



UFRRJ

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL
DO RIO DE JANEIRO

IEC
INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES

RDPCC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Emerson Moura, UFRRJ

Instituto de Estudios Constitucionales da Venezuela
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, IEC



RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 02 | Volume nº 01 | Edição Nº 01 | Jan/Jun 2017
Año nº 02 | Volumen nº 01 | Edición Nº 01 | Enero/Julio 2017

Fundador:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Editores-Chefes | Editores-Jefes:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.

Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, UEC.

Equipe Editorial | Equipo editorial:

Amanda Pinheiro Nascimento

Bruno Teixeira Marcelos

Camila Pontes da Silva

Jonathan Mariano

Gabriela Rabelo Vasconcelos

Marcos Costa Leite

Thiago Alemão

Diagramação | Diagramación:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ.



Revista de Direito Público Contemporâneo

Revista de Derecho Público Contemporáneo

Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional International Editorial Board

Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, Lisboa.
Sra. Maria de Los Angeles Fernández Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha.
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eskişehir.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional National Editorial Board

Sra. Ana Paula de Barcellos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, Niterói.
Sr. Emerson Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, Curitiba.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasília.
Sr. Gustavo Binenbojm, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Jane Reis Gonçalves, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. José Ribas Vieira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro.
Sr. Patrícia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, Curitiba.
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sr. Adilson Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, BR.
Sr. Bráulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, MG, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Maria de Los Angeles Fernández Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha.
Sra. Patrícia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, Curitiba.
Sr. Philip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Bôa, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Editores-Chefes | Editor-in-Chief

Sr. Emerson Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, Caracas.

Revista de Direito Público Contemporâneo

Journal of Contemporary Public Law

Sumário:

APRESENTAÇÃO Emerson Affonso da Costa Moura e Alexander Espinoza Rausseo	006
A ATIVIDADE DE FOMENTO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS Luiz Alberto Blanchet e Adriana da Costa Ricardo Schier	007
CRISE INSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO Antonio Baptista Gonçalves	025
RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DA PROPRIEDADE DOS RECURSOS MINERAIS Victor Vartuli Cordeiro e Silva e Elcio Nacur Rezende	054
PÓS-CONSUMO E RESÍDUOS SÓLIDOS: O PAPEL DO CONSUMIDOR EM DISCUSSÃO Karoline De Lucena Araújo e Belinda Pereira da Cunha	074
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O USO DE ALGEMAS: UMA PROPOSTA PARA UMA ADEQUADA COMPREENSÃO DA EXTENSÃO E EFICÁCIA DA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DO STF Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto	091
POR UMA RESSIGNIFICAÇÃO HERMENÊUTICA DO DIREITO DO TRABALHO Luciana Costa Poli e Bruno Ferraz Hazab	109
O MUNICÍPIO COMO PESSOA DE DIREITO CONSTITUCIONAL POLÍTICO Leonardo da Rocha de Souza	130
O PATRIMÔNIO CULTURAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA Jorge Miranda	147
PARECER – EXTINÇÃO DE TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO E TRANSFERÊNCIA DAS ATRIBUIÇÕES PARA O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO Ives Gandra da Silva Martins e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug Marques	172

Revista de Direito Público Contemporâneo

Journal of Contemporary Public Law

Resumen:

PRESENTACIÓN | Emerson Affonso de la Costa Moura y Alexander Espinoza Rausseo
005

LA ACTIVIDAD DE FOMENTO COMO MECANISMO DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA Y LA EFECTIVACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES | Luiz Alberto Blanchet y Adriana Ricardo da Costa Schier 007

CRISIS INSTITUCIONAL DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO | Antonio Baptista Gonçalves 025

RESPONSABILIDAD CIVIL AMBIENTAL DEL ESTADO EN DECORACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LOS RECURSOS MINERALES | Víctor Vartuli Cordeiro e Silva y Elcio Nacur Rezende 054

POST-CONSUMO Y RESIDUOS SÓLIDOS: EL PAPEL DEL CONSUMIDOR EN DISCUSIÓN | Karolina De Lucena Araújo y Belinda Pereira da Cunha 074

DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA Y EL USO DE ALGUNAS: UNA PROPUESTA PARA UNA ADECUADA COMPRENSIÓN DE LA EXTENSIÓN Y EFICACIA DE LA SÚMULA VINCULANTE Nº 11 DEL STF | Ingo Wolfgang Sarlet y Jayme Weingartner Neto
..... 091

POR UNA RESIGNIFICACIÓN HERMENÉUTICA DEL DERECHO DEL TRABAJO | Luciana Costa Poli y Bruno Ferraz Hazab 109

EL MUNICIPIO COMO PERSONA DE DERECHO CONSTITUCIONAL POLÍTICO | Leonardo da Rocha de Souza 130

EL PATRIMONIO CULTURAL EN LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA | Jorge Miranda 147

OPINIÓN - EXTINCIÓN DE TRIBUNAL DE CUENTAS DEL MUNICIPIO Y TRANSFERENCIA DE LAS ATRIBUCIONES PARA EL TRIBUNAL DE CUENTAS DEL ESTADO | Ives Gandra da Silva Martins Ribeiro y Samantha Meyer-Pflug Marques 172

CRISE INSTITUCIONAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

INSTITUTIONAL CRISIS OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Antonio Baptista Gonçalves⁵¹

RESUMO: O Estado Democrático de Direito é o garante e efetivador de um conjunto de direitos tidos como fundamentais que devem ser assegurados à população. Assim, os membros da sociedade eleitos pelo povo tem o dever de zelar pela aplicação da Constituição Federal de 1988 e seus preceitos na prática. Todavia, o que se nota é uma cizânia entre o que se prevê no plano teórico e o que se processa na prática, pois, no cotidiano o Estado brasileiro nem consegue efetivar os direitos fundamentais e, tampouco, consegue dirimir os conflitos entre os membros da sociedade quando há colidência de direitos, ou a prática de intolerância, abusos e derivados. Assim, faremos um estudo a fim de verificar se o Estado Democrático de Direito passa por uma crise institucional que culminou com sua própria falência, ou se a sociedade se encontra bem atendida.

PALAVRAS-CHAVES: Estado Democrático de Direito; Direitos Fundamentais; Falência.

ABSTRACT: The Democratic Rule of Law is the guarantor and enforcer of a set of rights considered as fundamental that must be guaranteed to the population. Thus, the members of the society elected by the people have the duty to watch over the application of the Federal Constitution of 1988 and its precepts in practice. However, what is noticeable is a clash between what is predicted theoretically and what is done in practice, because, in daily life, the Brazilian State cannot effectively implement fundamental rights, nor can it resolve conflicts between the members of the society when there is a collision of rights, or the practice of intolerance, abuses and derivatives. Thus, we will carry out a study in order to verify if the Democratic State of Right goes through an institutional crisis that culminated in its own bankruptcy, or if the society is well attended.

KEYWORDS: Democratic state; Fundamental rights; Bankruptcy.

1. Introdução

O conceito de Estado remonta ao século XVI e teve sua primeira menção com Nicolau Maquiavel⁵². A fim de compreender o que vem a ser Estado deveríamos

⁵¹ Advogado, Pós-Doutor em Ciência da Religião pela PUC/SP, Pós-Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de La Matanza. Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela PUC/SP, Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra, Especialista em International Criminal Law: Terrorism's New Wars and ICL's Responses pelo Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra, Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Bacharel em Filosofia pela PUC/SP.

⁵² Todos os Estados, os domínios todos que já houve e que ainda há sobre os homens foram, e são, repúblicas ou principados. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Coleção Os pensadores. Trad. Olívia Bauduh. São Paulo: Nova cultural, 1999, p. 37.

remeter a sua origem e percorrer sua evolução histórica para, por fim, chegarmos ao modelo recente calcado na liberdade, igualdade e fraternidade, o Estado Democrático de Direito.

É possível desenvolver, em breves linhas, três visões distintas acerca do Estado: a primeira e mais comum é que o Estado é uma criação do homem e para o homem⁵³. É um ente abstrato composto de pessoas da própria sociedade eleitas para representar a população. Sua função se modificou desde sua criação até os tempos atuais, porém, o conceito fundamental ainda está inato: o Estado é a relação direta do povo com o poder político, pois, aqueles que compõem o Estado são os detentores do poder político, ao passo que o povo é o destinatário deste poder político⁵⁴. É o conceito de governantes e governados⁵⁵.

A segunda é que o Estado existe de forma independente dos membros que o compõem. A mesma visão da criação de uma empresa, isto é, quando da união de duas ou mais pessoas criam uma terceira, a empresa, que pode ter vida autônoma dos participantes originais.

E, a terceira em que o Estado é uma representação jurídica, logo, criado para harmonizar o sistema. É a visão atual do Estado Democrático de Direito. Este Estado Democrático de Direito é uma criação relativamente recente, pois, seu surgimento se dá em idos da metade do século passado. O atual modelo teve como condão substituir o Estado de Direito e garantir um conjunto de direitos aos indivíduos.

Todavia, somente esse percurso já ensejaria um estudo próprio e uma produção específica sobre o tema. Portanto, iremos fazer um corte epistemológico e

⁵³ O Estado manifesta-se, pois, como criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos que o compõem, consoante as doutrinas do contratualismo social. Sua existência seria, por consequência, teoricamente revogável se deixasse de ser o aparelho de que serve o Homem para alcançar, na Sociedade, a realização de seus fins. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41.

⁵⁴ De fato, a coletividade que é o povo decorre de critérios que são fixados pela ordem jurídica estatal. É ela formada por quem o direito estatal reconhece como integrante da dimensão pessoal do Estado. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 39.

⁵⁵ Em toda sociedade, nação, ou Estado, há duas forças contrapostas: a dos governantes e a dos governados. O Estado, que é nação, ou população, politicamente organizada, é a síntese, não a soma dos administrados. Poder é a força compulsiva que desencadeia e controla os movimentos, em razão dos quais se estrutura o organismo social, já que toda sociedade se ordena em volta de certo ideal de vida comum e floresce num estado de consciência, nascido da solidariedade que une os membros da coletividade. CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, v. 1, p. 143.

tratar o Estado Democrático de Direito com seu antecessor, ainda que de forma superficial, o Estado de Direito.

2. Conceito de Estado

Estado⁵⁶ é a organização jurídica coercitiva de determinada comunidade. O uso da palavra Estado deve-se a Maquiavel (O príncipe, 1513, §1)⁵⁷. Podem ser distinguidas três concepções fundamentais: 1. A concepção *organicista*, segundo a qual o Estado é independente dos indivíduos e anterior a eles⁵⁸; 2. A concepção atomista ou contratualista, segundo a qual o Estado é criação dos indivíduos⁵⁹; 3. A

⁵⁶ Quanto più individuo coopererà alla formazione delle norme tanto più riconoscerà Il volere statale come conforme al più intimo suo volere, come promovimento e non come ostacolo alla sua autonomia. Lo stato può essere definito come l'organizzazione del potere per tutti i fini della vita associata. Il diritto, como ordinamento, è la realizzazione di uno di questi fini: la pacificazione degli interessi e la possibilità delle volizioni particolari: e, come volontà, la posizione autorevole di principi di concivenza sviluppati in leggi obiettive. Lo stato, come istituzione e come persona (reale o fittizia, convenzionale) pone ed attua tutte le condizioni di vita in comune e tutti i fini, Che tutte Le condizioni di vita in comune e tutti i fini, Che trascendono ma orientano la sua attività nella storia.

Dal punto di vista giuridico, lo stato è la realizzazione concreta, nello spazio e nel tempo, di un sistema di vita collettiva. AZARA, Antonio e EULA, Ernesto. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XVIII. Torino: Unione Tipografica Editrice Torinese, 1957, p. 244.

Tradução Livre: Quanto mais o indivíduo cooperar na formação de normas, mais ele reconhecerá a vontade do Estado conforme o mais íntimo de sua vontade, como um promontório e não como um obstáculo à sua autonomia. O estado pode ser definido como a organização do poder para todos os fins da vida associada. O direito, como é o caso, é a realização de um desses fins: a pacificação dos interesses e a possibilidade de volições particulares e, assim como, a posição autorizada de princípios de conciliação desenvolvida em leis objetivas. O Estado, como instituição e como pessoa (real ou fictícia, convencional) coloca e implementa todas as condições de vida em comum e todos os fins, Que todas as condições da vida em comum e tudo acaba, que transcende mas orienta sua atividade na história.

Do ponto de vista jurídico, o estado é a realização concreta, no espaço e no tempo, de um sistema de vida coletiva.

⁵⁷ A palavra stato, na Itália de Maquiavel, havia tomado um sentido novo. Ela não designava mais o estamento (dos nobres, ou dos clérigos, por exemplo), mas sim a sociedade política independente, não submetida à soberania do imperador nem à do Papa. A contraposição política, a partir do final da Idade Média, era entre sociedade civil e sociedade eclesiástica; ao passo que, com o predomínio da ideologia liberal no século XIX, ela passou a ser entre Estado e sociedade civil. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 163.

⁵⁸ Pois bem, o Estado, na gestão dos seus interesses, é realmente uma pessoa, mas no exercício das suas prerrogativas de mando, o Estado não é uma pessoa, mas apenas cumpre uma função. Considerar pessoa ao Estado quando pratica atos de império é concepção falsa, pois os seus órgãos, quando assim comandam, não exercem direitos do Estado, mas apenas cumprem, como se disse, funções, cujo conjunto constitui o poder público. E', também, concepção perigosa, porque os órgãos do Estado, vendo, no exercício de suas atribuições, em vez de uma função, um direito, procuram abusar. Afinal, é concepção inútil, porque serve para trazer maiores complicações ao exame desse tortuoso problema. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A personalidade do Estado**. *Revista de Direito Público*, ano 7 n° 21 jan.-mar., 1969.

⁵⁹ O problema da finalidade do Estado é de grande importância prática, sendo impossível chegar-se a uma ideia completa de Estado sem ter consciência de seus fins. (...) Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido como o conceituou o Papa JOÃO XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da

concepção *formalista*, segundo a qual o Estado é uma formação jurídica⁶⁰. As duas primeiras concepções alternaram-se na história do pensamento ocidental; a terceira é moderna e, na sua forma pura, foi formulada só nos últimos tempos⁶¹.

No mesmo sentido Dalmo de Abreu Dallari:

A denominação *Estado* (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em “O Príncipe” de MAQUIAVEL, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente, como, por exemplo, *stato di Firenze*. Durante os séculos XVI e XVII a expressão foi sendo admitida em escritos franceses, ingleses e alemães. Na Espanha, até o século XVII, aplicava-se também a denominação de *estados* a grandes propriedades rurais de domínio particular, cujos proprietários tinham poder jurisdicional. De qualquer forma, é certo que o nome *Estado*, indicando uma sociedade política, só aparece no século XVI, e este é um dos argumentos para alguns autores não admitirem a existência do Estado antes do século XVII⁶².

Tercio Sampaio Ferraz Jr. acerca do surgimento do Estado:

Não se pode precisar exatamente quando nasce a forma Estado. É certo que as guerras do fim do séc. XV conduzem Espanha, França e Inglaterra a constituir-se em Estados. A Itália conhece uma transição, a dos principados, mas no séc. XVII, aí incluída a República de Veneza, já são constituídos como Estados.

personalidade humana. Mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 107 a 112.

⁶⁰ Devido à variedade de objetos que o termo comumente denota, definir “Estado” torna-se difícil. (...) A situação revela-se mais simples quando o Estado é discutido a partir de um ponto de vista puramente jurídico. O Estado, então, é tomado em consideração apenas como um fenômeno jurídico, como uma pessoa jurídica, ou seja, como uma corporação. (...) O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade. De um ponto de vista jurídico, o problema do Estado, portanto, surge como o problema da ordem jurídica nacional. KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 261 e 262.

⁶¹ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 423.

⁶² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

Portugal, por causa de sua luta com os árabes e de sua afirmação política diante dos reinos espanhóis, assume precocemente o caráter estatal⁶³.

Muito se teoriza acerca do Estado, porém, apesar do seu surgimento datar da renascença é inegável que muito antes disso⁶⁴ já se usava uma versão do conceito⁶⁵. Desde a Grécia antiga Aristóteles já afirmava que o homem é um animal político⁶⁶ e que não pode viver senão em sociedade⁶⁷. O homem é um ser que tem como primado fundamental o convívio com os demais. Em priscas eras se juntavam para garantir a sobrevivência do próprio grupo⁶⁸. Com isso os interesses coletivos se tornaram mais

⁶³ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito Constitucional: Liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007, p. 414.

⁶⁴ Na antigüidade, o Estado se designava pelo nome gentílico dos seus habitantes, e, assim, se tinha o elemento povo como definidor dêle e por intermédio de quem se exercia a subjetividade dos “corpos públicos”. Já, na Idade Média, a orientação diferia. Então era conhecido em função do elemento territorial, integrando-se a terra com o próprio govêrno, seu proprietário. Com a Renascença, a formação dos grandes Estados nacionais e o aparecimento dos governos autocráticos, fundados no direito divino dos reis, não mais se confundiam com o povo ou com o território, porém, com o soberano, e, assim, êste encarnava o próprio Estado: “L’État c’est moi”, dizia Luiz XIV.

Só nos tempos modernos, distinguiram-se perfeitamente os elementos componentes do próprio Estado, que se não realiza nem no território nem na população, e menos ainda nos governantes. Êle é havido, então, como uma unidade no tempo, mas distinto dêles considerados isoladamente, pela concepção de um ser à parte. Corresponde, na verdade, à organização moral de um povo, em dado território, sob um poder supremo, para realizar o bem comum dos seus membros. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A personalidade do Estado**. *Revista de Direito Público*, ano 7 n° 21 jan.-mar., 1969.

⁶⁵ Nem todos entendem por Estado o mesmo conjunto de fatos. Para sermos exatos, precisemos o que denominamos como tal. A palavra Status, stato, estat (état), Estado, apareceu para marcar a passagem da organização política medieval para as formas estatais transcendententes à Land, à terra, à terre. Maquiavel e Jean Bodin usaram dela. Nela couberam todas as repúblicas e principados (tutti gli Stati). Compreende-se pois que houvessem adotado termo tão expressivo – lembrando “estabilidade”, “peso” – e já o empregassem os Ingleses desde o século XIV, inclusive Shakespeare, e tardassem a precisar dele os alemães (século XVII). MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 28 e 29.

⁶⁶ Para o filósofo grego, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constrangido. Quanto aos irracionais, que também vivem e permanecem em permanente associação, diz Aristóteles que eles constituem meros agrupamentos formados pelo instinto, pois o homem, entre todos os animais, é o único que possui a razão, o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22.

⁶⁷ A vida em sociedade traz evidentes benefícios ao homem mas, por outro lado, favorece a criação de uma série de limitações que, em certos momentos e em determinados lugares, são de tal modo numerosas e frequentes que chegam a afetar seriamente a própria liberdade humana. E, apesar disso, o homem continua vivendo em sociedade. Como se explica este fato? Haverá, por acaso, uma coação irresistível, que impede a liberdade dos indivíduos e os obriga a viver em sociedade, mesmo contra sua vontade? Ou, diferentemente, será que se pode admitir que é a própria natureza do homem que o leva a aceitar, voluntariamente e como uma necessidade, as limitações impostas pela vida social? DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 21.

⁶⁸ De maneira geral, pode-se dizer que as organizações políticas da Antigüidade não chegam a se caracterizar como Estado, na medida em que as suas administrações eram dominadas pela indistinção da organização constitucional pela ausência de nomeação própria, pelo fato de ser a organização administrativa referida ao officia singularmente tomada. A presença do trabalho escravo permitia que boa parte dos serviços ditos hoje públicos fosse desempenhada por servos, libertos ou escravos. Estes

importantes do que os interesses individuais⁶⁹, porém, quando o grupo estava seguro e alimentado, as disputas de poder eram inevitáveis⁷⁰. Ademais, em confrontos com outros grupos seja pela própria sobrevivência ou por disputa de território sempre o coletivo era o ente a ser defendido.

Com esse conviver se torna necessário que alguns possam liderar os demais, a fim de que se consiga manter o grupo unido e que o mesmo possa sobreviver. Pois, se todos resolverem fazer o que melhor lhe aprouver sem pensar no grupo, este deixará de existir. O que falta, portanto, é a inserção do elemento político. Com ele a defesa de um representante a fim de organizar o grupo e estruturas interesses se viabiliza; nas sociedades primitivas quando ainda não se fazia o uso da política a imposição de poder era pelo uso ou demonstração de força⁷¹.

Assim, podemos desenvolver conceitos nesse exemplo da sociedade primitiva que permeiam as relações estatais presentes: a relação de poder, a soberania e a perpetração do Estado. Porque, a disputa sobre quem irá governar e de que forma irá representar os interesses dos demais nada mais é do que o modelo de

não estavam a serviço da respublica, mas dos officia publicae (o senado, os cônsules, que tinham, cada qual, os seus servidores), regulados ou por normas comuns ou por regras sociais e religiosas. Em suma, em tempos modernos, dir-se-ia que as organizações antigas não conheciam a distinção entre administrar e governar. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito Constitucional: Liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007, p. 413 e 414.

⁶⁹ Para Montesquieu existem também leis naturais que levam o homem a escolher a vida em sociedade. Essas leis são as seguintes: a) o desejo de paz; b) o sentimento das necessidades, experimentado principalmente na procura de alimentos; c) a atração natural entre os sexos opostos, pelo encanto que inspiram um ao outro e pela necessidade recíproca; d) o desejo de viver em sociedade, resultante da consciência que os homens têm de sua condição e de seu estado. Depois que, levados por essas leis, os homens se unem em sociedade, passam a sentir-se fortes, a igualdade natural que existia entre eles desaparece e o estado de guerra começa, ou entre sociedades, ou entre indivíduos da mesma sociedade. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

⁷⁰ Na medida em que foram surgindo essas comunidades, por menores que fossem, elas davam lugar – necessariamente – ao surgimento de desafios consistentes em resolver os problemas da própria sociedade. É possível, reconhecemos, que num primeiro momento esses problemas da sobrevivência coletiva tenham primado sobre os da própria individualidade. Mas é inegável que, tornando-se os homens responsáveis não só pela sobrevivência do grupo social, deu-se lugar aí a uma função voltada aos interesses da coletividade, à resolução dos problemas que ultrapassam os indivíduos, os problemas transpessoais, os problemas coletivos enfim. MARTINS, Ives Gandra da Silva e BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 107.

⁷¹ A observação do comportamento humano, em todas as épocas e lugares, demonstra que mesmo nas sociedades mais prósperas e bem ordenadas ocorrem conflitos entre indivíduos ou grupos sociais, tornando necessária a intervenção de uma vontade preponderante, para preservar a unidade ordenada em função dos fins sociais. Num amplo retrospecto histórico, o que se verifica é que, nas sociedades mais primitivas, a ideia de vontade preponderante, ou de poder, quase se confunde com a ideia de força material. Assim é que se encontram exemplos de homens que tiveram o poder porque o que se justifica pela consideração de que, em tais estágios, a principal necessidade dos membros da sociedade era a defesa contra as ameaças de outros homens, ou das forças da natureza. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 51.

representatividade na política de governantes e governados. E a soberania é a manutenção de um povo em um dado território para preservar sua existência, suas ideias, cultura, costumes e tradições⁷². E, também, o Estado que perdura em relação ao homem, porque sua existência independe de um grupo específico, mas sim da presença daquela comunidade que se perpetua no tempo com os descendentes⁷³.

E para que essa convivência seja harmônica é necessário que exista um limite ao exercício das liberdades. Todos os indivíduos não podem fazer o que bem entenderem de forma pura e simples, isto é, é necessário se observar se o exercício de sua liberdade não invade ao limite do próximo. Então, podemos conceituar a necessidade de harmonização entre as liberdades individuais e, também, a liberdade da sociedade/comunidade. Por isso ainda falta um elemento: o regramento social regulado pelo Direito, a qual falaremos em breve.

De tal sorte podemos concluir que o modelo arcaico que inserimos, se expandido e trasladado para nossa realidade se aplica, desde que ampliado, ao

⁷² O homem, que faz parte permanentemente de uma comunidade, integra simultaneamente ou sucessivamente associações de diferentes espécies e das mais variadas finalidades em cujos seios existem e se modificam instituições, dissolvendo-se umas e criando-se outras. Nasce naturalmente no ambiente familiar, onde, além de cuidados especiais, é alimentado, vestido, educado e protegido, passando desde aí pela escola e pela igreja, até que atinge condições de conduta própria, para ingressar na decantada “luta pela vida”, participando sempre de processos associativos e procurando alcançar o seu destino humano por intermédio de processos institucionais. Mas a vida social do homem, além de intensa, é profundamente variada, apresentando-se com diversos matizes. E ele se agrupa a outras pessoas para novos fins, empreendimentos profissionais, econômicos, intelectuais, recreativos, filantrópicos, etc. Esse conjunto de organismos sociais é o que forma, entre as espontâneas relações humanas, a sociedade em geral, oscilando ainda a extensão significativa do vocábulo, porque pode o mesmo compreender desde grupos sociais de uma cidade (sociedade urbana) até a humanidade toda (sociedade humana), compreendendo nessa escala o elemento humano de um Estado (sociedade nacional), que, emoldurada pela ordenação jurídica, recebe a vulgarizada denominação de sociedade política.

Esta passa a constituir o Estado, sem ser a maior de todas as sociedades, possui sobre as outras uma supremacia indisfarçável, decorrente da compulsoriedade que lhe é privativa e que se bifurca em dois fatores positivos: a obrigação de em sua jurisdição o homem permanecer e, em aí ficando, não poder resistir à sua força coercitiva. MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 44 e 45.

⁷³ O Estado constitui uma unidade no espaço, aferida pelo seu fim, em que busca o interesse comum, dos seus membros, bem como pela sua organização, como um todo único, independente dos indivíduos considerados “ut singuli”. Além disso, constitui uma unidade no tempo. Os homens têm existência curta ao contrário do Estado. Demais, aqueles, como membros dêste, sobrevivem através dêle. Realmente, permanece idêntico através de anos e anos, pois o espírito do seu povo mantém sempre grandes afinidades. Para tanto, contribuem a influência de fatores exógenos decorrentes de território, sob a ação do clima, posição geográfica, etc., e do meio social, em que atuam o culto das tradições, o ensino da história, etc., e de fatores endógenos, como seja, a influência dos fenômenos hereditários. Isto se observa melhor nos Estados nacionais. Os indivíduos pertencentes atualmente a um Estado se julgam ligados por relações de solidariedade com os antepassados e com os membros futuros. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A personalidade do Estado**. *Revista de Direito Público*, ano 7 n° 21 jan.-mar., 1969.

modelo de Estado. Senão vejamos: quando um ser humano nasce, já convive em sociedade com sua família. Desde cedo já se relaciona com os membros da comunidade e busca pessoas com as quais possa partilhar interesses comuns, sejam políticos, educacionais, religiosos, dentre outros⁷⁴. Com isso ocorrem associações de interesses. E a fim de reger e harmonizar esses interesses em um dado espaço geográfico para um grupo de pessoas temos um ente acima deles: o Estado. E usa da força e da coerção para que os membros desse Estado respeitem suas regras e normas. Assim, é possível se desenvolver o conceito de Estado:

Há uma grande concordância entre os cientistas quanto e como o estado deve ser definido. Uma definição composta incluiria três elementos. Primeiro, um estado é um conjunto de instituições; estas são definidas pelos próprios agentes do estado. A instituição mais importante do estado é os meios de violência e coerção⁷⁵. Segundo, essas instituições encontram-se no centro do território geográfico limitado a que geralmente nos referimos como sociedade. De modo crucial, o estado olha para dentro de si mesmo, no caso de sua sociedade nacional, e para fora, no caso de sociedades mais amplas entre as quais ele precisa abrir seu caminho; seu comportamento em uma área, em geral, só pode ser explicado pelas atividades na outra. Terceiro, o estado monopoliza a criação das regras dentro do seu território. Isso tende à criação das regras dentro do seu território. Isso tende à criação de uma cultura política comum, partilhada para todos os cidadãos⁷⁶.

3. O Estado de Direito

⁷⁴ La Sociedad se concibe de dos modos distintos y extremos. Como pueblo integrado por cuerpos sociales diversos, desde la familia a una entidad deportiva, sin que el coincida con la teoria organicista; o como un conjunto de individuos ligados entre si por vinculos diferentes. BARREIRO RODRIGUEZ, Tomás. **Lo sócio-político y el Estado de Derecho**. In O Estado de Direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 194 e 195.

⁷⁵ Com sua capacidade de mando e dominação, o Estado, diferindo das outras sociedades, das quais o homem pode retirar-se voluntariamente, até mesmo da família em que nasceu, visa a um elevado objetivo, resumido no bem público, em que se inclui a ordem e a felicidade sociais. Assim, forçosa e necessariamente o homem nele permanece, submisso ao seu poder coativo, a editar-se através de atos estatais, que são adotados por seus órgãos e obrigam a quantos se acham nos limites de validade de suas normas.

Eis por que o Estado é uma sociedade necessária, obrigatória e dominadora, da qual o homem, como ser associativo, não se evade nunca. MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 45.

⁷⁶ **DICIONÁRIO DO PENSAMENTO SOCIAL DO SÉCULO XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 257.

O Estado de Direito rompe com o modelo absolutista⁷⁷, segundo o qual a população estava presa a uma relação vertical com subordinação ao Estado, representado pela figura do monarca. E, em decorrência das Revoluções tanto Americana quanto Francesa, o que se nota é o surgimento de um novo modelo de Estado, calcado, agora, na defesa de interesses individuais e na valorização de preceitos como liberdade e igualdade, o Estado de Direito.

Enrique Ricardo Lewandowski:

Em que pese a importância política dos teóricos medievais, somente a partir das lutas desencadeadas contra o absolutismo, entre os séculos XVII e XVIII, com base nos ideais iluministas, é que se exteriorizou com clareza a noção de que o homem possui certos direitos inalienáveis e imprescritíveis, decorrentes da própria natureza humana e existentes independentemente de qualquer ação estatal. E por isso passou-se a entender, desde então, que tais direitos não poderiam ser, em hipótese alguma, vulnerados pelo Estado ou por qualquer outra instituição ou pessoa⁷⁸.

E se antes o Estado se subordinava as vontades e desejos do monarca, agora, esse novo Estado tem uma relação muito intrínseca com o Direito. Destarte, importante destacar qual a relação do Estado com o Direito, como que um depende do outro e qual a consequência deste novo modelo de Estado para o ser humano. Cláudia Toledo insere a importância do direito na relação com o Estado:

Por *Estado* entenda-se a *organização jurídico-política do poder*, destinada a proporcionar *soberanamente*, em determinado *território*, a garantia dos interesses e valores consagrados pelo *povo* nele fixado.

O Estado não é, então, *fim* em si mesmo, mas organização política da sociedade, normatizada pelo Direito, cuja finalidade é, em última instância, a

⁷⁷ O Estado de Direito, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que vem à tona no final do século XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como ideia força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Como sabemos, os movimentos burgueses romperam com a estrutura feudal que dominava o continente europeu; assim os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis, originadas de um processo novo onde a vontade da classe emergente estivesse consignada. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 157.

⁷⁸ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alli*. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 172.

concretização da liberdade. Apresenta-se como *meio*, instrumento, para a realização do homem enquanto sujeito de direitos, realização somente possível dentro da organização jurídico-política do Estado⁷⁹.

Nesse novo modelo, segundo o qual o Estado passa a regular os direitos dos cidadãos através de seus representantes legais, é importante a relação com o Direito tanto para assegurar direitos, como também para fazer uso da força simbólica do Direito para impor aos cidadãos o dever de cumprir as normas estatais⁸⁰.

É inegável que o Estado sem o Direito⁸¹ perde o seu elemento coercitivo em relação aos membros dessa comunidade. E, por conseguinte, não conseguirá impor sua força e estabelecer o cumprimento de seus ditames legais pelos membros da sociedade se não houver uma previsão normativa com sanção em caso de descumprimento. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello discorre sobre a função do Direito e sua relação com o Estado:

O Direito regula as relações dos homens ou dos grupos sociais formados de homens, ou dos homens com os grupos sociais, estabelecendo, imperativamente, as normas de comportamento, que constituem condições de vida social próspera, entre eles, e governa essas relações de fato, que, em virtude de ditas normas, se transformam em relações de direito.

As relações jurídicas se estabelecem entre sujeitos, denominados ativo e passivo, aos quais correspondem faculdades ou direitos e deveres ou obrigações. Êstes direitos e obrigações dizem respeito ao objeto da relação jurídica, que pode

⁷⁹ TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003, p. 109 e ss.

⁸⁰ O Estado e o Direito são fenômenos históricos e, especialmente, construções humanas. Por isso, os dois evoluíram de tal forma que aquilo que compreendemos hoje como "Estado e Direito" é o resultado de um desenho traçado pelo ser humano ao longo do seu passado e presente.

Entretanto, a ação de composição de estruturas estatais e de sistemas jurídicos nunca foi uniforme. Pelo contrário, a mutação é a característica primordial e comum a elas. Nada na história foge do conflito entre os homens e, sendo assim, é possível afirmar que as mais valiosas figuras jurídicas emergiram dos conflitos e das contradições entre os homens. Alarcón, Pietro de Jesús Lora. **Reflexões sobre processo e Constituição: A tarefa transformadora do processo e a efetividade do Estado Democrático de Direito**. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 18, Jul. 2006.

⁸¹ A palavra "direito" vem do latim *directum*, que corresponde à ideia de regra, direção, sem desvio. No Ocidente, em alemão *recht*, em italiano *diritto*, em francês *droit*, em espanhol *derecho*, tem o mesmo sentido. Os romanos denominavam-no de *jus*, diverso de *justitia*, que corresponde ao nosso sentido de justiça, ou seja, qualidade do direito.

De modo muito amplo, pode-se dizer que a palavra "direito" tem três sentidos: 1) regra de conduta obrigatória (direito objetivo); 2) sistema de conhecimentos jurídicos (ciência do direito); 3) faculdade de poderes que tem ou pode ter uma pessoa, ou seja, o que pode uma pessoa exigir de outra (direito subjetivo). GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 43. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 49.

ser a prestação de um bem ou à prestação de um ato pessoal. Essas relações se estabelecem entre os homens e coisas do mundo externo, mas mesmo quando se estabelecem entre os homens e as coisas, em última análise, se resolvem em relações entre homens.

A essa regra de comportamento se dá o nome de direito objetivo e a êsse poder de agir de conformidade com a norma jurídica e de exigir de outro sujeito um comportamento de acordo com a própria norma, ou melhor, de exigir os cumprimentos das obrigações para satisfação de um interesse que lhe toca, se denomina direito subjetivo. Isso a fim de ser alcançado o justo, isto é, o devido segundo uma certa igualdade, estabelecida pela norma a favor de alguém.

Em princípio, como salientado, sujeito de direito é o homem. Mas, às vezes, os homens se unem para atender, coletivamente, a certos interesses recíprocos, com caráter duradouro e considerados em comum. Daí se reconhecerem tais interesses como de um todo distinto dos homens que o compõem e atribuir-se a êsses entes, assim formados, personalidade.

Entre tais entidades está o Estado. O número das pessoas, que se aproveitam do seu poder jurídico, é bastante grande, praticamente indeterminado, e suscetível de contínuas alterações. Não é conveniente nem mesmo possível considerar e tratar tôdas elas como sujeitos de direito, com referência a dito poder jurídico, mesmo porque o interesse, que tal ordem jurídica objetiva, é o dos indivíduos em coletividade. Êle é havido, então, como uma unidade no tempo, mas distinto dêles considerados isoladamente, pela concepção de um ser à parte. Corresponde, na verdade, à organização moral de um povo, em dado território, sob um poder supremo, para realizar o bem comum dos seus membros⁸².

A relação entre Estado e Direito existe e um faz suporte para o outro e cria, inclusive uma interdependência⁸³. Sobre o tema Clóvis Bevilacqua:

O observador atento não terá dificuldade em reconhecer que o Estado se constitui pela armação do mecanismo externo no poder público e pelo delineamento dos princípios que têm de regular a acção e determinar a amplitude do mesmo. Estes princípios são o direito.

O poder público vive e se exerce pelo direito e para o direito que, por sua

⁸² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A personalidade do Estado**. *Revista de Direito Público*, ano 7 n° 21 jan.-mar., 1969.

⁸³ Nem o Direito é qualquer coisa que está por si mesmo, fora e acima do Estado. Uma vez que ele representa o procedimento e a forma através dos quais o Estado se organiza e dá ordens; nem o Estado, por outro lado, pode agir independentemente do Direito, porque é através do Direito que ele forma, manifesta e faz atuar a própria vontade. GROPPALI, Alessandro. **Doutrina do Estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1952, p. 168.

vez, não pode prescindir delle que é um de seus elementos constitutivos.

O poder publico é a força collectiva da sociedade, tendo por attribuição fixar e aplicar o direito suggerido pelas necessidades sociaes, imposto pelo conflicto dos interesses. Nenhum outro poder, na sociedade, se lhe avantaça ou mesmo o eguala, porque é elle a *suprema potestas*, e expressão, o orgam da soberania nacional. Mas, desde que sáe fóra das regulamentações do direito, perde sua qualidade de energia organizadora, para tornarse um principio dissolvente. O poder deve proteger o direito, mas o direito limita o poder⁸⁴.

Assim, podemos concluir que o Estado e o Direito são essenciais para a garantia do bem estar e da harmonia das relações dos membros da sociedade em um dado território e, também, para garantir certos direitos aos cidadãos. O Direito obriga, coercitivamente, aos cidadãos a cumprirem as normas constantes no Estado. Porém, também impõe ao próprio Estado o cumprimento de regras jurídicas. A obrigatoriedade do próprio Estado em se submeter aos ditames normativos é uma garantia de que o Estado não infringirá direitos que deveria proteger dos membros da comunidade. Assim, o Direito regula e disciplina a relação dos membros do Estado e do próprio Estado.

Katsutoshi Matsmoto destaca a consolidação do Estado de direito⁸⁵:

⁸⁴ BEVILÁCQUA, Clóvis. **O fim do Estado**. Revista dos Tribunais, vol. 723, Jan. 1996.

⁸⁵ A expressão “Estado de direito” é tradução literal da palavra composta alemã “Rechtsstaat.” Encontrada desde os começos do século XIX, a palavra é muito empregada pelo político alemão Friedrich Julius Stahl, e apareceu no título da obra em três volumes de Robert von Mohl “A Ciência da Polícia segundo os Princípios Fundamentais do Estado de Direito”, publicados de 1832 a 1834. Com o passar do tempo, o termo entrou em voga no vocabulário político e jurídico. Rechtsstaat – Estado de direito – quer significar o oposto de “Polizeistaat” – Estado Polícia, o Estado da época do absolutismo. O monarca absoluto devia cuidar da paz do reino e do bem-estar dos seus súditos, como deveres religiosos e morais. Por outro lado, tinha poderes para exigir a plena conformação dos seus governados, até em matéria religiosa, como um governante patriarcal. Podia decretar as leis, mas não estava sujeito a elas, invocando a máxima do direito imperial romano, segundo a qual “o príncipe não está subordinado à lei” – “princeps legibus solutus est.” Em contraposição a tal estrutura política, o liberalismo saído das Revoluções inglesa, norte-americana e francesa prega e estabelece, na prática, a obrigação quase completa de o governante ou, em termos pessoais, o Governo subordinar-se à lei. Quase toda a ação do Estado deve desenvolver-se segundo as fórmulas jurídicas, ficando à margem delas apenas os atos chamados políticos ou “atos de governo”, cuja extensão os partidários do Estado de direito procuram constantemente reduzir. Em suma, a aspiração do Estado de direito é realizar a conhecida frase de um “governo da lei e não de homens”. Essa submissão da atividade estatal, de modo particular a administração, à lei, vem associada com a garantia fundamental da divisão de poderes, que põe termo à concentração de todas as funções do Estado nas mãos do monarca, embora, geralmente, ele não as exercitasse pessoalmente, podendo exercê-las por meio de delegados de sua confiança. Em face do Poder executivo responsável, o liberalismo, ou a sua sistematização jurídica no Estado de direito, colocou mais dois Poderes, um Legislativo e um Judiciário independente. O Poder Legislativo tem não somente competência para fazer as leis ou as normas jurídicas de caráter geral mas também a de estabelecer os recursos para o funcionamento dos serviços públicos, tomar as contas do Executivo e fiscalizar-lhe os atos, de modo que esse poder ficará paralisado sem o apoio do

O conceito de *Estado de Direito* surge no final do século XVIII, início do século XIX, com os movimentos burgueses revolucionários que se opunham ao absolutismo. O objetivo era o de subjugar os governantes à vontade legal, porém, não de qualquer lei. Os movimentos burgueses já tinham rompido com a estrutura feudal e os novos governos deveriam submeter-se também a novas leis, nas quais, a vontade da classe emergente estivesse consignada. Porém, o fato de o Estado se submeter à lei não era suficiente. Era necessário que o Estado tivesse suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. É a ideia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas; fora isso deveriam vigor as regras do mercado, assim como a livre contratação⁸⁶.

O Estado mudou em virtude das Revoluções como a Americana, que culminou com a independência dos Estados Unidos e a criação da Declaração Americana, e da Francesa que resultou no rompimento do regime e na ascensão da burguesia e na criação de um conjunto de direitos que privilegiam aos indivíduos, mas o contexto histórico, o iluminismo e o liberalismo também foram importantes nesse processo.

4. O Estado Democrático de Direito Brasileiro

O Estado, agora, assume um novo papel e a população tem uma participação direta no próprio poder diretivo estatal, visto que, cabe ao povo eleger os seus representantes que integrarão o Poder Executivo e o Legislativo, no sistema de separação de poderes⁸⁷. E, uma vez eleitos deverão obedecer aos ditames da

Parlamento. O Poder Judiciário, revestido do máximo de garantias, deve pairar acima da política partidária, a fim de resolver as divergências entre órgãos da administração, entre esta e os administrados, e decidir os litígios dos particulares. SAMPAIO, Nelson de Souza. **Estado de Direito – conceito e características**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 2, Mai. 2011.

⁸⁶ MATSMOTO, Katsutoshi. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 33, Out. 2000.

⁸⁷ O governo representativo está, por natureza, vinculado ao princípio da separação de poderes. Em primeiro lugar, pela separação entre o exercício do poder pelo povo através das eleições e o exercício do poder pelos governantes (disso tiveram consciência logo os autores liberais, preocupados com a garantia das liberdades). Depois, pela necessidade de equilíbrio entre os órgãos electivos. O que denota em implicações básicas: a) Pluralidade de órgãos de função política, cada qual com

Constituição Federal, esta é o marco regulatório tanto do Estado quanto dos cidadãos. Sobre o tema Paulo Bonavides:

Todo sistema político quando funciona normalmente pressupõe uma ordem de valores sobre a qual repousam as instituições. Em se tratando de um sistema democrático do modelo que se cultiva no ocidente, essa ordem é representada pela Constituição, cujos princípios guiam a vida pública e garantem a liberdade dos cidadãos.

Nas formas democráticas a Constituição é tudo: fundamento do Direito, ergue-se perante a Sociedade e o Estado como o valor mais alto, porquanto de sua observância deriva o exercício permanente da autoridade legítima e consentida. Num certo sentido, a Constituição aí se equipara ao povo cuja soberania ela institucionaliza de modo inviolável⁸⁸.

Paulo Gustavo Gonet Branco destaca as mudanças do Estado e a importância da Constituição:

A Constituição tem por meta não apenas erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando os indivíduos contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância, tem por alvo criar bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos. Isso reconfigura o Estado, somando-lhe às funções tradicionais as de agente intervencionista e de prestador de serviços⁸⁹.

competência própria (incluindo de auto-organização) e não podendo nenhum ter outra competência além da fixada pela norma jurídica; b) Primado de competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, de composição pluralista e com procedimento contraditório e público; c) Independência dos tribunais, com reserva de jurisdição; d) Criação de mecanismos de fiscalização ou de controlo interorgânico (e intraorgânico), sejam de mérito ou de legalidade e constitucionalidade; e) Divisão pessoal de poder, através de incompatibilidades de cargos públicos; f) Divisão temporal, através da fixação do tempo de exercício dos cargos e de limitações à sua renovação, e divisão político-temporal, por meio da previsão de durações diferentes dos mandatos e de não acumulação das datas das eleições dos titulares de órgãos representativos; g) Divisão territorial ou vertical, através do federalismo ou do regionalismo político e da descentralização administrativa local; h) Divisão funcional através da descentralização administrativa institucional (associações e fundações públicas, institutos públicos, universidades públicas). MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VII. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 82 e 83.

⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 344.

⁸⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 64.

A Constituição, portanto, é o estatuto do Estado. Será ela que irá determinar as diretrizes e bases a serem seguidas tanto pelos membros do Estado quanto pelo próprio Estado Democrático de Direito. Assim, se evita que o próprio Estado possa vir a ser intolerante ou que se negue a garantir ou efetivar os direitos dos cidadãos.

Mauricio Godinho Delgado destaca a importância do Estado Democrático de Direito:

O Estado Democrático de Direito consubstancia o marco contemporâneo do constitucionalismo. Tem como fulcro o processo de transformação política, cultural e jurídica, ocorrido a partir do final da 2.^a Guerra Mundial, na realidade histórica do Ocidente.

Expressa-se, em um primeiro momento, nas Constituições da França (1946), Itália (1947) e Alemanha (1949), todas de fins da década de 1940. Esse marco, contudo, continuou a se elaborar em textos constitucionais que surgiram nas décadas subsequentes, como a de Constituição de Portugal, de 1976, a da Espanha, de 1978, além da Constituição do Brasil, de 1988⁹⁰.

A função precípua do Estado Democrático de Direito, é estabelecida pela Constituição Federal através dos Artigos 1º e 3º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais indispensável se faz a complementação do Preâmbulo da Carta Magna: (...) um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o

⁹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho**. Revista de Direito do Trabalho, vol. 147, Jul. 2012.

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Assim, será missão desse Estado Democrático de Direito instituir os mandamentos e ditames constitucionais na sociedade e os destinatários serão os membros do povo. A Constituição Federal de 1988 é clara em seu artigo 1º ao determinar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e coaduna tal pensamento através do parágrafo único do mesmo artigo ao ratificar que o poder emana do povo e que esse o exerce através do voto elegendo seus representantes eleitos⁹¹. E Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery destacam a composição desse Estado Democrático de Direito:

O Estado Constitucional, para ter as qualidades que o caracterizam, deve primar por ser *Democrático de Direito*. É, portanto, identificado por duas qualidades: a) *Estado de Direito* e b) *Estado Democrático*. Nele o poder estatal deve organizar-se em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos. Caracteriza-se pela *dignidade da pessoa humana* como premissa antropológico-cultural, pela *soberania popular e divisão de poderes, pelos direitos fundamentais e tolerância, pela pluralidade de partidos e a independência dos tribunais*. O Estado Constitucional impõe o sentido de dimensão dos direitos fundamentais, juntamente com os direitos liberais clássicos. Nele, os *direitos* sociais passam, também, a ser considerados direitos fundamentais, que possibilitam a exigência de prestações positivas pelo Estado em favor dos cidadãos⁹².

Carlos Ari Sunfeld identifica os elementos que determinam um Estado Democrático de Direito:

- a) criado e regulado por uma Constituição;
- b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres;

⁹¹ CF, Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹² NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 144.

- c) o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros;
- d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes;
- e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado;
- f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social⁹³.

Ademais, importante destacar a participação popular no Estado Democrático de Direito Brasileiro⁹⁴, visto que o art. 1º da Constituição Federal de 1988⁹⁵ afirma que *todo poder emana do povo e em seu nome é exercido*, sobre o tema Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Está aqui consagrado o princípio democrático segundo o qual o supremo poder no Estado, a soberania, pertence ao povo que é a fonte única do poder político. Este princípio se complementa pelo representativo, enunciado pela Constituição no *caput* deste artigo. Fica assim claramente definida a forma de governo: republicana, democrática e representativa. Igualmente se torna patente que é o povo que é representado e não qualquer outra entidade, como a Nação ou a Classe⁹⁶.

Miguel Reale discorre sobre o poder estatal e a sua relação com o povo:

Poder estatal ou soberania, já que emprego êstes dois termos como sinônimos, é, numa compreensão quase literal, o *poder político*, ou seja, o poder enquanto força social ordenada unitariamente como expressão do querer coletivo de um povo. Há, dessarte, no conceito de poder estatal uma nota distintiva ou específica: o *sentido de totalidade* que o informa, tal como transparece quando

⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 56 e 57.

⁹⁴ Cuida-se, sim, da representação do povo enquanto modo de tornar o povo (ou o conjunto dos governados) presente no exercício do poder de quem ele escolha ou de quem tenha a sua confiança. A representação política é o modo de que o povo, titular do poder, agir ou reagir relativamente aos governantes. MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VII. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 71 e 72.

⁹⁵ CF. Art. 1º. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 51.

dizemos, usando conhecida e repetida fórmula, que “todo poder emana do povo e em seu nome é exercido”. Isto significa que o poder estatal não provém de um indivíduo, de uma categoria ou de uma classe, mas do povo como totalidade dos indivíduos, das categorias e das classes, e não se destina a servir a qualquer desses elementos em detrimento dos outros, mas sim à *totalidade*, na qual os mesmos devem harmônicamente se integrar. Poder-se-ia dizer que, de certo modo, o poder de um estatal se distingue dos demais por originar-se *todo* (o querer comum do povo) a serviço do bem comum que lhe corresponde⁹⁷.

E se o poder emana do povo e para o povo deve, portanto, o Estado Democrático de Direito Brasileiro cumprir com os desígnios determinados pela Constituição acerca dos direitos do povo. Portanto, é o objetivo do Estado Democrático Brasileiro, como determina a Constituição Federal em seu artigo 3º: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e, ainda, garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos, sem qualquer discriminação.

De tal sorte que o Estado não pode garantir ou empreender esforços econômicos em todas e quaisquer necessidades da população, porém, os preceitos básicos são obrigatórios em termos de investimentos pelo Estado Democrático de Direito sob pena de vilipêndio da dignidade da pessoa humana, primado constitucional previsto e protegido através do art. 1º, III. E, assim, cabe acrescer a defesa da dignidade da pessoa humana pelo próprio Estado brasileiro. Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais⁹⁸.

⁹⁷ REALE, Miguel. **Da responsabilidade do poder**. Revista de Direito Público, ano 7 n°. 15 jan.-mar., 1969.

⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, págs. 61 e 62.

Assim, cabe ao Estado Democrático de Direito Brasileiro garantir e efetivar a sua população um conjunto de direitos tidos como fundamentais, e João Paulo Mendes Neto destaca a importância do termo:

A adjetivação “fundamental” deve ser entendida como algo de grande importância para existência humana, algo tão inerente ao homem que o garante a condição de pessoa. Em associação, os direitos fundamentais devem ser entendidos como direitos que possuem uma prevalência dos valores e interesses por eles defendidos em relação a outros valores e interesses que não se fundam em direitos de elementar importância⁹⁹.

Portanto, a tarefa principal do Estado Democrático de Direito é assegurar e fornecer os meios e elementos para garantir as aptidões as aspirações e anseios dos indivíduos. E os fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro são calcados na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nas liberdades, da igualdade, nos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo.

Destarte podemos destacar ser função de o Estado desenvolver os mecanismos necessários para assegurar a harmonia social e as mesmas condições de existência para todos os membros da sociedade. E, também é sua função corrigir eventuais desvios quando os primados fundamentais não forem respeitados. Portanto, esse conjunto de deveres do Estado compreende a defesa dos Direitos Fundamentais. Sobre o tema Rogério Vidal Gandra da Silva Martins:

O Estado presta serviços atendendo à necessidade coletiva direta, quando esta necessidade é imprescindível para a coletividade, ou seja, o serviço prestado atinge diretamente a sociedade. Isto ocorre quando o Estado atua na ordem econômica e social. São necessidades permanentes da coletividade e não apenas quando houver distúrbios, como no caso das necessidades coletivas indiretas. Exemplos: transportes, correio, petróleo, educação, previdência social etc.¹⁰⁰.

⁹⁹ MENDES NETO, João Paulo. **Direitos fundamentais um pressuposto à soberania, democracia e o Estado Democrático de Direito**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 80, Jul. 2012.

¹⁰⁰ MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. In MARTINS, Ives Gandra da Silva & Passos, Fernando (orgs.). **Manual de Iniciação ao Direito**. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 346.

Portanto cabe ao Estado Democrático de Direito efetivar os Direitos individuais do cidadão¹⁰¹, isto é, a assunção do pleno exercício da igualdade e da liberdade¹⁰² para a efetivação dos direitos fundamentais. Sobre o tema Jürgen Habermas:

Essa categoria de direitos encontra aplicação reflexiva na interpretação dos direitos constitucionais. Os direitos políticos fundamentam o *status* de cidadãos livres e iguais; e esse *status* é auto-referencial na medida em que possibilita aos civis modificar sua posição material com relação ao direito, com o objetivo da interpretação e da configuração da autonomia pública e privada. Tendo na mira esse objetivo, os direitos até agora explicitados *implicam*, finalmente: Direitos fundamentais a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances¹⁰³.

Pontes de Miranda e os direitos fundamentais:

Direitos fundamentais, ou são direitos fundamentais supra-estatais, ou direitos fundamentais não-supra-estatais. Esses se acham tão intimamente ligados ao ideal que presidiu à feitura da Constituição, que se concebem. Nela, como direitos básicos¹⁰⁴.

¹⁰¹ Quando introduzimos o sistema dos direitos dessa maneira, torna-se compreensível a interligação entre soberania do povo e direitos humanos, portanto a co-originariedade da autonomia política e da privada. Com isso não se reduz o espaço da autonomia política dos cidadãos através de direitos naturais ou morais, que apenas esperam para ser colocados em vigor, nem se instrumentaliza simplesmente a autonomia privada dos indivíduos para fins de uma legislação soberana. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I, p. 164 e 165.

¹⁰² Pontes de Miranda: A passagem dos direitos e da liberdade às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana. Invenção da democracia. Invenção que se deve, em parte, ao princípio majoritário: primeiro, porque, se bem que fosse possível na democracia direta, em verdade se obteve graças a expedientes de maioria (*quorum* maior, maioria de dois terços, três quartos, quatro quintos), para a revisão da Constituição; segundo, porque, mediante ela, se evita que seja sacrificados os interesses dos eleitores que votaram e venceram, bem como os dos que votaram e perderam, e os dos que não puderam votar ou não votaram. MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 51.

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I, p. 160.

¹⁰⁴ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 85.

E, os Direitos Fundamentais estão consagrados na Constituição Federal Brasileira no artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Todos são iguais perante a lei em uma sociedade que todos têm direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade¹⁰⁵. São estes os primados fundamentais. Gilmar Ferreira Mendes destaca a importância destes direitos fundamentais:

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção de o constituinte emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em 78 incisos e 4 parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância¹⁰⁶.

E Vidal Serrano Nunes Jr. os conceitua:

Podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a associalização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I, p. 169.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 468.

¹⁰⁷ NUNES JR., Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 15.

Por fim, Mauricio Godinho Delgado:

O conceito de Estado Democrático de Direito funda-se em um inovador tripé conceitual: *pessoa humana*, com sua *dignidade*; *sociedade política*, concebida como *democrática e incluyente*; *sociedade civil*, concebida como *democrática e incluyente*. Nessa medida, apresenta clara distância e inovação perante as fases anteriores do constitucionalismo¹⁰⁸.

A preocupação do legislador constituinte foi tanta em proteger os direitos fundamentais que os determinou como cláusula pétrea¹⁰⁹. Isto quer dizer que nenhuma Emenda Constitucional ou uma legislação terá o condão de modificar qualquer um desses direitos. Como o poder soberano emana do povo, somente este através de um plebiscito ou um referendo que poderá decidir acerca da modificação de um direito fundamental, porém, como este é destinado ao próprio povo dificilmente haveria interesses neste sentido.

5. A falência do Estado Democrático de Direito

Ao longo desse estudo desenvolvemos o conceito de Estado, de Estado de Direito, para por fim, chegarmos ao Estado Democrático de Direito, e, com ele apresentamos os direitos tidos como fundamentais inerentes à atividade do Estado Democrático de Direito, responsável por ser o garante e efetivador não apenas dos direitos, como de assegurar que os membros da sociedade possam ter o direito a terem direitos.

¹⁰⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho**. Revista de Direito do Trabalho, vol. 147, Jul. 2012.

¹⁰⁹ A norma proíbe o Congresso Nacional de elaborar emenda constitucional que vise a abolir as garantias que menciona. Por essa razão essas garantias são denominadas de *cláusulas pétreas*, isto é, imodificáveis por meio de processo legislativo ordinário de emenda constitucional. As cláusulas pétreas podem ser modificadas mediante manifestação inequívoca da soberania popular nesse sentido, exteriorizada por meio de plebiscito ou referendo.

A cláusula pétrea constante da norma comentada abrange não apenas os direitos e garantias *individuais*, como parece fazer crer sua literalidade, mas os direitos e garantias fundamentais *tout court*, individuais e coletivos, também incluídos os não positivados no rol da CF 5°. Isto porque os direitos e garantias da CF 5° são indissociáveis e não podem ser separados entre *individuais e não individuais*. Os direitos e garantias fundamentais são a base do Estado Democrático de Direito, quer tenham como titular pessoa física ou jurídica, direitos individual, coletivo ou difuso, e por essa razão é que não pode ser abolidos por emenda constitucional. NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2009, p. 422.

Dentre os direitos tidos como fundamentais apresentamos a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, em maior relevo, pois, em que pese o respeito aos demais direitos esses são essenciais para a harmonia social, o respeito das relações em um Estado Democrático de Direito e são a base para o conjunto e direitos aos quais todos possuem e são garantes de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

Fora os já listados cabe ao Estado também garantir e efetivar questões primárias e fundamentais na sociedade como a propriedade, educação e a saúde¹¹⁰, estes também são direitos fundamentais. Quando o Estado cumpre com o seu papel o que se percebe é uma sociedade equilibrada, com poder de reação e cobrança ante a ineficácia estatal e com notada redução do caos social, da capacidade delitiva dos membros da sociedade e, por conseguinte, da população carcerária.

E, como percebemos o Estado Democrático de Direito Brasileiro nos dias correntes? Um Estado centrado com a questão penal e o simbolismo que essa área do Direito possui, com o caráter repressor e, em tese, inibidor de condutas, busca o Estado a repressão penal como medida para minorar o cometimento de delitos e, por conseguinte, alcançar a harmonia social e trazer a segurança e a paz social para as relações entre os membros da comunidade brasileira.

E, novamente, na prática o que temos? Os crimes não se reduzem, ao contrário. Uma superpopulação carcerária que não para de crescer, com uma elevada parte desses membros nos CDTs (Centros de Detenção Temporária), local destinado àqueles que já cumprem a pena, mas que ainda aguardam julgamento. E a desorganização e a panacéia de procedimentos e burocracias estatais são tamanhos que é comum vários presos cumprirem a pena sem ter sequer iniciado seu julgamento. E como fica se for considerado inocente? Como será a reparação do Estado? Tais respostas são ignoradas.

Dentro dos presídios, o que se nota é a ausência dos primados constitucionais, pois, há muito mais presos do que espaço, a dignidade da pessoa

¹¹⁰ A constituição da saúde como direito fundamental é uma das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988, na medida em que as referências eventualmente encontradas em textos constitucionais anteriores, quando existentes, limitavam-se às regras sobre distribuição de competências executivas e legislativas ou à salvaguarda específica de algum direito dos trabalhadores. Nesse sentido, a explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde, resultam na evolução dos sistemas de proteção estabelecidos pela legislação ordinária anterior. CANOTILHO, J. J.; MENDES, Gilmar Ferreira; et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1925 e 1926.

humana e a aplicação dos direitos fundamentais são um tema basicamente inexistente na notada maioria dos presídios brasileiros.

Os problemas somente crescem e se desenvolvem. Nos recentes anos, o Estado investiu na efetivação dos direitos sociais, mas o fez de forma errônea apenas e tão somente dando dinheiro à população através de programas sociais. Com isso, não se investiu na base, não se desenvolveu a cidadania e nem se incentivou os contemplados a estudarem, trabalharem e melhorarem sua condição, para, inclusive sair dessa condição e não mais precisar do assistencialismo estatal.

O Estado se mostra perdido, não enfrenta o caos social que ele próprio formou. Assim, o Estado Democrático de Direito não cumpre com o seu papel, ao contrário, falha e padece ao tentar combater outros elementos decorrentes de sua própria ineficácia. Ao não investir na educação e no desenvolvimento da cidadania, o Estado peca e não forma as gerações vindouras como pessoas com direitos e obrigações, mas sim, um conjunto de alienados sobre a vida em sociedade.

O que se vê quando precisa dos direitos fundamentais a serem fornecidos pelo Estado Democrático de Direito beira o caos: ensino deficitário, desatualizado e que não prima pela tolerância e respeito a todas as raças, religiões e crenças; um sistema de saúde que produz desespero em quem dele depende, pois, as filas são grandes, o atendimento é péssimo, muitos profissionais sem a devida capacitação e com clara defasagem para o fornecimento adequado de medicação nos postos de saúde.

Casos como uma pessoa ter um problema grave e ser medicado com algo totalmente disparatado como uma aspirina não são exceções no Sistema Único de Saúde. E quando não se tem educação e saúde, também não se tem cidadania, não se aprende os valores essenciais e a sociedade padece.

Como medida paliativa, o Estado opta por tratar das consequências de sua ineficiência que ocasiona as mazelas sociais, então investe em programas para desenvolver os direitos sociais e, também, cria em profusão leis e normas para combater os delitos mais frequentes e, com isso, angariar a aprovação social.

O povo, ao receber dinheiro e demais incentivos responde com a aprovação ao esse Estado e negligencia a própria ineficácia do mesmo ao não cobrar mais investimentos e desenvolvimentos. E, quando medidas midiáticas são tomadas com a criação de novas leis o que se vê é a promoção de políticos ao levantarem e

brandarem bandeiras populares de pleitos sociais, mas e a efetividade prática? Caminha em paripasso com o Estado, ou seja, rumo a ineficácia.

Assim caminha a realidade nacional, com medidas eleitoreiras para enfrentar problemas que não se solucionam com a questão da repressão. A prisão e o endurecimento penal não solucionam questões como a violência doméstica, o estupro, a intolerância, a homofobia, basta ver o crescimento contínuo de casos e denúncias, mesmo com a repressão cada dia maior em atitudes populistas e midiáticas.

O crimes de estupro é um dos mais reprimidos pelo ordenamento penal, qual a sua eficácia prática da medida? A cada 11 minutos temos um novo estupro no Brasil, e, por que as medidas são ineficazes? Porque não se combate a causa e sim a consequência. Isso para não falar na crise institucional das penitenciárias brasileiras aonde os direitos fundamentais e o respeito à dignidade de pessoa humana são palavras absolutamente desconhecidas ante ao tratamento desumano aos detentos brasileiros.

A Constituição Federal de 1988 prevê um conjunto de liberdades e, dentre elas, a liberdade religiosa, mas e na prática? Mandos e desmandos sobre o tema com atos de intolerâncias para praticantes daqueles que não acompanham a maioria na seara religiosa. E no tocante as religiões de matriz africana, por exemplo, seus próprios rituais enfrentam perseguições e desmandos daqueles que não compreendem a crença e o Estado se cala, não garante o direito constitucional à liberdade religiosa.

A crise reside na falência do próprio Estado Democrático de Direito Brasileiro que deve investir em formar o cidadão dando educação adequada as nossas crianças, informando o que é cidadania inculcando os conceitos de retidão e correção e do respeito ao próximo.

O resultado não será imediato, ao contrário, a longo prazo, com retorno em daqui a, no mínimo, um par de décadas, mas a sociedade brasileira enferma e em crise se modificará, se recuperará e passará a cobrar o próprio Estado. É o caminho para a implantação e efetivação do tratamento desigual aos iguais na medida e exata proporção de suas desigualdades; é o respeito as suas liberdades; a efetivação da dignidade da pessoa humana; da garantia da saúde e da formação, de fato, de uma sociedade democrática.

6. Conclusão

O Estado Democrático de Direito brasileiro, em pleno século XXI, se mostra despreparado para fornecer o mínimo à sua população; e o conjunto essencial de direitos tidos como fundamentais são constantemente negligenciados por aquele que deveria ser o seu garante e efetivador: o próprio Estado Democrático de Direito.

Se você precisa do Sistema Único de Saúde para um exame, um atendimento especializado, ou mesmo de um remédio fora dos básicos, boa sorte, pois, longas filas o aguardam, e a insuficiência seja nos suprimentos, no atendimento ou na especialização é a regra. O Estado não consegue fornecer o elementar e, para escamotear suas próprias deficiências busca atacar as consequências de suas falhas e não a causa em si.

Assim, cria em profusão inpar Leis, Decretos, Portarias e afins para combater questões fundamentais como a violência doméstica, o estupro, o abuso infantil, a pornografia, apenas para citar alguns dos crimes sexuais mais abordados pelo legislador. Todavia, qual a eficácia prática da conduta? Duvidosa: mesmo o estupro sendo um dos crimes mais apenados do ordenamento penal brasileiro, a cada 11 minutos uma mulher é estuprada e a cada duas horas e meia um estupro coletivo ocorre no Brasil.

Na esfera dos idosos, o desmazelo do Estado Democrático de Direito fez com que o legislador criasse o Estatuto do Idoso, no qual prevê, em seu art. 43, que as medidas de proteção ao idoso, dentre outros são aplicáveis por ação ou omissão do Estado. Ora, é o reconhecimento da própria falência.

Já passou da hora do Estado imiscuir suas falhas e relegar a sociedade a sua própria sorte. É momento de se tratar a causa, qual seja: a falência do Estado Democrático de Direito. De tal sorte que o caminho espinhoso, árduo e, mais do que isso, que não dá votos, é investir maciçamente em educação e cidadania para que as pessoas aprendam a se importar e a valorizar a si e aos demais.

Claro que uma das consequências disso será dar consciência e capacitação à população e ofertará a oportunidade da cobrança ao próprio Estado que hoje é abafada pela constante apresentação de ações para as consequências dessa falência. O resultado, muito mais eleitoreiro, ilude a população de que a adoção desta

ou daquela medida irá sanear o problema posto, quando, em verdade, somente irá abafar momentaneamente a crise criada pelo próprio Estado Democrático de Direito.

Da forma como está a sociedade padece é ignorada e relegada a um segundo plano, os que do Estado carecem ficam ao léu, e os direitos fundamentais seguem lindos, uma construção abstrata incrível que, por culpa exclusiva do Estado segue apenas e tão somente no plano ideal.

Assim, questionamos: até quando você quer ser enganado ou iludido pelo pretense Estado Democrático de Direito? Caso o descaso tenha passado todos os limites exige o que nada é tratado pelo Estado: EDUCAÇÃO, investimentos em campanhas de cidadania e formemos as futuras gerações para que nas décadas vindouras possamos sair do limbo em que nos encontramos.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Reflexões sobre processo e Constituição: A tarefa transformadora do processo e a efetividade do Estado Democrático de Direito**. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 18, Jul. 2006.

AZARA, Antonio e EULA, Ernesto. **Novissimo Digesto Italiano**, v. XVIII. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1957.

BARREIRO RODRIGUEZ, Tomás. **Lo sócio-político y el Estado de Derecho**. In *O Estado de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. **O fim do Estado**. *Revista dos Tribunais*, vol. 723, Jan. 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Teoria Geral do Estado**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

CANOTILHO, J. J; MENDES, Gilmar Ferreira; et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho**. Revista de Direito do Trabalho, vol. 147, Jul. 2012.

DICIONÁRIO DO PENSAMENTO SOCIAL DO SÉCULO XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito Constitucional: Liberdade de fumar, privacidade, Estado, Direitos Humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GROPPALI, Alessandro. **Doutrina do Estado**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1952.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 43. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia. Entre facticidade e validade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. vol. I.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In MARTINS, Ives Gandra da Silva *et alli*. **Lições de Direito Constitucional em homenagem ao jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Coleção Os pensadores. Trad. Olívia Bauduh. São Paulo: Nova cultural, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva e BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. In MARTINS, Ives Gandra da Silva & Passos, Fernando (orgs.). **Manual de Iniciação ao Direito**. São Paulo: Pioneira, 1999.

MATSMOTO, Katsutoshi. **O Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, vol. 33, Out. 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A personalidade do Estado**. *Revista de Direito Público*, ano 7 n° 21 jan.-mar., 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de direito constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES NETO, João Paulo. **Direitos fundamentais um pressuposto à soberania, democracia e o Estado Democrático de Direito**. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 80, Jul. 2012.

MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo VII. Coimbra: Coimbra, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e legislação constitucional**. 2 ed. São Paulo: RT, 2009.

NUNES JR., Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

REALE, Miguel. **Da responsabilidade do poder**. Revista de Direito Público, ano 7 n° 15 jan.-mar., 1969.

SAMPAIO, Nelson de Souza. **Estado de Direito – conceito e características**. Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 2, Mai. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOLEDO, Cláudia. **Direito Adquirido e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Landy, 2003.