à afirmação do Estado de Direito: a) o período que compreende o século XVI e o início do século XVII, no qual se promove o fortalecimento da soberania estatal; b) o período que se estende de do fim do século XVII ao fim do século XVIII, no qual se busca a limitação da soberania estatal. Do ponto de vista doutrinário, não há fraturas entre ambos, mas uma substantiva continuidade. O aspecto subjetivo do direito natural, comum aos dois, molda as doutrinas individualistas e liberais que se encontram na base do jusnaturalismo moderno.

Relacionamos a seguir alguns dos pensadores que ilustram, de modo exemplar, as proposições jusnaturalistas em seus diferentes momentos, de modo 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 rompimento da política com a religião propiciado por Maquiavel, favoreceu o fortalecimento progressivo de um poder público abrangente, no qual as prerrogativas de soberania dos governantes tanto se expressaram como "direito natural dos povos" (Vitória) quanto "poder incontestável de mando", uno e indivisível (Bodin) ou no paradigma contratualista (Hobbes e Grotius). Neste último, prevaleceram sobre o pensamento teológico o pensamento metafísico, a razão autônoma e suficiente, o ideal estoico da igualdade dos homens e o axioma do Estado-contrato, construído por método dedutivo e analítico.

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

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

Partindo da premissa de que tais direitos são universais, Vitória chega a duas proposições principais. Em primeiro lugar, identifica a *communitas* (isto é, uma sociedade natural de Estados igualmente livres e soberanos (*republicae*), submetida a uma ordem jurídica que tem a força obrigatória dos pactos, mas também a natureza de lei (*ius cogens*). Em segundo lugar, conclui que o príncipe só está autorizado a usar seu poder em benefício da própria república e do bem comum dos cidadãos (e não de qualquer outro interesse ou vantagem particular) posto que deles recebe a sua autoridade. Todas as leis, portanto, indistinta e necessariamente, devem se voltar ao benefício de todos, a todos obrigando (súditos, legisladores e, principalmente, monarcas).

Vitória, nessas proposições, não só enuncia a existência de um direito universal das pessoas (como hoje ocorre em relação ao direito internacional público) como também o fundamento democrático do poder do soberano, antecipando o moderno princípio da soberania popular.<sup>1</sup> Na base da argumentação de Vitória, encontra-se a convicção acerca da existência de normas e princípios jurídicos inerentes à natureza humana e que, por essa razão, são dotados de superioridade hierárquica em relação às normas expedidas pelo monarca.

A ideia de soberania como um conjunto de direitos naturais dos povos oferece uma nova forma de legitimação à conquista da América, sendo esse o objetivo imediato da obra de Vitória. Para tanto, trouxe as discussões sobre o direito natural dos domínios da teologia moral para o campo jurídico, sob o argumento de que as normas de proteção aos direitos dos índios americanos integravam um corpo jurídico imanente à natureza humana, e daí o direito/dever de proteger os convertidos, correlato ao direito dos espanhóis de defenderem os seus interesses na hipótese de não conversão ou não submissão. 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"

<sup>1</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*, p. 8-9.



e que todos os Estados, em conjunto, também criem, por meio de obrigações mútuas, condições de convivência internacional pacífica, como já proposto por Vitória.

No interior dos Estados, o *pactum societatis* – que é uma das regras do direito natural – deriva da vontade dos súditos, comprometidos reciprocamente a viver em sociedade e a submeter-se ao poder que nela instituem (*pactum subiectionis*).

Há aqui dois pontos a ressaltar. Em primeiro lugar, na doutrina de Grotius, os homens, ao sair do estado de natureza para o Estado, deixam de ser regidos pela lei da razão para ser comandados pela lei da autoridade pública. Nesse contexto, a finalidade do direito natural é, tão somente, servir de fundamento às normas do Estado, por meio da aplicação do princípio geral do *pacta sunt servanda*. Assim sendo, uma vez criado o Estado, o direito natural perde seu valor e sua função autônoma. Este é o segundo ponto: para Grotius, o direito – a lei da autoridade pública – é feito pelo homem, o que lhe confere uma nova natureza.

Com relação à sociedade internacional, composta de Estados independentes, igualmente soberanos, Grotius propõe sua organização por via de um único direito internacional (ou direito das gentes), que não se caracteriza como um sistema supranacional, mas como corpo jurídico autônomo em relação à moral, à teologia e mesmo ao direito natural. Suas fontes são os pactos, os acordos, os contratos, razão pela qual deriva do “fato”, mais precisamente, da vontade e do interesse dos Estados mais fortes. Note-se, aqui, de forma pioneira, a elaboração de um contratualismo de nível internacional no qual se justifica a “guerra justa” para a preservação da vida e das coisas úteis à vida, o que não é contrário ao direito natural.<sup>2</sup>

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

Thomas Hobbes, partindo do pressuposto de que todos os homens são iguais no estado de natureza, chega à conclusão de que todos, sem exceção, vivem a paixão, o ódio, a inveja, o egoísmo, condenando-se a uma existência assustadora, miserável e insegura, na qual prevalece a “guerra de todos contra todos” (capítulo XVIII, parte I, de *O Leviatã*).

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

2 Livro I, cap. II, I, n. 4.

a segurança social só será alcançada se todos os integrantes de uma dada sociedade política abrirem mão dos seus direitos naturais, em benefício do fortalecimento de uma única autoridade política – o Estado – que, assim, dotada de plenos poderes, seja superior a todos.

Nesse cenário apologético, o contrato social representa a única salvação possível para os homens. De fato, a celebração do contrato social é um grande apelo ao uso da razão, outro atributo natural do homem. Como ser racional, diz Hobbes, o homem deseja viver em paz, sendo instintivo que se esforce para alcançá-la e mantê-la. Nessa empreitada, a chave do sucesso, por assim dizer, está na renúncia coletiva dos direitos naturais, de tal forma que todos tenham o mesmo grau de liberdade em face do contrato social. O contrato social, portanto, ganha substância e se impõe em razão do seu conteúdo: os direitos naturais transferidos e institucionalizados, racionalmente.

Utilizando-se da imagem bíblica do monstro marinho Leviatã, descreve o Estado, significativamente, como o ente que assimila organicamente todos os integrantes da sociedade política: “uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos todos da maneira que entender conveniente, para assegurar a paz”.<sup>3</sup>

No contratualismo hobbesiano, portanto, a organização política é pensada exclusivamente como um artifício, algo deliberadamente construído pelo homem, sendo essa a sua originalidade. O vigor e a eficácia da política dependem da alienação total de cada associado em benefício do fortalecimento do poder estatal, o que revela forte traço autoritário (Jean-Jacques Rousseau, em *Do contrato social*, expressará as mesmas ideias, em benefício da comunidade e não do poder instituído).

Contemporaneamente, outra vertente do jusnaturalismo é encontrada na obra de Samuel Pufendorf – *De jure naturae et gentium*, 1672. Despida dos traços 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 derivada 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 Leviatã*, capítulo XVII.



### 1.1.4. Efeitos – antecipando a modernidade

A modernidade de Vitória, Grotius e Hobbes, particularmente, permite antecipar o Estado de Direito. Em Vitória, por via do fundamento democrático do poder, do reconhecimento da humanidade como “pessoa” e dos paradigmas do direito internacional moderno. Suas ideias repercutirão nas obras de Francisco Suárez e nas de outros teólogos espanhóis do século XVI e anteciparão a reflexão mais tardia de Grotius a respeito da soberania externa. Em Grotius, pela definição dos critérios do Estado justo e das modalidades das relações interestatais em prol do ideal de limitação do uso da força nas relações internacionais, elas próprias submetidas a exigências morais. Hobbes, por sua vez, inova em vários conceitos políticos e jurídicos, que influenciarão profundamente o direito público alemão e o italiano dos séculos XIX e XX. Compreende o Estado como “pessoa” e, em consequência disso, intui a sua “personalidade jurídica” (*Do cidadão*, parte II, cap. V, 9 e 12), identifica a soberania, sua alma artificial (*Do cidadão*, parte II, cap. VI, 19). Designa o “povo” como a “multidão de súditos” (*Do cidadão*, parte II, cap. XIII, 3), aponta o monopólio estatal da produção jurídica, a unidade do ordenamento jurídico e a sua independência de fontes jurídicas extra ou supraestatais (*Do cidadão*, parte II, cap. VI, 6 a 13).

A dimensão normativa e axiológica ainda presente no pensamento de Vitória e de seus seguidores, contudo, será dissolvida pela concepção de soberania territorial como poder incontestável de mando, expressa na Paz de Westfália (1648) e aceita pela comunidade de Estados. Verifica-se, àquela altura do século XVII, um ponto de inflexão na justificação e legitimação jurídica do poder estatal, comparável à que ocorrerá por ocasião das Revoluções Francesa e da americana, no fim do século XVIII. No primeiro caso, em virtude da exacerbação da soberania interna e externa dos Estados europeus; no caso das chamadas revoluções burguesas, em razão da limitação da soberania interna, por força das declarações dos direitos naturais do homem e da visão humanista e jusnaturalista que as anima, e, por consequência, do novo conteúdo da soberania, popular ou nacional, que passa a ser limitado por aqueles valores, 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 finali-

dade de garantir o respeito aos direitos inatos dos indivíduos, ainda que partindo de diferentes pressupostos e conceitos. Trata-se, em sua generalidade, de uma visão marcadamente iluminista que, ao propugnar o uso da razão humana em benefício do aprimoramento da sociedade política, ampliou o espectro axiológico do jusnaturalismo.

Embora o fundamento do jusnaturalismo iluminista se mantenha na “natureza”, o conteúdo da “natureza” muda radicalmente: deixa de ser divino ou cósmico para ser real. Segundo a concepção iluminista, “natural” corresponde ao que não é “sobrenatural”. Tudo o que é da essência do homem, em si, é natural, nesse sentido. Assim, a razão, sendo da essência do homem, é natural.

A expressão “iluminismo” – tradução direta do vocábulo alemão *Aufklärung*, que significa “esclarecimento”, “iluminação” – designa o movimento que se desenvolveu, de forma notável, no século XVIII (o “século das luzes”), com o objetivo de fazer prevalecer a razão sobre a autoridade, em todos os campos da vida social.

Não se trata propriamente de uma doutrina, vinculada a determinada escola teórica, mas, acima de tudo, de uma mentalidade, identificada em setores políticos, burgueses e intelectuais. Na sua base, está o espírito crítico aliado a uma forma prática e utilitarista de interpretação da ciência, em particular da ciência experimental que é desenvolvida a partir da comprovação de fatos empíricos.

No campo político, o pensamento iluminista caracteriza-se pela confiança e fé na razão como meio de ser alcançadas a felicidade e a melhor forma de vida 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 contratualista, 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-



vemente criada pelos homens e cujo poder deriva dos direitos naturais dos quais os mesmos homens eram titulares no estado de natureza.

John Locke foi um homem em sintonia com a sua época. Filósofo político contratualista, defensor intransigente da liberdade e da tolerância religiosa, é o criador do empirismo, doutrina segundo a qual todo conhecimento deriva da experiência.

Dedicou grande parte de sua vasta produção ao problema da justificação do Estado, valendo-se de fundamentos jusnaturalistas e cristãos. Entre suas obras, a de maior envergadura política é o *Segundo tratado sobre o governo civil* (1690), na qual sustenta os princípios da liberdade política em favor da limitação do absolutismo real. Seus argumentos desenvolvem-se em torno da origem contratual da sociedade política e do poder de autogoverno da coletividade, da supremacia do Parlamento e do governo de leis, visando a fundamentar o Estado limitado.

Demonstrando confiança na classe burguesa, que produziu riquezas com força e habilidade próprias, sem a ajuda do Estado e conforme a moral puritana, apresenta uma concepção otimista do homem no estado de natureza: "estado de perfeita liberdade, em que, sem pedir licença nem se sujeitar à vontade de qualquer outro, é possível agir satisfatoriamente e dispor dos seus bens e da sua pessoa, conforme se julgue melhor, sem sair dos limites da lei da natureza" (*Segundo tratado*, II-4).

A tese central é que, no estado de natureza, os homens detinham dois poderes: o de livremente tomar decisões concernentes à sua salvaguarda, de acordo com a lei natural (manifestada na consciência e formulada pela razão), e o de punir os crimes cometidos contra essa lei. Ao instituírem a sociedade política, seus membros renunciam aos dois poderes a favor da própria sociedade política, isto é, aceitam submeter-se às leis que a comunidade elabora 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 o governo e determinar como a força coletiva será utilizada para a proteção de todos e de cada um. Nessa proposição, encontra-se implícita uma primeira distinção 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 espírito das leis* (1748), preocupado com a estabilidade dos governos, antes de teo-

nizar sobre a sua tipologia, a natureza dos regimes políticos e a divisão dos Poderes, apresenta uma definição inédita de lei, fundada na filosofia jusnaturalista que permeia toda a obra.

"As leis", diz Montesquieu, "na sua acepção mais ampla, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas".<sup>4</sup> Essa afirmação é resultado da constatação de que todos os seres têm suas leis, sejam eles humanos, animais, vegetais ou divinos, sendo o "espírito das leis" a representação específica das peculiaridades e condições próprias de cada ser.

Nessa construção, como se pode notar, Montesquieu, na política, lança mão da metodologia própria das ciências empíricas: procura estabelecer uniformidades, assim como se estabelecem na física ou na botânica, por exemplo. Vejamos, brevemente, em excertos dos capítulos II e III, do Livro Primeiro, de *O espírito das leis*, como essas noções são por ele apresentadas e como, desta maneira, demonstra que a supremacia da lei é expressa pela razão.

Antes de todas essas leis estão as da natureza, assim denominadas por derivarem unicamente da constituição do nosso ser. Para conhecê-las bem, precisa considerar um homem antes do estabelecimento das sociedades. As leis da natureza serão as que ele receberia em semelhante estado.<sup>5</sup>

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

A lei, 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 constituído, ou que se quer constituir, seja por formarem-no, como acontece com as leis políticas, seja por manterem-no, como fazem as leis civis.<sup>6</sup>

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

<sup>4</sup> *O espírito das leis*, p. 77.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 81.



dos habitantes, com as suas inclinações, sua riqueza, seu número, seu comércio, seus usos, suas maneiras. Enfim, elas guardam relação entre si, e com a sua origem, com o objetivo do legislador, com a ordem das coisas para as quais são estabelecidas. É sob todos esses aspectos que precisa considerá-las. É o que há to de fazer nesta obra.<sup>7</sup>

Montesquieu racionaliza o conceito de lei e, com isso, rompe com a tradicional submissão da política à teologia, além de escapar de discussões teóricas acerca da sua legitimidade. O mesmo raciocínio aplica em relação ao Estado: suas leis devem refletir as suas condições específicas, o que é uma particularização do justo. O legislador, conseqüentemente, ao elaborar a lei positiva, deve escolher, entre as possíveis relações de justiça, a que lhe parece melhor.

Ora, se as leis estão adequadas às Nações a que se destinam, ou, mais especificamente, se as leis estão em relação com a natureza e o princípio de cada governo, a estabilidade dos governos está garantida, tanto mais porque, nesse círculo virtuoso, as instituições políticas encontram-se regidas por leis que derivam das relações políticas nacionais.

Com a sua definição de lei, Montesquieu põe em xeque o direito costumeiro e as tradições jurídicas de base divina; com a sua teoria da separação de Poderes, demonstra que o próprio governo pode ser fruto da razão.

De fato, para Montesquieu, a liberdade, tal como também se nota em Locke e em Rousseau, consiste no direito de fazer tudo o que as leis permitem. O problema é que nem sempre o Estado permite tal liberdade, em razão de sua natural inclinação pelo uso ilimitado do poder; a solução, conclui, é a instituição de um governo moderado, com poderes racionalmente limitados, para o que eleger como modelo o governo inglês, que já havia desenvolvido um sistema de limitação de poderes. Aí está, em síntese, a origem da famosa 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 identidade 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 condição humana: "o homem é infeliz, o homem nasceu livre e por toda parte ele

7 Ibidem.

está agilhado", dizem as primeiras linhas da obra,<sup>8</sup> enfrenta, no estado de natureza, obstáculos que sobrepujam as forças que pode empregar individualmente para conservar-se. A única possibilidade de sobrevivência e conservação – de si próprio e de seus bens – dá-se por via do contrato social. As cláusulas desse contrato, prossegue Rousseau, não precisam ser formalmente enunciadas, posto serem determinadas pela natureza do próprio contrato, que exige a alienação total de cada associado em benefício da comunidade. Esse é o ponto: cada associado, dando-se por inteiro, iguala-se a todos os demais; como a alienação se faz sem reservas, a "união é tão perfeita quanto possível, e nenhum associado tem algo a reclamar". Em síntese: "Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos, coletivamente, cada membro como parte indivisível do todo".<sup>9</sup>

A lei, nesse contexto, é a expressão da vontade geral.<sup>10</sup> Ser livre, portanto, significa viver em conformidade com a vontade geral. A máxima que se deduz desse raciocínio – "a lei, expressão da vontade geral" – será imortalizada no art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.

A vontade geral – sempre legítima e justa – possui uma natureza pública que a diferencia da vontade de todos. Conquanto ambas sejam produto de manifestações de vontade, sendo *geral* manifesta a razão e a justiça, identificadas com o bem comum; 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 interesse 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 à vontade 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>

8 Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*, 1996, livro I, cap. I, p. 9.

9 Ibidem, p. 23.

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

11 Ibidem, livro II, cap. III, p. 37.

12 Ibidem, livro I, p. 6.



O Estado é também a concretização da liberdade, dado que a vontade do Estado é a vontade geral: "Chamo, pois, República a todo Estado regido por lei, qualquer que seja a sua forma de administração, porque só então o interesse público governa e a coisa pública significa algo. Todo governo legítimo é republicano [...]"<sup>13</sup>

Como nenhum direito existe se não for a vontade geral, isto é, a vontade do Estado de acordo com a interpretação concreta de quem a executa, Rousseau reconstrói o estatismo da doutrina de Hobbes, sob o fundamento da soberania popular: o povo, legislando sem freios, é o Estado.

A originalidade da obra de Rousseau, em relação à dos demais contratualistas, reside na soberania popular, que, para alguns de seus intérpretes, seria ilimitada.

A propósito, Paulo Bonavides faz notar que Rousseau, ao contrário de Montesquieu, não teme o poder nem contradiz o princípio da soberania; pelo contrário, sua doutrina é antes uma doutrina apologética do poder, na qual não existem direitos anteriores ou superiores ao Estado. Na verdade, como não há direitos que não tenham sido abrangidos pelo contrato social, o direito não é a antítese necessária do poder. A vontade geral é o critério de legitimação que reveste o poder de caráter jurídico, porque é fundado no consentimento. É também a vontade geral que provoca a transmutação dos direitos naturais em direitos civis, mercê do contrato social.<sup>14</sup>

A mesma ideia é encontrada em Kant, com algumas variações: o contrato social é que dá ensejo à criação do Estado, em razão da transformação do estado de natureza em estado civil. O Estado, por conseguinte, não foi constituído conforme o contrato social, mas deve ser assim constituído. O contrato social é o princípio regulatório que caracteriza o estado civil como estado jurídico, do qual é corolário o princípio de certeza, estabilidade e permanência das relações, que se particulariza no direito.

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

Immanuel Kant compreende o Estado como "a união de uma multidão 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 assegurada ao indivíduo, estando, nesse sentido, isenta de contingências históricas. E

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

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

a finalidade do direito é a de regra negativa, que limita a vontade. A conciliação dessas premissas à liberdade individual se dá pela separação da vida privada e da vida social: o direito refere-se apenas aos atos externos do homem, enquanto a sua liberdade interna se contém nos limites do imperativo categórico. Daí se conclui que a moralidade da lei não deriva de uma conduta imposta por coação externa, mas da consciência de cada um.

Para Kant, é imperativo conter o poder do Estado, mitigando sua força coercitiva. Nesse sentido, pode-se aproximar o Estado jurídico de Kant do Estado constitucional de Montesquieu. Kant também se aproxima de Rousseau ao reconhecer a reunião voluntária dos indivíduos sob regras jurídicas, de forma análoga à concepção da lei como vontade geral e segundo postula o contratualismo, fundado na soberania popular. Deste se distingue, porém, em virtude de ser produto da razão, e não da realidade histórica.

O direito, na filosofia kantiana, por consequência, "[...] é o conjunto de condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade 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 razão, válidos para todos os homens, em todo tempo e lugar; o que significa dizer que tais direitos são universais;
- b) o direito natural constitui um conjunto de regras, suscetíveis de verificação por intermédio da razão, que garante perfeitamente tais direitos;
- c) 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-

<sup>15</sup> KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*, 2004, p. 34-5.

<sup>16</sup> Cf. POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*, 1976, p. 57-8.



ção rousseauniana: “A liberdade jurídica é a faculdade de só obedecer a leis externas às quais pude dar o meu assentimento”<sup>17</sup>.

A definição de Rousseau, por seu turno, consiste na concepção de liberdade como “a obediência à lei que se prescreve a si mesma”,<sup>18</sup> fator determinante na diferenciação da natureza do homem da de todos os demais seres.<sup>19</sup> Conforme Rousseau expõe no *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*, estes, além de dotados de dupla historicidade – a própria história individual e a sua inserção na história das sociedades humanas –, não agem segundo um destino genético ou biológico predeterminado, como ocorre com os animais. Ao contrário, podendo obedecer à lei que prescreve a si mesmo, liberta-se de toda a predestinação que lhe conferiam a ordem divina, a moral e a ética que dele derivavam.

Kant, a partir dessas ideias, elaborara o conceito de pessoa como sujeito de direitos universais, anteriores à ordenação estatal. Por causa de sua vontade racional, só a pessoa vive em condição de autonomia, capaz de guiar-se pelas leis que edita para si própria. Por isso, todo homem tem dignidade e, assim, a humanidade como espécie e cada ser humano em sua individualidade são insubstituíveis, não têm equivalente. A agregação dos indivíduos sob regras jurídicas faz-se por sua vontade racional, posto que cada um deles, ao mesmo tempo em que se submete às leis da razão prática, é a fonte dessas mesmas leis, de âmbito universal, conforme o imperativo categórico: “age segundo unicamente a máxima pela qual tu possas querer, ao mesmo tempo, que ela se transforme em lei geral”.<sup>20</sup>

Esse é um passo importante na evolução das doutrinas políticas. A crença na sacralidade da pessoa humana e na existência de determinadas regras transcendentais manifestou-se, de diferentes maneiras, ao longo de toda a evolução do pensamento ocidental. O pensamento humanista da modernidade cristã, contudo, ainda que tenha dado nascimento à ideia de “humanidade”, não havia sido capaz de conceber o indivíduo como sujeito dos direitos, mas tão somente como seu beneficiário. Do ponto de vista jurídico, isso tinha consequências importantes: os direitos naturais não eram direitos subjetivos. Daí a expressão “declarações de direitos”, a revelar que os direitos individuais não constituíam uma criação do Estado, porque preexistiam a este, bastando declará-los para que fossem respeitados.

17 KANT, Immanuel. *A paz perpétua e outros opúsculos*.

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

19 Ibidem, livro II, cap. VIII, p. 26.

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

A passagem de uma ordem dada para uma ordem construída, forjada pela ciência moderna, iniciou-se com Descartes no século XVII (*O discurso do método*, 1637; e *Meditações metafísicas*, 1641). Foi levada às últimas consequências por Kant, a partir da nova concepção do homem elaborada por Rousseau, com importantes consequências políticas. O filósofo francês Luc Ferry assim 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 sintéticos”, Kant simplesmente apresentava o problema da ciência moderna, o problema do método experimental, ou seja, saber como se elaboram as leis que estabelecem associações, ligações coerentes e esclarecedoras entre fenômenos nos quais a ordenação não é mais dada, mas deve ser introduzida por nós, de fora.<sup>21</sup>

A primeira das consequências políticas acima aludidas vincula-se à capacidade humana de formular “juízos sintéticos” (como Kant havia exposto em *A crítica da razão pura*), o que lhe confere um lugar sem precedentes na história das ideias e das instituições políticas, posto que a ele cabe, pela razão, dar sentido e coerência ao mundo. A segunda consequência é resultado da ideia de que a virtude reside na ação desinteressada e, simultaneamente, universal – presente no imperativo categórico kantiano –, noção que estará 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 iluminista 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.



## DISCUTINDO CONCEITOS – I

### A teoria dos direitos naturais e os movimentos políticos

A teoria dos direitos naturais foi a principal matriz dos movimentos políticos do fim do século XVIII e do século XIX, dos revolucionários aos liberais, aos republicanos e aos socialistas, com diferentes matizes.

Nessa matriz teórica podem ser identificadas duas vertentes filosóficas: a individualista e a social. A individualista, de concepção kantiana – dado que os fins da atividade moral do homem são ditados pela sua própria razão –, compreende os direitos naturais em termos de uma visão dessacralizada e laicizada dos direitos naturais, na qual são enfatizadas as relações entre os direitos humanos e a sociedade. Na vertente individualista, o problema da limitação do poder do Estado – e da consequente expansão dos direitos do homem – estava em identificar a esfera de atuação autônoma do indivíduo, para melhor garantir o desenvolvimento de sua vida privada e, ao mesmo tempo, limitar reciprocamente a atuação de todos em benefício da liberdade comum.

Os dois postulados conduziram, inevitavelmente, à teoria liberal dos direitos humanos, pela qual se reconheceram a primazia dos direitos sobre o Estado e a correspondente obrigação deste na garantia daqueles direitos. Já para a vertente social, os direitos do homem são uma construção social e não um dado da natureza. Essa visão, tributária das ideias 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 sem perda da sua referência individualista.

## 2. O liberalismo

As palavras *liberal* e *liberalismo* merecem algumas qualificações preliminares.

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 Locke e os federalistas, Montesquieu e Benjamin Constant, significa império da lei e Estado constitucional; nessa acepção, seu sentido se articula em torno da liberdade como liberdade política e não de livre comércio ou de livre merca-

do. Aí se revela a intenção de limitar o poder do monarca, de rever as estruturas políticas do absolutismo, intenção também manifestada nas treze colônias britânicas da América do Norte com o intuito de promover, com a sua independência, a afirmação de um governo democrático. O adjetivo liberal, por conseguinte, designa a qualidade de ser adepto da liberdade política; sua marca está nesse traço, realçada pelo fato de o liberalismo político ser anterior ao liberalismo econômico.

### 2.1. A doutrina liberal clássica

A doutrina liberal clássica compreende um conjunto de princípios e proposições articulado em torno da liberdade, valor supremo da vida humana. Em termos gerais, prega a realização dos direitos individuais, a garantia da propriedade privada e da mais ampla liberdade de escolha, tanto política como civil e econômica, seja em relação à ação repressiva do Estado ou da Igreja, seja em relação aos vínculos corporativos tradicionais.

A ideia de liberdade é correlata à de individualismo. A noção positiva do indivíduo, nascida com o cristianismo, aprimorada no Renascimento e valorizada pelo protestantismo e pelo direito natural moderno, ganha foros de liberdade individual, para o cidadão e para a nação, vis-à-vis à sociedade política. O individualismo do cidadão supõe a sua emancipação das estruturas tradicionais, o da nação, a diferenciação dos estados entre si, tanto em razão de suas específicas manifestações socioculturais quanto de suas missões particulares. 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 experiência revolucionária francesa e americana, do racionalismo jurídico alemão. Seus fundamentos foram desenvolvidos por diversos pensadores (como 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.<sup>22</sup> Os valores e princípios que orientaram a criação dos Estados Unidos da América, por exemplo, são a expressão dessa doutrina,

<sup>22</sup> Cf. DALARI, op. cit., p. 278.



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

Do ponto de vista filosófico, a doutrina liberal distanciou-se do jusnaturalismo tradicional, de base teológica, e aproximou-se do empirismo, corrente que pregava ser todo o conhecimento produzido pela observação dos fatos e pela experiência sensível. Metodologicamente, se o jusnaturalismo tradicional explicava a ordem natural do universo de forma apriorística, com fundamento na vontade divina, o empirista a elucidava por via de dados empíricos. Com isso, estimulou a mentalidade pragmática e a solução de problemas filosóficos e científicos por via de modelos indutivos, construídos para a compreensão racional dos diversos fenômenos naturais e sociais e de suas respectivas lógicas de funcionamento.

Nesse sentido, o conceito de lei formulado por Montesquieu em *O espírito das leis* – “as leis, na mais ampla acepção, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas”<sup>23</sup> – é paradigmático. Sendo as leis relações necessárias que derivam da natureza das coisas, como o comprova certa uniformidade de modos e formas de organização política, não exprimem a vontade divina nem um dever ser absoluto e imutável, mas o resultado de variáveis tais como localização geográfica, o clima, as dimensões do Estado, as relações sociais etc. Esse é o “espírito das leis”. Assim, além de romper com a tradicional submissão do direito à teologia, submeteu as instituições políticas às leis que derivam das próprias relações políticas.

Do ponto de vista do direito, o liberalismo se associa ao constitucionalismo. E, se pregava a racionalização jurídica do poder do Estado, era, portanto, inevitável, que também pregasse a racionalização das normas jurídicas, tanto formal quanto materialmente. Ambas as ideias desembocam no constitucionalismo, 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 racionalização do conteúdo jurídico, ou seja, a sua fundamentação segundo alguns princípios materiais que se pretendem imutáveis (a liberdade política,

econômica, civil e da propriedade privada), que procedem do direito natural racional. O que há de novo na proposta liberal é o fato de tais técnicas jogarem a favor da construção de uma estrutura unitária do poder do Estado, na qual se inclui um sistema jurídico sem lacunas que garanta certeza e segurança: o *Rechtsstaat* alemão, já mencionado, é exemplo paradigmático dessa concepção.

### 2.1.1. A liberdade política

A liberdade política, em particular, é a força motriz da doutrina liberal clássica. Fiadora de todas as demais liberdades (religiosa, de propriedade privada, de expressão, de profissão, econômica etc.), significa: a) a ausência ou a eliminação das relações de coerção; b) a proteção contra o poder arbitrário e ilimitado. Entendida por G. Sartori como “independência em relação a”,<sup>24</sup> é uma “liberdade protetora ou defensiva”,<sup>25</sup> reveladora do antagonismo em relação ao Estado, tradicional inimigo das liberdades. As exigências de laicidade do Estado e do ensino, do fim do corporativismo e dos privilégios feudais, assim como a afirmação do livre mercado, são consequências lógicas desse ideário.

Mas, para que houvesse efetiva liberdade política, eram necessárias determinadas garantias políticas e jurídicas que possibilitassem ao cidadão resistir – ou, pelo menos, opor-se – ao poder do Estado, que, caso contrário, o dominaria. Evidentemente, tais garantias não poderiam ser buscadas na pessoa do governante, mas na obediência à lei. A igualdade perante a lei, sob o Estado de Direito e a criação de formas de representação política que assegurem, no Parlamento, a elaboração da própria lei, sintetizam as condições básicas da liberdade política, à qual se adicionam as demais liberdades para a garantia da possibilidade de escolha.

Locke<sup>26</sup> sintetiza: “[...] onde não há lei não há liberdade”, reafirmando mais explicitamente: “[...] a liberdade dos homens sob governo importa em ter regra permanente a lhe pautar a vida, comum aos demais membros da sociedade, e feita pelo Poder Legislativo estabelecido em seu seio [...]”.<sup>27</sup>

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

23. *O espírito das leis*, livro I, cap. I.

24. Cf. SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada – as questões clássicas*, p. 68.

25. *Ibidem*, p. 64.

26. Cf. *Segundo tratado sobre o governo civil*, cap. VI, n. 57.

27. *Ibidem*, cap. IV, n. 22.



licidade os fins últimos do homem, o ideal é aproveitar essa tendência em benefício da sociedade. Trata-se de um liberalismo utilitário, no qual o direito, pelas leis positivas, deve ampliar as condições de felicidade da maioria, “maximizando” o prazer e “minimizando” o sofrimento (termos cunhados por Bentham). A norma, portanto, longe de ser exterior ao agente, é conjuntural e mutável, pondo em xeque a ideia do contrato original e do direito natural.

A concepção filosófica do utilitarismo do ato e do utilitarismo da norma, portanto, reside na ideia de que tais atos e normas encontram sua justificação moral no valor de suas consequências. O pensador inglês John Stuart Mill, adiante comentado, também compartilha desse sistema de ética normativa de concepção ético-política.

Tal concepção é altamente competitiva, visto que estimula a máxima realização individual, a meritocracia, enfim, como forma de selecionar elites naturais e espontâneas e impedir a mediocridade da massa. Subjacente a esse entendimento, encontra-se a crença no desenvolvimento da sociedade a partir da dialética política e de valores que a informam, o que nos revela a dinâmica dessa doutrina.

Essa é a visão de mundo que influencia a obra de Adam Smith, particularmente *A riqueza das nações* (1776), marco da análise científica dos fenômenos econômicos e fonte dos paradigmas teóricos da economia política clássica. Em linhas gerais, Smith propugna que os fenômenos econômicos são a manifestação de uma ordem natural a eles subjacente, regida por leis próprias e objetivas, cuja fonte é um sistema de relações causais (denominado sistema econômico); com tal elaboração teórica, Smith propicia a elevação da economia à categoria de ciência.

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

É preciso acentuar, porém, que para Smith o papel do Estado não é tão “mínimo”, por assim dizer. Além da manutenção da lei e da ordem, da proprie-

<sup>31</sup> Cf. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*, 2001, p. 127.

dade e da defesa nacional, deveria garantir à sociedade determinados serviços, como saúde pública, saneamento básico, educação etc., que não são atraentes ao setor privado. Logo, podemos deduzir, do pensamento de Smith, uma relativização do *laissez-faire*, que tanto nos revela o reconhecimento explícito das contradições de classe e a preocupação com os economicamente desprotegidos como os limites da justiça social à liberdade econômica. Os utilitaristas, de modo geral, entendiam que a prometida maximização do bem-estar público implicava, em certa medida, a reversão do papel não intervencionista do Estado para uma espécie de intervenção benigna, em áreas que garantissem a manutenção do sistema, como foi o caso da educação pública e da saúde.

### 2.3. A democracia liberal

Não se pode desvincular a doutrina liberal da democracia representativa do século XIX e início do século XX. No pensamento liberal clássico, a liberdade política, expressa pela participação dos cidadãos no Legislativo, era a única forma de assegurar as demais liberdades. Logo, um Estado que tinha por finalidade garantir as liberdades individuais contra o poder político exigia, necessariamente, participação de indivíduos e grupos nas definições políticas. Mas, a despeito dos princípios da supremacia da vontade popular, da garantia da liberdade e da igualdade de direitos que a fundamentavam, a participação dos cidadãos foi limitada por via do voto censitário. Em verdade, não só a participação política era restrita; o próprio sentido da política também o era, seja porque 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 existência dos poderosos e dos fracos no mercado político e social.<sup>32</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

<sup>32</sup> *Dicionário de política*, p. 694.



manifestar acerca de decisões políticas previamente tomadas. É a Tocqueville, sobretudo, que deve ser creditada essa construção. Segundo o pensador francês, a democracia liberal era a garantia da possibilidade de gozar de direitos iguais. No seu entender, aí residia a razão do sucesso da democracia americana. A liberdade democrática era, assim, uma liberdade de direitos, uma convenção moral que o homem reivindicava para a defesa de compromissos.<sup>31</sup> Da perspectiva dos menos afortunados, ser livre não significava, simplesmente, poder ser livre nos termos acima apontados.

John Stuart Mill apresenta uma conciliação possível entre democracia e liberalismo por via da ideia de participação: votar, fazer parte da vida comunitária e do júri constituía o germe do desenvolvimento político, o que também levaria à maximização de benefícios. Na visão de Mill, ademais, o sistema representativo, juntamente com a liberdade de expressão, a de imprensa e a de associação, garantiria que o poder do Estado fosse viado e controlado (o que revela certa desconfiança em relação à autonomia dos representantes). Na obra de Mill, em particular em *Sobre a liberdade* (1859) e *O governo representativo* (1861), há uma clara associação entre liberdade e representação, que parte do pressuposto de que a participação política não pode ser privilégio de poucos. Assim, pode-se acompanhar, no desenvolvimento de sua obra, um esforço consistente no sentido de responder às demandas do movimento operário inglês e a apresentação de propostas de reforma do sistema eleitoral inglês que vão da universalização do sufrágio à emancipação da mulher, passando pela criação de instrumentos de contestação pública que caracterizarão a nova ordem política derivada 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, deveria haver um terceiro grupo cujos votos teriam maior peso, de forma a atuar como fiel da balança). Segundo Mill, a única forma de preservar a liberdade 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 indispensáveis à maximização das vantagens coletivas a educação pública (gratuita, para os que não pudessem pagar) e o voto, ambos universalizados e associados a

33 Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*, 1987.

um complexo sistema de votação plural, o que reduziria a ameaça de tirania pela maioria.<sup>14</sup> O que há de importante nesse fato é a atribuição de uma natureza pública à educação, consequência lógica do iluminismo e da necessidade social de habilitar os indivíduos para atuar na sociedade em que viviam como eleitores esclarecidos e trabalhadores qualificados.

A democracia trouxe interpretações a respeito da forma e da extensão da participação popular em termos de representatividade, sistemas eleitorais e partidários. Em verdade, o advento da democracia trouxe novos desafios para o liberalismo. O foco político deslocou-se das estruturas políticas, jurídicas e institucionais do Estado para a definição do âmbito de participação eleitoral. Além disso, havia a dificuldade de ser conciliado o individualismo com a participação política coletiva por meio de partidos ou associações.

## 2.4. Efeitos

A doutrina liberal produziu fortes impactos na ordem social, jurídica e política do século XIX e início do século XX. De diversas maneiras, estimulou a autonomia da sociedade, a transformação da organização social, a democracia representativa, a revisão das instituições políticas, a racionalização jurídica do Estado e sua estruturação como Estado-Nação. O Estado de Direito, o reconhecimento de direitos públicos subjetivos, o sistema parlamentarista ou o sistema presidencialista, por exemplo, são instituições tipicamente liberais. Em diferentes formas e graus e em momentos distintos, conforme a evolução política, essa doutrina alcançou as Américas e países que sofreram influência britânica (Austrália, Nova Zelândia, Índia, Canadá etc.).

Embora os traços acima indicados sejam comuns às diversas manifestações 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

<sup>34</sup> Op. cit., p. 118 e segs. e 122 e segs.



da soberania popular, de tal forma que é rejeitada toda e qualquer mediação entre o indivíduo e o Estado. Onde, como na Alemanha, uma sociedade estruturada em classes demonstra ainda uma notável vitalidade, o liberalismo estrutura uma concepção orgânica de Estado [...].<sup>35</sup>

Do ponto de vista social, propiciou o surgimento do proletariado e tornou conservadora a classe dominante (que já fora revolucionária), favorecendo 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 o fez para o proletariado, dando causa à injustiça social e ao surgimento de movimentos socialistas, que culminam com a afirmação do Estado social no século XX.

Do ponto de vista jurídico, a construção teórica da segurança e da certeza postuladas pela dogmática jurídica, a despeito de ter legalizado a atuação do Estado, impediu a elaboração de qualquer teoria jurídica mais consistente de limitação do poder estatal, uma vez que o Estado produzia o próprio direito que o limitava. A racionalização do poder foi uma das contradições mais profundas na dialética do Estado moderno: visando a limitar o poder do Estado, tanto deu ensejo aos regimes totalitários quanto à superação dos fundamentos 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 razões, como já dissemos, o Estado liberal foi denominado “Estado burguês de direito”, “Estado gendarme” (Kant), “Estado guarda noturno” (Ferdinand Lassalle), “Estado legislativo” (Carl Schmitt) etc. Por outro lado, por força da ampliação de direitos eleitorais, aumentou a intervenção do Estado em áreas sociais, anteriormente interditadas à sua ação.

35 ROBBIO, 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 igual e separada a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação.

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

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

Na realidade, a prudência recomenda que não se mudem os governos instituídos há muito 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 desagrar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas, quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assiste-lhes o direito, bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos guardiães para sua futura segurança.

Tal tem sido o sofrimento paciente dessas colônias e tal agora a necessidade que as força a alterar os sistemas anteriores de governo. A história da atual rei da Grã-Bretanha compõe-se de repetidas injúrias e usurpações, tendo todas por objetivo direto o estabelecimento da tirania absoluta sobre estes Estados [...].<sup>36</sup>

36 ARMITAGE, David. *Declaração de independência – uma história global*, 2007, p. 139.



## As instituições políticas e jurídicas do Estado de Direito

### 1. O QUE SÃO INSTITUIÇÕES POLÍTICAS E JURÍDICAS?

A noção de *instituição* remete à ideia geral de *ação ou empreendimento que se realiza e se mantém no meio social*. Nesse sentido, a palavra *instituição* pode ser aplicada a diversos fenômenos e condutas, públicas e privadas. A família, por exemplo, é uma instituição, assim como o Estado, a Igreja e as organizações políticas também o são.

Quando se trata de definir o que é uma *instituição política*, a noção se torna mais precisa: diz respeito a *ações ou empreendimentos que envolvem controle, influência, poder ou autoridade em relação à atividade do Estado*.<sup>1</sup> Exemplos traduziram-se num complexo sistema de controles legais do poder estatal, base sobre a qual se afirmou o Estado de Direito; compõem esse sistema, entre outras instituições políticas, cuja pedra angular é a supremacia da Constituição, as técnicas de separação de Poderes e as declarações de direitos. As instituições políticas, portanto, constituem a estrutura do poder político; são padrões que garantem a repetição de determinados comportamentos e o desenvolvimento regular e ordenado do poder.

*Instituição jurídica*, por sua vez, é conceito técnico que indica a *personalificação e a organização jurídicas de um fenômeno social ou político*, o que lhe 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 torno da

<sup>1</sup> Cf. DAHL, Robert. *Modern political analysis*, 1991, p. 4.

instituição as diferentes regras jurídicas – civis, criminais, administrativas, fiscais etc. – que a afetam, de forma a congregar, num mesmo complexo, todas as suas facetas jurídicas.

O conceito de instituição alcançou tanto o direito privado quanto o direito público. Elaborado pela doutrina francesa, sobretudo por Maurice Hauriou, em reação ao uso abusivo da noção de contrato no século XIX, beneficiamos do desenvolvimento da teoria da personalidade jurídica em ambos os ramos do Direito. Para a doutrina da instituição, a personalidade jurídica – sendo um atributo que a ordem jurídica outorga a determinados entes – remete à ideia de trabalho ou empreendimento que se realiza e se mantém juridicamente no meio social, em oposição à ideia de contrato, “que não é feito para durar” como pontuava Hauriou.<sup>2</sup>

No campo do direito público, contudo, o conceito de instituição tem significação mais ampla: refere-se tanto ao conjunto de normas de uma sociedade estatal, quanto aos entes coletivos e aos órgãos do Estado. Nesse sentido, são instituições jurídicas o próprio Estado, a Constituição e, também, a República, o Parlamento, a Presidência da República, o Judiciário, os partidos políticos etc.

Na doutrina clássica do Estado de Direito, a separação de Poderes, as declarações de direitos e o constitucionalismo são as instituições que primariamente estruturaram o Direito e a Política.

### 2. A SEPARAÇÃO DE PODERES

Se os homens fossem anjos, não seria necessário governo algum. Se os homens fossem governados por anjos, o governo não precisaria de controles externos nem internos. Ao moldar um governo que deve ser exercido por homens sobre homens, a grande dificuldade reside nisto: é preciso capacitar o governo a controlar os governados e em seguida obrigá-lo a se controlar a si próprio.<sup>3</sup>

O parágrafo acima, redigido por James Madison, no Artigo federalista n. 11, nos mostra o entendimento dos homens do final do século XVIII a respeito da limitação do poder estatal. É sintomático que a Constituição de Massachusetts, de 1780, e a Constituição americana, de 1787, estejam entre as primeiras a adotar a teoria da separação de Poderes, juntamente com a Declaração Francesa de 1789 e as Constituições francesas de 1791 e 1795 (na Constituição francesa de 1793, a teoria não foi adotada).

<sup>2</sup> Cf. HAURIU, Maurice. *Principes de droit publique*, p. 126.

<sup>3</sup> Os artigos federalistas, p. 350.



Platão (*As leis*, primeira parte), Aristóteles (*A política*, cap. XI) e Políbio (*História*, Livro VI) teorizaram a respeito das vantagens dos governos moderados e da divisão de funções governamentais; ao lado de Oliver Cromwell (*Instruments of government*, 1643), todos podem ser considerados precursores daquela teoria. Mas foi John Locke quem desenvolveu a manifestação teórica mais consequente a respeito da limitação do poder estatal, com influência na estruturação das instituições britânicas, na Constituição norte-americana e no movimento liberal europeu do século XIX.

A obra de Locke (*Dois tratados sobre o governo civil*) – talvez o primeiro sinal da tendência à limitação do poder pelo poder que se afirmaria nos séculos seguintes, – fixou as bases teóricas da supremacia do Parlamento nos séculos seguintes, caracteriza o *Rule of Law* britânico, e a distinção entre o poder constituinte, e os poderes por ele constituídos – o Legislativo, o Executivo e o Federativo.

Sua doutrina, de extração jusnaturalista e contratualista, reconhecia a titularidade do poder supremo àqueles que criavam uma sociedade política estatal, punição inerentes à sua condição humana. A criação da sociedade política não tinha outra finalidade senão instituir um governo destinado a elaborar as leis a que se submetiam de comum acordo, nelas incluídas as destinadas a regulamentar 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 leis e atua com certo grau de discricionariedade (denominado prerrogativa) para suprimir as lacunas da lei. A liberdade é consequência da lei, que é a lei da razão. 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 externos; 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 Legislativo estivessem reunidos no mesmo órgão. Seria uma “tentação muito forte para a fragilidade humana, tão sujeita à ambição, confiar aos que têm já o poder de fazer as leis o de fazê-las executar”. Diversamente, Executivo e Federativo 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

lei, considerando que sua atividade não se reduzia à aplicação das leis. Tal liberdade de ação, no direito inglês, se denomina prerrogativa.<sup>4</sup>

Montesquieu, anos depois, motivado pelo desejo de compreender as causas de estabilidade e instabilidade dos governos – o que implicava entender as razões da decadência da monarquia francesa – expõe, em *O espírito das leis*, os desdobramentos políticos dessa teoria.

Após analisar a natureza e os princípios dos governos republicano, monárquico e despótico (as três formas que compõem a sua tipologia de governos moderados poderiam gerar estabilidade. Era imperativo, portanto, encontrar os mecanismos institucionais que a garantissem).

Inspirado pelo modelo inglês de limitação dos poderes, centrado na supremacia do Parlamento e na fórmula *King in the Parliament*, sua tese é a de que só o poder contém o poder, do que deduz que as funções básicas de governo – legislar, declarar a guerra e a paz, garantir a segurança, julgar, executar leis internas etc. – não deveriam estar concentradas nas mesmas mãos, mas divididas e equilibradas harmoniosamente entre diferentes órgãos que, sem usurpar funções uns dos outros, pudessem, reciprocamente, se limitar.

A mecânica da limitação resulta, engenhosamente, da combinação, em cada um dos poderes, de competências originárias de decisão (*faculté de statuer*) e veto (*faculté d'empêcher*) em relação à atuação dos demais, de tal forma que nenhum deles detenha poderes absolutos ou superiores. Isso não significa, entretanto, uma separação drástica de poderes; antes demonstra, ao descrever o governo inglês, que há 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 Executivo, conforme observara na Inglaterra. As funções de fazer as leis, modificá-las ou revogá-las são de competência do Poder Legislativo; já as funções de executar as leis e as de executar as coisas que dependem do direito civil (poder de julgar, executando as leis internas, com natureza de funções judiciais) 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 administrativo 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 classe

<sup>4</sup> Parte I, Capítulo V, item 1.5.



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

Louis Althusser,<sup>5</sup> em análise à obra de Montesquieu – que, diga-se de passagem, jamais empregou a expressão “separação de Poderes” – demonstra que a ideia de que cada poder tem uma esfera própria, assegurada por instituições rigorosamente distintas umas das outras, não se sustenta. Segundo demonstra, a divisão de competências e controles que Montesquieu preconizou, assim como as recíprocas e mútuas interferências exercidas entre Executivo (rei e ministros), Legislativo (nobres na câmara alta e povo na câmara baixa) e Judiciário (“poder invisível e nulo”, “exercido por pessoas retiradas do seio do povo”, que apenas lê e diz a lei), remetem, tão somente, a dois poderes – o Executivo e o Legislativo, inobstante a existência de três forças políticas, reais e efetivas: o monarca, a câmara alta e a câmara baixa.

De fato, no modelo inglês, os poderes não se apresentam tão separados e independentes como ocorre no presidencialismo. Madison percebe essa característica, da qual se serve para acentuar a viabilidade da instituição de mecanismos de compensação entre os poderes na Constituição, em razão de sua interdependência.

Na interpretação americana da teoria da separação de Poderes de Montesquieu, a fórmula de especialização e a limitação recíproca dos poderes do Estado – tal como prevista nos três primeiros artigos da Constituição – sintetiza-se no “sistema de freios e contrapesos” (*checks and balances*), definido por Thomas Jefferson como aquele em que “os poderes estão de tal forma repartidos e equilibrados entre os diferentes órgãos que nenhum pode ultrapassar 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 faz as 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 prevista na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, apresentou características específicas que a distinguem da formulação ameri-

<sup>5</sup> Montesquieu, *la politique et la histoire*, 1959.

<sup>6</sup> Apud CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*, p. 195.

cana. Embora também tenha sido empregada como técnica de limitação do poder do Estado, os revolucionários não se preocuparam com o equilíbrio entre os Poderes ou com a limitação do poder pelo poder.

Em realidade, a separação foi levada às últimas consequências, no sentido de que cada poder tornou-se individualmente soberano, por delegação da Nação. A justificativa política centrou-se na concepção unitária e indivisível do poder soberano, que, de plano, impedia qualquer “divisão” do seu conteúdo. É o que foi expresso na Constituição de 1791, Título 3º, da seguinte maneira: “A soberania é uma, indivisível, inalienável e imprescritível. Pertence à Nação; nenhuma seção do povo, nenhum indivíduo pode atribuir-se-lhe o exercício”.

Inspirados em Rousseau, que afirmava, em *O contrato social*, ser a separação de Poderes, com prevalência do Legislativo, o resultado lógico do contrato social e da vontade geral (da qual a lei é a expressão), os jacobinos visavam afirmar o poder soberano do povo. O Executivo, por consequência, ao assegurar a execução das leis, atuaria como simples emanção do Poder Legislativo. Tal concepção afasta-se da inglesa e da americana, e mesmo da de Montesquieu. Além de revelar a concepção unitária do poder que prevaleceu entre os governantes, levou à rígida distinção das autoridades (Constituição de 1791) e à subalternização do Executivo ao Legislativo (Constituição republicana de 1793).

No século XIX, outras manifestações teóricas, como a de Benjamin Constant (*Esquisse d'une Constitution*, 1814), propõem variações desse padrão. Nesta, propugna-se a divisão das funções do Estado em quatro, e não três Poderes. Adiciona central é a da harmonização das funções dos três Poderes tradicionais, mediante a atuação do chamado poder moderador (o quarto poder) que, para tanto, deveria ser dotado de força diversa e superior aos demais, de forma a prevenir e solucionar eventuais conflitos entre eles. De marcantes traços absolutistas, tal concepção foi adotada, com exclusividade, pela Constituição Imperial do Brasil de 1824 e pela Constituição portuguesa de 1826.



## 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 prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando essas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre essas partes que provêm as suas. O primeiro desses poderes é o que delibera sobre os negócios do Estado [o poder deliberativo]; o segundo compreende todas as magistraturas ou poderes constituídos, isto é, aqueles de que o Estado precisa para agir, suas atribuições e maneira de satisfazê-las [o Poder Executivo]. O terceiro abrange os campos de jurisdição [o Poder Judiciário],<sup>7</sup> segundo Aristóteles.<sup>8</sup>

## 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 federalista*, 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 tirânica de todos os poderes de governo nas mesmas mãos".<sup>9</sup>

A solução: "[...] A única resposta que pode ser dada é que [...] deve-se sanar a falha 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 outras nos seus devidos lugares".<sup>10</sup>

A grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço, porém, consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros. As medidas de defesa devem, nesse caso, como em todos os outros, ser proporcionais aos perigos de ataque. A ambição deve poder contra-atacar a ambição. O interesse do homem deve estar vinculado aos direitos constitucionais do cargo.<sup>11</sup>

### 2.1. A separação de Poderes como técnica de limitação do poder político na atualidade

Evidentemente, a realidade político-institucional dos Estados contemporâneos é muito mais complexa que a das revoluções americana e francesa, e mesmo que as do século XIX e a da primeira metade do século XX. Demos- trando os Estados, estenderam-se as finalidades dos Estados, em face da criação de direitos fundamentais, mudaram as instituições político- jurídicas. A teoria clássica da separação de Poderes, nessa evolução e o sistema jurídico. A teoria clássica da separação de Poderes, nessa evolução, teria deixado de atender aos seus objetivos originais de limitação recí- proca dos poderes do Estado, em benefício da liberdade do cidadão?

Sem dúvida, sim, muito embora não se possa dizer que a teoria clássica tenha sido inteiramente superada. Uma primeira explicação para essa cons- tatação reside na hipertrofia do Executivo, observada na maioria dos Estados desde o início do século XX, em razão da ampliação de suas funções, entre as quais se inclui uma vigorosa atuação normativa, em detrimento da atividade parlamentar. Justificam essa alteração do equilíbrio entre os poderes, na maior parte dos casos, o fato de que as funções do Poder Executivo, diante das necessidades impostas pelo desenvolvimento social e tecnológico, demandam celeridade e eficiência na implementação de medidas e políticas públicas adequadas às exigências de seu meio, sendo certo que o tempo da decisão par- lamentar, sujeito a dilatações provocadas por debates, audiências e normas pro- cedimentais complexas, não é compatível com tais demandas.

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

11 Op. cit., p. 50.

7 Op. cit., p. 115.

8 A política, Livro III, cap. X, p. 113.

9 Op. cit., p. 342.

10 Op. cit., p. 345.



plo, cujas atividades ganham proeminência sem se enquadrarem em nenhum dos poderes clássicos.

Da mesma forma, a instituição de tribunais administrativos em vários Estados Europeus, assim como do *ombudsman*, de inspiração sueca, função destinada a informar a Administração Pública a respeito de determinados fatos ou situações que causam ou podem causar eventuais abusos em relação ao cidadão, são modalidades de controle do Executivo por seus próprios órgãos.

A propósito, é preciso lembrar que a noção de responsabilidade do Estado evolui na mesma medida em que a democracia se afirmou na grande maioria dos Estados, com o que, além da esfera judicial clássica, a recomposição de direitos também passou a se incluir na esfera das atribuições do Executivo. Essa possibilidade é particularmente visível no campo dos direitos humanos, em situações de indenização material por danos devido a violação de direitos por parte de agentes do Executivo, no exercício de suas funções.<sup>12</sup>

Ainda há problemas que derivaram da própria democratização dos Estados. A multiplicação de partidos políticos e a correlata necessidade de combater as posições na arena política, num cenário de forte prevalência do Executivo no legislativo, fortalecido pelas competências presidenciais no processo legislativo, que se traduzem, no caso brasileiro, na edição de leis delegadas (Constituição Federal, arts. 59 e 68, IV) e de medidas provisórias (Constituição Federal, arts. 62 e 84, XXVI). Em sistemas políticos com essas características, importante é a eleição do presidente da República; os demais espaços de participação pública – inclusive o Parlamento – são irrelevantes ou, pior, perfeitamente dispensáveis, sendo a legitimidade do poder, em última análise, 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 aplicação prática. G. Burdeau (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1977), prevê uma “função governamental”, abrangendo o poder estatal que atua de modo incondicionado para introduzir algo novo no mundo jurídico, e a “função executiva”, com poder condicionado, derivado e secundário ante a observância de uma regra preexistente. Esse modelo, conforme anota Odette Medaunar, pretende afastar a oposição entre legislação e governo.<sup>13</sup> 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 humanos*. 2012.

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

Executivo e do Legislativo; a execução da decisão, ou *policy execution*, do Executivo e do Judiciário; o controle político, ou *policy control*, que é a possibilidade de exigir responsabilidade política, do Legislativo e do Judiciário.<sup>14</sup>

Por outro lado, diante da intensa internacionalização dos Estados, a teoria da separação de Poderes, concebida para atuar dentro dos territórios nacionais, também perde terreno, uma vez que o equilíbrio de poder na ordem internacional, a fim de conservar, para os diversos Estados isolados ou reunidos em blocos regionais, uma margem adequada de ação e decisão, é feito pelo direito internacional ou pelos compromissos que os Estados assumem. Sintomaticamente, é também no plano internacional que aplicações *sui generis* da teoria da separação dos poderes vêm sendo adotadas. É o caso da União Europeia que, mesmo adotando a trilogia das funções governamentais (executiva, legislativa e judicial), alterou suas funções clássicas, com fundamento no princípio do igual peso institucional dos órgãos comunitários. Nes- se modelo inovador, reafirmado pelo Tratado de Lisboa, o Poder Legislativo se divide conjuntamente ao Conselho, à Comissão e ao Parlamento Europeu. O poder executivo é exercido pelo Conselho Europeu, pelo Conselho, pela Comissão e pelos Estados-membros; o poder jurisdicional, ao Tribunal de Justiça e ao Tribunal de Contas.<sup>15</sup>

Muito já se discorreu acerca da adaptabilidade das instituições do Estado liberal ao Estado constitucional contemporâneo. De um lado, propugna-se a superação da teoria clássica da tripartição dos poderes, própria do Estado liberal “fechado”, tendo em vista que o Estado social exige um Executivo forte, enquanto o Estado constitucional confere preeminência ao Judiciário no contexto do Estado constitucional de direito, uma vez que aquele, por via de suas Cortes superiores, é o guardião da democracia e da Constituição.

Por outra parte, caso fosse atribuída maior ênfase ao “equilíbrio de poderes” que à sua “independência”, o poder do Estado, considerado no seu conjunto, 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 Cactano:

14 Apud MEDAUNAR, *ibidem*.

15 Disponível em: [http://europa.eu/lishon\\_treaty/glance/institutions/index\\_pt.htm](http://europa.eu/lishon_treaty/glance/institutions/index_pt.htm).



a independência do Judiciário é princípio fundamental nos Estados que adotam os princípios do Estado de Direito, os parlamentos continuam a ser o locus onde as minorias expressam os seus pontos de vista e contém a ação da maioria e do governo, e se a contraposição Legislativo-Executivo se dilui, foram encontradas outras formas de fiscalização do Executivo, por via da atribuição de facilidades fiscalizatórias especiais a certos órgãos, como o Tribunal Constitucional.<sup>16</sup>

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

a) a rígida distinção entre administração e política, decorrente da rígida separação de Poderes; b) a supremacia do Legislativo e da lei, à submissão da Administração à lei; c) a elaboração de um ramo jurídico específico para disciplinar a administração da Administração.<sup>17</sup>

### 3. AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS

As primeiras Declarações de Direitos, documentos jurídicos que enunciam o núcleo irredutível dos direitos de liberdade a ser preservado na vida em sociedade, são produto do pensamento jusnaturalista do século XVIII. As Declarações dos Estados da Virgínia, Pensilvânia e Maryland (1776), a Declaração de Independência Americana de 1776, a Constituição Americana de 1787 (e suas nove primeiras emendas) e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, incluem-se nesse conjunto.

A diferença entre estas e outros documentos relativos a injustiças ou desmandos dos governos reside, em primeiro lugar, na afirmação da autoevidência dos direitos naturais, inerentes a todos os seres humanos, daí se deduzindo sua igualdade e universalidade. Logo, não precisavam ser criados, bastava declará-los em documentos solenes para que ganhassem conteúdo político. Apesar das diferenças de linguagem, em todas as Declarações do século XVIII 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 e entre eles e o Estado, exigindo participação ativa de quem os detém. Além disso,

16. *Ciência política*, p. 206.

17. *Op. cit.*, p. 123.

os são os primeiros documentos nos quais a garantia da autonomia individual estende-se expressamente ao conjunto de cidadãos, e não apenas a determinadas classes ou conjunto de cidadãos.

O preâmbulo da Declaração de Independência Americana e os dois primeiros artigos da Declaração Francesa proclamam expressamente esse entendimento. Dizem os americanos: "Consideramos estas verdades autoevidentes que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade". E os franceses:

Art. 1º – Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções só podem fundar-se na utilidade comum.

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

A igualdade, a universalidade e o fundamento natural dos direitos contidos nas Declarações são os elementos que as particularizam, em substância, face a outros documentos assecuratórios de garantias, visando à limitação do poder dos governantes.

#### 3.1. Antecedentes

Ao focalizarmos na história, os momentos em que se discerne alguma convicção acerca de direitos inerentes à espécie humana, é inevitável correlacioná-los à construção da ideia de pessoa, como categoria geral, e à instituição de leis, escritas ou não, como fundamento de autoridade nas sociedades políticas. 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 dignidade 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, *Antígona*, ao se insurgir 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:



Não foi com certeza Deus quem o proclamou (o decreto), nem a justiça com trono entre os deuses infernais que a estabeleceram para os homens. Nem os deuses, visto que és mortal. Pois elas não são de ontem nem de hoje, mas são sempre vivas, nem se sabe quando surgiram.<sup>18</sup>

Embora as leis escritas fossem consideradas pelos atenienses o único antidoto para o exercício arbitrário do poder, a menção de Sófocles acerca de leis não escritas tem o sentido de lembrar que há normas costumeiras ou tradições religiosas que a todos se impõem, acima e além da autoridade constituída. Fátima Comparato, a propósito dessa extraordinária passagem, observa que a tradição de lei não escrita para os gregos em geral era ambígua, podendo designar tanto o costume juridicamente relevante como leis religiosas, mas seja como for, sua natureza geral e abstrata permitia que fossem estendidas além dos limites da cidade.<sup>19</sup>

Paralelamente à evolução filosófica dos direitos humanos, outros documentos políticos, sem qualquer intuito de reconhecê-los ou garanti-los, estabelecem restrições ao poder dos governantes. Entre aqueles que se incluem na proto-história dos direitos humanos estão, por exemplo, as Declarações das Cortes de Leão, de 1188, vigentes em região que seria posteriormente incorporada ao Reino da Espanha. Ao estabelecerem a inviolabilidade do clero e o *habeas corpus*, as Declarações tiveram por objetivo garantir algumas liberdades a determinados estamentos (a nobreza, o clero, as corporações ou, ainda, algumas cidades). Mas não o fizeram para o conjunto do povo; consistiram, simplesmente, num rol de obrigações pessoais do governante 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 alguns 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

18 Cf. SÓFOCLES, *Antígona*, 1999, p. 35-6.

19 A afirmação histórica dos direitos humanos, p. 13.

terra que considerassem necessária. A renovação da Magna Carta produzida por Edward Coke, por meio da *Petition of Rights* de 1628, conservou a reser-va de titularidade original. O *Bill of Rights* (1689) é que vem a ser a primeira garantia institucional e geral, e não privilégio, a limitar o poder do soberano. Não declarava, contudo, a igualdade, a universalidade ou o caráter natural dos direitos dos homens.

Somente no século XVIII, a valorização do espírito crítico e a confiança na ciência, por via do Iluminismo, resultaram na concepção racional dos direitos humanos que as Declarações proclamam. Nas palavras da historiadora americana Lynn Hunt:

[...] em algum momento, entre 1689 e 1776, direitos que tinham sido considerados muito frequentes como sendo de determinados povos – os ingleses nascidos livres, por exemplo – foram transformados em direitos humanos, direitos naturais universais, o que os franceses chamaram *les droits de l'homme*, ou “os direitos do homem”.<sup>20</sup>

### 3.2. Direito natural, direitos do homem, direitos da pessoa, direitos da pessoa humana, direitos individuais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, direitos humanos fundamentais e direitos fundamentais

As expressões “direito natural”, “direitos do homem”, “direitos da pessoa”, “direitos da pessoa humana”, “direitos individuais”, “liberdades públicas”, “direitos públicos subjetivos”, “direitos humanos fundamentais” ou “direitos fundamentais” 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 intemporais, 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 direito 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 associado à noção de direitos inerentes à natureza humana, própria do Ilumi-

20 HUNT, Lynn, *A invenção dos direitos do homem – uma história*, p. 20.



nismo; nessa acepção, são direitos em sentido fraco, uma vez que não inseridos no sistema jurídico.

*Direitos fundamentais*, por sua vez, são direitos de categoria especial, consagrados nas Constituições; representam a base ética do sistema jurídico estatal e podem não ter a vigência universal, própria dos direitos humanos. O conceito de direitos humanos, portanto, seria mais amplo e impreciso do que a noção de direitos fundamentais. A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais encontra-se hoje superada, sendo mesmo irrelevante, pois a consideram que a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na fonte internacional ou constitucional da qual derivam, sendo “direitos humanos” apenas os previstos nos tratados internacionais e “direitos fundamentais” os que derivam das Constituições nacionais.<sup>21</sup> A expressão “direito público subjetivo” indica direito em relação ao qual o Poder Público tem obrigação de oferecer (é o caso, por exemplo, do ensino fundamental, na forma do art. 208 da Constituição Federal Brasileira de 1988).

*Direito subjetivo*, a seu turno, consiste em prerrogativa estabelecida de conformidade com regras de direito objetivo, cujo exercício, ou não exercício, depende da vontade de seu titular; o conceito é insuficiente em face dos direitos sociais, econômicos e culturais, assim como em face dos direitos que exigem atuação ativa dos poderes públicos. Designa também direitos níveis ou exigíveis, isto é, quando considerada situação subjetiva de vantagem dotada de eficácia jurídica, permissão concedida pelo direito constitucional positivo ao homem.<sup>22</sup>

*Liberdades públicas* é a expressão oriunda do direito francês, que tem o sentido político de autogoverno, próprio da primeira geração de direitos voltada 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. São também denominados “direitos de personalidade”.<sup>23</sup>

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-

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

22 SILVA, José Afonso da. *Comentários contextuais à Constituição*, 2006, p. 794.

23 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, Parte IV – Direitos fundamentais, 1988, p. 56.

dependem de positivação; basta que se verifique a validade moral da norma que os consagra, assegurada pela justificação racional perante todos aqueles que a aceitam. São *direitos preferenciais*, porque ocupam posição de prioridade no ordenamento jurídico, tendo em vista que os direitos morais importam o direito à proteção por parte do ordenamento jurídico. A garantia e eficácia dos direitos humanos, ademais, têm o mérito de conferir legitimidade à ordem legal vigente. São *direitos fundamentais*: abrangem interesses e capacidades essenciais do homem, e por essa razão desfrutam de prioridade face aos demais direitos contemplados pela ordem jurídica. A essencialidade decorre do fato de a sua violação ou não satisfação importarem morte ou grave sofrimento dos indivíduos ou quando afetarem o seu núcleo essencial de autonomia. São *direitos abstratos*: necessitam de ponderação para sua aplicação, especialmente em caso de conflitos de direitos.<sup>24</sup>

### 1.3. A doutrina dos direitos humanos

Os direitos humanos constituem um conjunto de faculdades, prerrogativas e procedimentos que materializam exigências éticas de comportamento relativas à dignidade da pessoa humana, à inviolabilidade de sua vida e à garantia de sua liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Representam, na expressiva síntese de Hannah Arendt, uma garantia de convivência social pacífica, 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 que a sua violação, ou não satisfação, importa morte, grave sofrimento ou cerceamento do núcleo fundamental da autonomia humana. São, também, relativos: sua identificação acha-se condicionada à mudança das condições históricas, dos carecimentos 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 evoluir 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.



nal pretendeu esgotar o conjunto de direitos ou determinar o seu conteúdo, aceitando a existência de direitos humanos não escritos ou a de faculdades implícitas.

Os direitos humanos só se tornaram um tema político com o fim da Primeira Grande Guerra; até então, haviam sido invocados de forma perfunctória, ou para defender direitos individuais contra o crescente poder do Estado, ou para mitigar a insegurança social, porque não eram considerados direitos de cidadania ou de direitos de nacionalidade.

A concepção do Estado liberal de direito, calcada na supremacia do Parlamento, favoreceu a tal ponto a relativização dos direitos humanos que o Legislativo poderia alterá-los, ou restringir sua garantia a determinados grupos (apátridas e refugiados) nos anos 1920, 1930 e início de 1940. Isso nos demonstra que, malgrado sua positivação, tais direitos eram direitos em sentido fraco, o que, da perspectiva dos apátridas ou dos refugiados, poderia significar direito nenhum.

O ponto revelado dramaticamente pelos apátridas e refugiados é que os direitos humanos foram concebidos para resolver problemas domésticos, no interior dos Estados nacionais. O que se demonstrou nas situações extremas dos campos de extermínio europeus é que a necessidade do *status civitatis* vai muito além da mera repatriação, do direito de asilo, das nacionalizações ou mesmo da reconstrução de Estados.

O mesmo problema se evidenciou de outros ângulos. A corporativização dos direitos humanos pela estatização fascista ou o seu confisco pela funcionalização marxista-leninista, em benefício de um projeto totalitário de sociedade, são exemplos análogos. Autores como Bobbio (1992), Compagna (1999), Ferreira Filho (2002) e Vieira de Andrade (2002) observam que, na passagem do Estado liberal para o Estado social, a despeito de os direitos humanos ganharem em concretude, perderam em universalidade porque ficaram restringidos aos cidadãos, do que resultou, em certa medida, a subversão 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 envolvem necessariamente muito mais do que a (re)construção de instituições e o desmantelamento das forças não democráticas de exercício do poder, quer sejam, em sua essência, autoritárias, corporativas ou coercivas. A democratiza-

ção é um processo complexo, que envolve mudanças sociais, políticas e jurídicas, de tal sorte que o desafio fundamental no período pós-transição é combinar mudanças institucionais à expansão da cultura e práticas democráticas que inclua atores individuais e coletivos.

A doutrina dos direitos humanos fortaleceu esse entendimento, após a criação da ONU; fortaleceu, igualmente, a definição das finalidades dos Estados democráticos e as da ordem internacional, em função da proteção da vida e dignidade humanas, independentemente de nacionalidades. Os Estados, nesse contexto, tornam-se necessários não apenas como instâncias de concretização, mas também como instâncias decisórias para efetivação dos direitos humanos, de tal sorte que a ordem internacional ganha o *status* de espaço público universal, fundado no princípio da igualdade perante a lei.

A concepção contemporânea dos direitos humanos é originária, justamente, da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; seus fundamentos foram confirmados, mais recentemente, pela Declaração dos Direitos Humanos de Viena de 1993.

Desde a segunda metade do século XX, a globalização transportou problemas de direitos fundamentais para o âmbito mundial, confrontando, mais recentemente, as teses do universalismo e do relativismo cultural, do equilíbrio entre unidade e diversidade, e da preservação da diversidade cultural em face do comércio internacional 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 humanos decorre da dignidade humana; daí seu caráter universal. Aproxima-se da concepção jusnaturalista, na medida em que ambas as correntes veem nos direitos humanos um valor intrínseco à condição humana; para os universalistas, contudo, os direitos humanos constituem o *mínimo ético irredutível* 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 dada sociedade. Em síntese, não há universalidade, mas pluralidade de direitos humanos.

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



mo” a indicar as possibilidades de articulação e potencialização mútuas de reconhecimento e redistribuição de direitos.<sup>25</sup>

Hoje não mais se discute acerca da universalidade dos direitos humanos, em relação a titulares e destinatários, de suas características como direitos humanos, variados e abertos. O problema é a efetividade desses direitos, ou de seu caráter acumulativo, o que nos leva a questões de ordem teórica e prática: o que são direitos humanos e como identificá-los? Identificados, qual a forma mais efetiva e legítima de promovê-los?

Na ordem internacional, a questão se mostra mais aguda, posto que o sistema internacional é um sistema mais fraco que o nacional, o que não é novo, já tendo sido enfrentado por Bobbio (1992) e Habermas (1999). O tema internacional de coerção: para Bobbio, seria a criação de um sistema sem como seus autores, o que implica a implementação dos direitos em sentido jurídico-democrático.

No interior dos Estados nacionais democráticos, a situação, embora ditar que os diferentes graus de eficácia da proteção dos direitos humanos são análogos, no plano interno e externo dos Estados. A maior eficácia é a dos direitos civis e políticos que, institucionalizados há mais de trezentos anos, contam com uma série de garantias bem definidas, que variam de um sistema jurídico para outro; nesses campos, de modo geral, os ofendidos podem recorrer ao Judiciário, invocando remédios processuais adequados para fazer cessar a violação. Os direitos 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 programáticas, sua exigência é mais política que estritamente jurídica. Os direitos difusos 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.<sup>26</sup>

25 *Reconhecer para libertar*, 2003, p. 43.

26 *Op. cit.*, 2002, p. 264-5.

O surgimento de novos direitos está condicionado à mudança de condições históricas, de carecimentos e de interesses, de transformações técnicas, da necessidade de preservação de determinados bens e valores. Mas nem todo direito é considerado “direito humano” pela doutrina. Várias são as condições exigidas para tanto. Em primeiro lugar, deve refletir um importante valor social, além de ser relevante, em graus variados, nas diferentes sociedades mundiais. Em segundo lugar, deve ser reconhecido com fundamento nas obrigações da Carta da Organização das Nações Unidas, não ser repetitivo face ao sistema internacional de direitos humanos, ser capaz de alcançar consenso internacional, ser compatível, ou pelo menos não incompatível, com a prática comum dos Estados. Finalmente, deve ser suficientemente preciso para gerar direitos e obrigações identificáveis.<sup>27</sup>

### 3.4. As gerações de direitos

Tomando do período das Declarações de Direitos como marco inicial da doutrina dos direitos humanos, identificamos em sua evolução significativa ampliação do seu conteúdo e da sua titularidade.

Se, na fase inicial, as Declarações tiveram por objeto os direitos individuais de liberdade, em fases posteriores incorporaram, sucessivamente, direitos econômicos, culturais e sociais, direitos coletivos e direitos difusos. Nessa marcha, aos titulares de direitos – originariamente, os indivíduos considerados em sua singularidade – foram incorporados grupos, povos e a própria humanidade.

Para fins didáticos, esse desenvolvimento é estudado em “gerações”, de forma a permitir uma visão em perspectiva dos contínuos processos de ampliação, aprofundamento, especificação e positivação dos direitos humanos e, bem assim, da afirmação da dignidade humana em documentos escritos.

**Primeira geração. Direitos individuais.** Em sua primeira fase, a doutrina dos direitos humanos propiciou a “declaração” (não a criação) de direitos individuais, 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

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



homem”, sendo “direitos dos cidadãos” as disposições relativas à participação do indivíduo na vida pública.

São seus sujeitos passivos não só o Estado como também todos os demais indivíduos que não o titular do direito exercido, que se abstém de atuar, omissa ou comissivamente, contra a liberdade do titular. As primeiras Declarações de Direitos veicularam, exclusivamente, essa geração de direitos fundamentais.

**Segunda geração. Direitos econômicos, sociais e culturais.** Os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos de exigir determinadas prestações do Estado, cuja realização depende de sua intervenção (saúde, educação, premissas, ao contrário daqueles, consistem em direitos de exigir. São direitos de crédito, de parte dos indivíduos, em relação à coletividade ou direitos de exigir, que exprimem, no sistema jurídico, a exigência de igualdade e solidariedade, com repercussões positivas na diminuição das diferenças sociais. Distinguem-se das liberdades e dos direitos políticos porque representam direitos que se realizam por intermédio da ação do Estado.

Seu objeto é uma contraprestação, geralmente em forma de serviço (médico, escolar, previdenciário etc.), que pode variar conforme o seu titular (o indivíduo, grupos de indivíduos, a criança, o jovem, o idoso etc.). Consistem na segunda geração de direitos humanos e seu fundamento se radica na igualdade; desta perspectiva, o indivíduo é considerado em seu grupo social. A Constituição de Weimar, de 1919, é o documento jurídico que, pioneiramente, previu esses direitos, muito embora a Constituição Mexicana de 1917 já houvesse previsto um elenco 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, uma vez que se voltam à garantia da qualidade de vida. São seus sujeitos passivos os grupos humanos, como a família, o povo, a nação, a coletividade ética e a 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 desenvolvimento (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

os povos têm direito à autodeterminação”), o direito à comunicação (objeto de várias manifestações da Unesco, a partir dos anos 1980).

Caracterizam-se por serem indeterminados pela titularidade, indivisíveis em relação ao objeto, e colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado dos conflitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos etc.

Tais direitos são reconhecidos às gerações futuras, na medida em que asseguram a sobrevivência da sociedade – que se fundam numa identidade em causa a sobrevivência da sociedade – que se fundam numa identidade de circunstâncias de fato e não em impulso associativo, como os de proteção da natureza e de defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural e, em alguns aspectos, os direitos dos consumidores.

**Quarta geração. Direitos de proteção.** A quarta geração de direitos compreende os direitos necessários à proteção contra os avanços das tecnologias de comunicação e da biotecnologia, assim como os perigos ecológicos e genéticos. Pretendem proteger o indivíduo do desenvolvimento científico e tecnológico, ampliado pelo direito à identidade genética, pelo direito à privacidade, contra os riscos de transmissão e utilização de imagem e dados pessoais, inclusive por via eletrônica, tudo implicando o alargamento e o adensamento das liberdades e direitos de defesa. Direitos de diversidade expressos pela necessidade de preservação da diversidade cultural da humanidade, como seu patrimônio comum, em face do comércio internacional e da evolução das tecnologias de informação e comunicação. São “direitos circulares”, como os denomina o constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade, cujos fundamentos radicam numa nova trilogia: segurança, diversidade e solidariedade.<sup>25</sup>

### 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

<sup>25</sup> Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, p. 62



causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres, a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados, a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

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:

**Art. 1º.** Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

**Art. 2º.** A finalidade de toda 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.

**Art. 3º.** O princípio de toda a 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. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

**Art. 5º.** A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena.

**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 necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

**Art. 9º.** Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

**Art. 10º.** Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

**Art. 11º.** A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

**Art. 12º.** A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

**Art. 13º.** Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com 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 emprego e de lhe fixar a repartição, 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 condição de justa e prévia indenização.<sup>29</sup>

### 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 então, o direito internacional passou a se preocupar com a proteção global da pessoa 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>29</sup> Disponível em: [www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-a-criacao-da-sociedade-das-nacoes-ate-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/documentos-antiores-a-criacao-da-sociedade-das-nacoes-ate-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html).



tuem os marcos iniciais dessa fase, aos quais se seguiram os Pactos Internacionais sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e sobre Direitos Civis e Políticos (1966). No âmbito regional, foram ainda elaboradas e ratificadas a Convenção Americana dos Direitos do Homem (1969); a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem (1959); a Convenção Europeia dos Povos (1981); a Declaração dos Direitos Humanos no Islã (1990) e a Carta Árabe de Direitos Humanos no âmbito da Liga Árabe (1994), entre outras. A criação de tribunais internacionais para julgamento de crimes contra a paz e a humanidade, como os Tribunais Penais Internacionais para a ex-Iugoslávia (1993) e para Ruanda (1994), bem como a do Tribunal Penal Internacional (1998) como tribunal permanente, constituem importantes manifestações da ordem internacional em favor da universalização dos direitos humanos.

Nesse contexto, o direito ao desenvolvimento e a educação como direito incluída a educação para os direitos humanos, desempenham papéis de destaque. O direito ao desenvolvimento, tal como hoje é entendido, tem significado diverso do antigo conceito provindo do direito internacional clássico, que o qualificava como um direito passivo perante a comunidade internacional. Segundo essa visão, embora todos os indivíduos desfrutassem de tal direito, este seria promovido apenas em âmbito nacional, sem interferência da comunidade internacional; além disso, tal direito se referia, primordialmente, ao campo econômico, conforme o art. 55 da Carta das Nações Unidas.

Desde meados da década de 1970, e até o marco da Conferência de Viena de 1993, o sentido do direito ao desenvolvimento se expandiu, aproximando aspectos econômicos e sociais de tal forma que temas relativos à paz, à economia, ao meio ambiente, à justiça e à democracia sejam apreciados conjuntamente. Pressupõe, ainda, a ação global tanto no plano individual quanto em relação aos Estados e a toda a humanidade, o que vem sendo reconhecido e reafirmado pela comunidade internacional em inúmeros documentos. A individualização da pessoa humana como sujeito central do desenvolvimento, aliada ao caráter global do direito ao desenvolvimento, encontra-se expressa no art. 10 da Declaração e Programa de Ação de Viena: "A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos reafirma o direito ao desenvolvimento, previsto na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, como um direito universal e inalienável, e parte integral dos direitos humanos fundamentais".

As Metas do Milênio são exemplo paradigmático desse movimento. Constituem princípios mínimos de ação individual e coletiva, acordados pelos Estados-membros, com prazo de implementação previsto para 2015, nas seguintes áreas: igualdade de gênero, meio ambiente, desenvolvimento rural,

desenvolvimento urbano, sistemas de saúde, educação, ciência, tecnologia e inovação. A novidade da iniciativa reside na fixação de parâmetros mínimos para cobrança de responsabilidades no nível nacional, a partir de metas quantitativas e temporais, visando alterar a relação dos Estados com a extrema pobreza por meio da indução de um novo paradigma de desenvolvimento sustentável. Sua execução, contudo, tem apresentado inúmeras dificuldades, inerentes às desigualdades regionais, em termos de quantitativos e qualitativos. As Metas do Milênio decorrem dos chamados Objetivos de Desenvolvimento do Milênio – ODM (Millennium Development Goals – MDGs), estabelecidos em 2002 pelos Estados-membros da ONU na Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável, em Johannesburgo. Para cada um dos objetivos correspondem metas quantitativas específicas de redução das atuais taxas, que variam entre 50 e 25%, com prazo para serem cumpridas, definidas no Projeto do Milênio.

Ainda que as Metas do Milênio não tenham sido suficientemente implementadas, e que o consenso de Viena seja frágil, posto que não ratificado, cooperação internacional e objetivos comuns fixados em torno da proteção dos direitos humanos como "estatuto da humanidade" são as prováveis tendências do novo século, como, aliás, já evocava a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

[...] como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente 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 progressivas 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 titularidade de alguns direitos a titulares que não o homem, considerado individualmente; c) o homem não ser considerado ente genérico, ou em abstrato.

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



to, mas na sua especificidade das suas diversas maneiras de ser em sociedade: criança, velho, doente etc. Em síntese: mais bens, mais sujeitos, mais status do indivíduo. O processo de multiplicação por especificação ocorreu principalmente no âmbito dos direitos sociais. *Variedade* porquanto os direitos diversificaram-se em virtude do processo de acumulação. A variedade ainda se afirma diante da constatação de que os direitos humanos não são uniformes, desdobrando-se em diversas dimensões normativas. *Abertura* porque nenhuma Constituição nacional pretendeu esgotar o conjunto de direitos ou determinar o seu conteúdo, aceitando a existência de direitos humanos não escritos ou a de faculdades implícitas.<sup>31</sup>

Atualmente, o princípio prevalecente na ordem internacional é o do *international concern*, declarado expressamente pelo Tribunal Internacional de Justiça da ONU em 1970, pelo qual a obrigação de cada Estado em face de todos os outros Estados é o do respeito pelos princípios e regras relativos aos direitos fundamentais da pessoa humana. José Augusto Lindgren Alves destaca, a propósito da centralidade que os direitos humanos assumiram na política internacional e no interior dos Estados a partir da década de 1990, que, malgrado o recorrente descompasso entre as garantias conferidas aos direitos civis e políticos e os econômicos e sociais, há de se realçar a crescente participação de organizações da sociedade civil nos temas internacionais e a disposição dos Estados em aceitar o monitoramento da implementação dos direitos humanos. Em conclusão, contrariamente ao que se supunha, que “as sociedades ditas ‘pós-modernas’ não se tornaram apolíticas, indiferentes aos destinos extracomunitários, nem descartaram a solidariedade como caminho do universalismo”.<sup>32</sup>

#### 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, podemos dizer que, rigorosamente, “não há um constitucionalismo, 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 norma-

tiva da política.<sup>33</sup> Esses movimentos não podem ser compreendidos fora das grandes correntes filosóficas e políticas que lhe são contemporâneas e que traçam uma compreensão específica do Estado e do Direito.

O constitucionalismo encerra um conjunto de valores e concepções políticas de natureza moderna, com raízes na tradição inglesa de proteção às liberdades e supremacia do Parlamento, no contratualismo e na ideia da lei como expressão da vontade geral, presentes, igualmente, nas declarações de direitos e nas diversas técnicas de separação e racionalização do poder. No plano político, confunde-se com o liberalismo, dada a sua coincidência de propósitos: submeter o Estado ao direito, instituir governos moderados, com poderes limitados, e implementar um sistema econômico autônomo ou, pelo menos, descentralizado. O que significa que o Estado deve ser racionalmente construído de forma a transformar o súdito em cidadão, a assegurar-lhe a liberdade, a segurança e a propriedade (direitos imprescritíveis e invioláveis), e a distribuir o poder político entre diversos órgãos (além do governante, o Parlamento, os Tribunais). Nesse registro, o Direito é um direito racional, protetor das liberdades.

É evidente que a ideia de limitar o poder do Estado por via de documentos escritos não foi inventada pelo constitucionalismo. Na Inglaterra, desde a Magna Carta (1215), eram celebrados pactos entre o monarca e parte dos súditos para garantia de alguns direitos; são exemplos desse sistema, entre outros, a *Petition of Rights* (1628). No continente europeu, durante a Idade Média, proliferaram *forais* e *cartas de franquia*, também destinados à proteção de direitos dos súditos contra o poder do príncipe; na América do Norte foram celebrados 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 aquisição, o exercício e a transmissão do poder, ao qual os reis juravam obediência. Suas disposições vagas e imprecisas, contudo, não se preocupavam em

31 Cf. VIEIRA DE ANDRADE, p. 65-6.

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

33 *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 51.



regular a atividade do governante, tampouco as suas relações com os governados. A Lei Salica, que determinava o direito da primogenitura na ordem sucessória da Coroa francesa, por exemplo, integrava esse corpo de leis.

A diferença entre esses tipos de documentos e as Constituições constitutivas do século XVIII reside no fato de que estas últimas instituíam o Estado e, simultaneamente, constituíam o *status* de filiação dos cidadãos a essa nova comunidade política, a todos assegurando uma unidade imaginária traduzida pelo estágio atual das ideias políticas e jurídicas.

A doutrina do constitucionalismo postulava, adicionalmente:

a) conferir à Constituição o sentido de documento escrito, formal e so-  
lente, composto de regras jurídicas que não só prescreviam a estrutura do Es-  
tado como a da sociedade perante o Estado;

b) desenvolver uma teoria de legitimação do poder fundada na auto-orga-  
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-  
tinentes ao exercício do poder. Para o pensamento constitucionalista – ilumi-  
nista e liberal – a Constituição deveria proteger e garantir as liberdades do ci-  
dadão, adotar a separação de Poderes, expressar o poder de auto-organização  
e, por decorrência, contrapor-se à antiga legitimidade monárquica, institu-  
indo um novo Estado.

Com esse sentido específico, de natureza garantista, a palavra *constitui-  
ção* aparece nas Constituições da Virgínia (a primeira a ser escrita, em 1776),  
na dos Estados Unidos (1787) e na francesa (1791). Essas são as *Constituições  
contratuais clássicas*, isto é, as constituições que expressam os princípios do  
constitucionalismo do século XVIII, com algumas características comuns e  
outras tantas importantes variações.

No caso francês, a Constituição é um contrato social celebrado hipotet-  
icamente entre os indivíduos – ou seja, a Nação – para a fundação do auto-  
governo. No caso americano, a par do autogoverno, a Constituição expressa  
um contrato de coalizão que institucionaliza um sistema político de dois ní-  
veis, o federalismo. E se o contrato social francês permanece hipotético, in-  
terdito 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.

De outra parte, a incorporação da Declaração dos Direitos do Homem  
e do Cidadão de 1789 à Constituição Francesa de 1791 foi talvez o primeiro  
exemplo da tendência à concepção da Constituição como norma que se dissemi-  
nou no século XIX, de resto confirmada, anos mais tarde, pela decisão da  
Suprema Corte Americana, de 1803, em *Marbury versus Madison*. Nela, a  
Constituição Americana foi, pela primeira vez, caracterizada como direito  
documentalmente aplicável, superior a todas as demais normas e decisões governa-  
mentais.

Registra-se, assim, que as Constituições clássicas não se limitaram a ser  
a expressão concreta do constitucionalismo garantista do século XVIII; seu  
papel ampliou-se na direção da juridicização de leis fundamentais, paradig-  
ma dominante em todo o planeta nos séculos seguintes.

Paralelamente, a doutrina constitucionalista preocupou-se com o proble-  
ma da legitimação da Constituição, que remetia à identificação do “quem” e  
à definição do “como”. Suas diversas interpretações levam à teoria do poder  
constituente, da qual são expressão as proposições de Locke e Sieyès.

John Locke, que nunca empregou a expressão “poder constituinte”, su-  
gere, em sua obra, a distinção entre o poder do povo de instituir uma nova  
forma de governo (poder originário e supremo) e o poder ordinário do gover-  
no ou do legislativo, no exercício de suas funções. Posteriormente, Emma-  
nuel Joseph Sieyès (*O que é o terceiro Estado?*, 1789) formula a distinção teó-  
rica entre poder constituinte e poderes constituídos, tacitamente consagrada  
na fundação dos Estados Unidos da América.

Segundo Sieyès, a titularidade da soberania é da “Nação”, entidade que  
compreende todos os estamentos sociais, sendo a vontade nacional a origem  
de toda a legitimidade e legalidade: “O poder só exerce um poder real en-  
quanto é constitucional. Só é legal enquanto é fiel às leis que foram impos-  
tas. A vontade nacional, ao contrário, só precisa de sua realidade para ser  
sempre legal: ela é a origem de toda a legalidade”<sup>14</sup>. É da Nação, portanto,  
a competência exclusiva de instituir o Estado e estabelecer a ordem jurídi-  
ca, 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  
constituente originário* – do qual é titular a Nação, condicionado tão somen-  
te pelas declarações de direitos (legitimação material) e pela exigência da di-  
visão dos Poderes do Estado (legitimação formal). Para Sieyès:

<sup>14</sup> Sieyès, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le tiers État?*, 1982, p. 68.



A nação existe antes de tudo. Sua vontade é sempre legal, é a própria lei. Antes dela e acima dela só existe o direito natural [...] a Constituição não é feita do poder constituinte, mas do poder constituído. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. E nesse sentido que as leis constitucionais são fundamentais.<sup>35</sup>

Além de instituir o Estado, o poder constituinte originário define na Constituição a divisão de poderes, suas instituições, competências e procedimentos, condicionando a validade dos seus atos. Sieyès argumenta, racionalmente,

[...] que seria impossível criar um corpo para um determinado fim sem dar-lhe uma organização, formas e leis próprias que preencham as funções às quais se os destinamos. Isso é o que chamamos a constituição desse corpo. É evidente que não pode existir sem ela.<sup>36</sup>

#### 4.1. O sentido moderno de Constituição

A palavra constituição deriva, etimologicamente, do substantivo *constitutio*, proveniente do verbo *constituere* que, no latim clássico, significa instituir, fundar.

*Constituere* era verbo de uso corrente em Roma, a contrário do substantivo *constitutio*, termo técnico-jurídico empregado para designar os editos e decretos promulgados pelo Imperador (isto é, as decisões instituídas pelo Imperador). Este foi o sentido geral de constituição no direito público romano, embora Cícero, excepcionalmente, a tenha empregado para indicar a "forma de uma cidade". Mas não foi com esse significado que o substantivo se integrou à linguagem política.

Durante toda a Idade Média e, posteriormente, mesmo nos anos do Protectorado Inglês (1649-1660) – nos quais a ideia da limitação do poder se fez presente em diversos documentos escritos, estes foram chamados *compact*, *instrument*, *agreement*, *fundamental Law*, mas não *constituição*. Bolingbroke foi quem, afinal, retomou o sentido utilizado por Cícero, o qual, anos depois, à falta de outro, foi adotado por americanos e franceses. "Quando se começou a falar de 'constituição' no contexto do constitucionalismo do século XVIII", observa Sartori, "esse termo já era, há algum tempo, um termo re-

corrente, escolhido justamente porque estava disponível para o significado adiante, que lhe foi assinalado".<sup>37</sup>

Na França, é encontrado no conhecido art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "Uma sociedade em que a garantia de direitos não está assegurada e a separação de Poderes não está determinada não tem Constituição". E, nos Estados Unidos, enunciado por Thomas Paine em seu *Os direitos do homem* (1791/1792):

É evidente que os homens querem dizer coisas distintas e separadas quando falam de constituições e de governo. Por que esses termos são usados distinta e separadamente? Uma constituição não é um ato de governo, mas de um povo constituindo um governo. Um governo sem constituição é poder sem direito (Capítulo IV – "Das constituições").<sup>38</sup>

Em ambos os sentidos, a ideia de Constituição deriva do contrato social, mas indica, sobretudo, a regulamentação jurídica do Estado de acordo com os princípios proclamados pelas grandes Revoluções Burguesas. E o que poderia ter sido apenas uma designação oportuna, tornou-se um conceito poderoso, graças a sua finalidade, conteúdo e força jurídicos específicos.

Durante todo o século XIX, e até o término da Primeira Guerra Mundial, as Constituições guardaram o seu significado moderno inaugural. Nesse período, não obstante o vigor simbólico da Constituição como fonte de legitimidade do poder e do Direito, diversas forças políticas, na Europa continental, pretendem destituí-la do significado.

De um lado, as monarquias restauradas com a queda de Napoleão recorrem à ideia de Constituição como simples codificação formal da estrutura política do Estado. Em alguns casos, tal utilização pretendeu ser uma reedição moderna dos pactos medievais, em benefício do poder do soberano, com fundamento no princípio monárquico.

A Carta Constitucional francesa de 1814, modelarmente, recuperou, por breve espaço de tempo, a noção de que "toda a autoridade reside na pessoa do rei". Em 1830, a restauração da antiga monarquia de direito divino dá lugar a uma nova forma de monarquia, fundada sobre a soberania nacional, mantida até o reestabelecimento do Império por Napoleão III, em 1848.<sup>39</sup> Na Alemanha, o art. 57 da Ata Final do Congresso de Viena (1820) assim determinava:

<sup>37</sup> Elementos de teoria política, p. 14.

<sup>38</sup> Os direitos do homem, 1988, p. 160.

<sup>39</sup> Cf. JACQUES, Louis. *Droit constitutionnel*, 1998, p. 501.

35 Ibidem, p. 67.

36 Ibidem, p. 116.



[...] uma vez que a Federação alemã, com exceção das cidades livres, se constitui a partir dos príncipes soberanos, ela deverá, em consequência dos conceitos fundamentais assim aceites, manter todo o poder do Estado no chefe do Estado e o soberano somente pode estar obrigado, por via de uma Constituição estatal, à colaboração das Cortes para o exercício de determinados direitos.

Também o projeto da Constituição estatal de 1816 para Württemberg estabelecia que "o rei é o chefe de Estado e reúne em si todos os direitos que integram o poder do Estado, segundo as disposições estabelecidas na constituição do Land".<sup>40</sup> No Brasil, a Constituição Imperial de 1822 revela, igualmente, traços do princípio monárquico, do qual o poder moderador é exemplo paradigmático.

A concepção de Constituição como instrumento codificado das estruturas de poder também foi adotada pelos seguidores de Marx e Engels, sob fundamento diverso, no outro extremo do espectro político. Os ataques provenientes dos socialistas pretenderam reduzir a ideia de Constituição a um retrato da estrutura real do poder, em uma dada sociedade. É expresso desse entendimento o famoso opúsculo de Ferdinand Lassale, *O que é uma Constituição 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 instituições jurídicas. Nesse sentido, todos os Estados, em todos os tempos, tiveram Constituição, pois seria inimaginável uma sociedade política na qual não houvessem fatores reais de poder. Segue-se, portanto, ser totalmente equivocado pensar-se nas Constituições como produto do pensamento liberal e iluminista.

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

No início do século XX, a elaboração do conceito jurídico de Constituição, por obra de Hans Kelsen e de seus seguidores da Escola de Viena, leva à sua concepção como norma fundamental, fundamento e ápice do sistema jurídico. Hamilton, nos arts. XVI e XVII, de *O federalista*, já havia assinala-

40 HEUN, Werner. "El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX". *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, n. 2, 2000, p. 559-86. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=204826>

do a força e a segurança conferidas pela Constituição à União, em comparação com a legislação dos Estados. Esta, mesmo que considerada no seu conjunto, representava treze diferentes vontades, enquanto a Constituição era o *law of the land* (posição confirmada pela Suprema Corte em 1803, por ocasião do famoso julgamento *Madison versus Marbury*).

Após 1918, alimentado pelo positivismo jurídico, o conceito de Constituição deixou de se condicionar à justiça ou a qualquer valor. Tratava-se de um conceito meramente formal, identificado com a "lei fundamental" que Kelsen havia defendido em sua rigorosa *Teoria pura do direito*. Nessa construção, o Direito nada mais representa senão a norma coativa estabelecida pela autoridade, e o Estado é simplesmente um Estado de Direito, a despeito de suas normas, será, inevitavelmente, um Estado de Direito, a despeito do conteúdo material de suas normas, como conclui o próprio Kelsen.<sup>41</sup>

Por causa dessas alterações de sentido, a doutrina distingue entre Constituição em sentido político e Constituição em sentido jurídico.

Em sentido político, a Constituição expressa um conjunto de reivindicações políticas (o pacto social) traduzido para o Direito. Em sentido jurídico, é a norma fundamental de um sistema jurídico, que encerra um conjunto de regras voltadas à forma de Estado, ao regime político, aos modos de aquisição, exercício e perda do poder, organização da estrutura administrativa do Estado.

O conteúdo material da Constituição em sentido jurídico não se limita à organização do Estado. Com fundamento nos valores e princípios pré-estados que incorpora (os quais, via de regra, constam do preâmbulo das Constituições), alcança a definição do regime político, da forma de Estado e de governo, das competências, procedimentos e composição dos Poderes do Estado e de sua organização administrativa; definição de finalidades e prioridades na atividade 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 jurídico: 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 princípios e regras escritas em documentos únicos ou esparsos, mas que necessariamente 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.

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



O constitucionalista Carlos Santiago Nino elaborou sete conceitos de constitucionalismo, correspondentes à evolução da própria ideia de Constituição, que variam de acordo com o grau de densidade ou robustez das garantias oferecidas:

- (i) o conceito menos robusto encontra-se associado à ideia de *Rule of Law*, que implica a preservação de algumas regras jurídicas fundamentais as quais, em certa medida, limitam a atividade de órgãos de governo, democrático ou não; (ii) um conceito um pouco mais robusto diz respeito ao modo pelo qual o governo se encontra limitado por normas jurídicas, previstas em Constituição escrita ou não escrita, que é a norma máxima do sistema; (iii) um conceito mais robusto ainda contém restrições formais que a Constituição impõe às leis, retroativas e estáveis, que se apliquem imparcialmente, sem distinções; (iv) o último conceito torna-se mais forte quando agregado à separação de Poderes, com ênfase na independência do Judiciário, ampliando-se, sucessivamente, conforme a ele se agregam: (v) a previsão expressa de direitos fundamentais na Constituição, (vi) o controle judicial de constitucionalidade e (vii) a democracia.<sup>42</sup>

#### DISCUTINDO CONCEITOS – IV

##### Princípios e valores na Constituição em sentido jurídico

Os princípios nos sistemas jurídicos são a expressão do relacionamento entre Direito e moral; correspondem aos direitos fundamentais, base moral que torna o direito obrigatório. Princípios constitucionais fundamentais, por decorrência lógica, são aqueles que definem e qualificam a sociedade e o Estado, e enumeram as principais opções político-constitucionais; nas suas múltiplas dimensões e desenvolvimentos, formam o "cerne da Constituição" e consubstanciam sua "identidade intrínseca".<sup>43</sup> Também denominados "normas fundamentais",<sup>44</sup> "princípios prescritivos" ou "princípios deontológicos", "preceitos fundamentais",<sup>45</sup> traduzem os valores que inspiram as Constituições e são fontes imediatas das demais normas. Como prescrições genéricas que se especificam em regras, além de função de direcionamento, exercem função corretiva, segundo uma estrutura hierarquizada.

42 NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*, 1997, p. 16-7.

43 GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, 2007, p. 189.

44 SILVA, 2006, p. 29.

45 Respectivamente, SILVA, 2006, p. 29; FERREIRA FILHO, 2006, p. 392; e TAVARES, 2002, p. 119.

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

A Constituição espanhola é exemplo paradigmático dessa concepção. Diz seu art. 1.º que são "[...] valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a igualdade e o pluralismo político", sendo valores superiores os valores da Constituição material, ou seja, do núcleo básico das normas constitucionais que se voltam a organizar o exercício do poder.

A Constituição brasileira, em seu Preâmbulo, fala em "valores supremos", localização que, como se sabe, não lhes conferiu caráter normativo, mas indica a opção política pré-constitucional. Menciona os valores, novamente, ao afirmar os "valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", no inciso II do art. 1.º. Evidentemente que, neste último caso, contém um sentido análogo ao dos "valores superiores" da Constituição espanhola, porquanto cuida de materialidade essencial. Não obstante a distinção teórica entre princípios e valores, o sentido 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 língua portuguesa, a ideia de alicerce, suporte, sustentáculo. Essa ideia se reflete na acepção constitucional, a ponto de a omissão de qualquer um dos fundamentos do art. 1.º causar a descaracterização do Estado Democrático de Direito. Mas "fundamento" também pode significar elemento primordial, como se depreende do teor do referido art. 1.º; é nesse sentido que qualifica os objetivos previstos no art. 3.º da Constituição Federal, impondo-lhes prioridade de atendimento. Por essa razão, fundamentos e princípios, 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>

46 CL. PARRALI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*, 2006, p. 22.



Neoconstitucionalismo é um termo obviamente empregado para distinguir essa doutrina daquela do final do século XVIII, para designar a superação, em certa medida, do positivismo e do jusnaturalismo. Embora ambas defendam doutrinas que se voltam à limitação do poder estatal, enquanto a primeira diz como uma Constituição deve ser,<sup>47</sup> o neoconstitucionalismo é, sobretudo, uma política constitucional, a indicar não como o direito é, mas como deve ser.

Refere-se também à identificação do constitucionalismo como teoria específica do Direito, tal como proposto por Robert Alexy no final da década de 1980, no século XX. Aperfeiçoando as concepções de Ronald Dworkin sobre os princípios e regras constitucionais, Alexy introduz o conceito de princípio como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por primarem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.<sup>48</sup>

Para Alexy, os princípios caracterizam-se mais pelo peso que pela dimensão de validade,<sup>49</sup> o que significa uma alteração substancial no conteúdo do Estado de Direito, mesmo quando encarado a partir dos pressupostos básicos do velho constitucionalismo, em especial das declarações de direito. É 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, relativo 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”.<sup>50</sup> É nesse sentido que o neoconstitucionalismo promove a confluência dos paradigmas positivista e jus-

47 Cf. art. 16 da Declaração de 1789.

48 Teoria dos direitos fundamentais, 2006, p. 90.

49 Ibidem.

50 Rozzolo, 2006, p. 85.

naturalista, designando direitos fundamentais positivados, que incorporam valores morais, de conteúdo interpretado e assegurado pela jurisprudência.

O neoconstitucionalismo está presente no constitucionalismo europeu do pós-guerra, como se extrai, em particular, da Lei Fundamental de Bonn (1948), da Constituição da República Italiana (1948), da Constituição espanhola (1978) e da Constituição portuguesa (1976), nas quais há marcante positividade de normas de direitos fundamentais e princípios de justiça material, como expressões normativas dos valores sociais, sob fiscalização constitucional rígida pelos tribunais constitucionais. Como se sabe, a Constituição brasileira de 1988 é tributária, em certa medida, dessa corrente teórica.

Tais Constituições, ao expressarem os valores morais assumidos pelas sociedades políticas a que se referem, garantem os direitos fundamentais à força do poder estatal de coerção. São Constituições materiais rígidas, longas e densas, cujos princípios e regras limitam o poder, definem as linhas de atuação do Estado, e condicionam a atividade dos particulares em suas relações privadas, em maior ou menor medida. De tudo resulta que a legitimidade ou ilegitimidade do modelo político adotado e, consequentemente, a própria legitimidade do poder do Estado passam a ser aferidas 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 função 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 articula consensualmente a vontade da maioria, sem perda da referência da vontade das minorias.<sup>51</sup> Aos Estados que adotam tal modelo de Constituição tem sido atribuída a denominação “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 uma 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 direito, os postulados do Estado de Direito são levados às últimas consequências.

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

51 Díaz, Elías. Ética contra política. Los intelectuales y el poder, 1990, p. 34-5.



lutos, mas atuam em permanente interação com o imperativo do pluralismo democrático (conteúdo material), com lealdade às regras do jogo (aspectos procedimentais), adaptando-se às necessidades de coexistência e compromisso das sociedades complexas.

A Constituição, por sua vez, não é apenas um conjunto de regras jurídicas hierarquicamente superiores ao restante do ordenamento, mas antes o conjunto de regras jurídicas que são superiores ao restante do ordenamento em razão de seu particular conteúdo. É um acordo sobre valores fundamentais, daí se extraindo o modelo axiológico da Constituição como norma.

Para o constitucionalismo contemporâneo, o que está em jogo é o grau de densidade e vigor dessas previsões, sendo certo que a robustez do conceito de constitucionalismo variará de acordo com o modelo de democracia adotado e suas instituições específicas, tais como: a representação, a democracia direta e a necessidade de contar com um corpo legislativo coletivo ou unipessoal de eleição popular. A aplicação desses princípios é tarefa do Judiciário, particularmente das Cortes superiores, instituições legitimamente incumbidas da guarda da democracia e da Constituição.

### 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, com força 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 posição. Dele resulta a tese dos direitos fundamentais implícitos como integrantes do ordenamento jurídico, adotada pelo Tribunal Constitucional da República Federal Alemã (BVerfGE 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 circunstâncias, 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 servir de corretivo para a lei escrita, é tarefa da jurisdição encontrá-la e realizá-la em suas decisões.

O caso *Lüth*, paradigmático no âmbito do direito constitucional, chegou ao Tribunal Constitucional por força de uma decisão do Tribunal Estadual de Hamburgo que teria, posteriormente, proferido uma sentença violadora do direito fundamental de livre expressão do pensamento, garantido pela Lei Fundamental alemã.

Para melhor compreensão do caso: a Reclamação Constitucional que culminou no julgamento do Tribunal Constitucional teve como origem um conflito de direito privado, entre Eric Lüth – então presidente do Clube de Imprensa Alemão – e Veit Harlan – cineasta alemão que, durante o nazismo, produziu filmes de conteúdo racista contra os judeus. Lüth, que conhecia o passado de Harlan, organizou, na década de 50, um boicote ao novo filme dele (ainda que este não possuísse qualquer conteúdo racista), estimulando o povo alemão a não assistir ao seu recém-lançado filme. Vendo-se prejudicado (pois o boicote parece ter surtido efeitos), Harlan – juntamente com os produtores do filme – propôs uma ação civil argumentando 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 afirmações e opiniões contrárias à reputação do cineasta. Lüth, então, recorreu argumentando que tal decisão violava a garantia constitucional de livre expressão do pensamento (liberdade 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 eficácia horizontal de tais direitos, sendo aplicáveis 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 Lüth, determinando que a decisão proferida pelo Tribunal Estadual violara o direito fundamental em tela, devendo assim ser revogada.