

DIREITO CONSTITUCIONAL

Teoria Geral e Direitos Fundamentais



ANTONIO CARLOS GOMES FERREIRA

Doutorando em Educação e Mestre em Direito. Graduado em Direito, Filosofia e Teologia; graduando em História. Especialista em Direito do Trabalho, Direito Constitucional e Político, em Filosofia Contemporânea, Ciência Política e em Sociologia. Advogado, filósofo, escritor e professor de Filosofia e de Direito Constitucional no ensino superior.

DIREITO CONSTITUCIONAL

Teoria Geral e Direitos Fundamentais



1ª Edição

Clube de Autores

São Paulo

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro – SP – Brasil)

F439d

Ferreira, Antônio Carlos Gomes.

Direito Constitucional: Teoria Geral e Direitos Fundamentais / Antônio Carlos Gomes Ferreira. São Paulo: [s.n.], 2020, 368 p.; 21 cm.

ISBN: 978-85-471-0339-2

1. Direito Constitucional. 2. Teoria geral. 3. Direitos fundamentais.
I. Título.

CDD: 341.2

Ficha catalográfica elaborada por
Débora Soares Vicente de Santana – Bibliotecária CRB-9/1914

Índice para catálogo sistemático:

- | | |
|---------------------------|-------|
| 1. Direito constitucional | 341.2 |
| 2. Teoria geral | 341.2 |

Esta obra preserva todos os direitos do autor.
Copyright©2016 Antonio Carlos Gomes Ferreira

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184, do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994/2004

Impressão: Alpha Graphics do Brasil - CNPJ: 04.241.392/0001-31

Projeto Gráfico: ArteSam - CNPJ - 22.680.150/0001-26

Revisão: Claudionor Aparecido Ritondale

Distribuição e Venda: agbook.com.br

Clube de Autores Publicações S/A

CNPJ nº 16.779.786/0001-27

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Dedico esta obra aos meus genitores, Manoel e Maria Helena, bem como a todos aqueles que manifestam inquietação diante do mundo, que amam buscar a verdade, que sentem necessidade de sair do conforto do conformismo.

Nas favelas, no Senado, sujeira pra todo lado. Ninguém respeita a Constituição. Mas todos acreditam no futuro da nação. Que país é esse?

Renato Russo

Sumário

1. NOÇÕES PRELIMINARES E GERAIS.....	25
1.1. Teoria Geral do Estado.....	25
1.1.1. Estado.....	25
1.1.2. Formas de Estado.....	27
1.1.3. Forma de Governo.....	29
1.1.4. Sistemas de Governo.....	30
1.1.5. Regimes Políticos.....	31
1.2. Direito Constitucional.....	33
1.2.1. Constitucionalismo.....	33
1.2.1.1. <i>Evolução histórica do constitucionalismo</i>	34
1.2.2. Neoconstitucionalismo.....	36
1.3. Ordem constitucional.....	37
1.3.1. Afirmação da supremacia do indivíduo.....	38
1.3.2. A questão da democracia.....	39
1.3.3. Limitação do poder.....	40
1.3.4. O princípio da separação de poderes.....	42
1.3.5. Críticas ao modelo de Montesquieu.....	43
1.3.6. Controle recíproco e interpenetração.....	44
1.3.7. O mecanismo de pesos e contrapesos na CF/88.....	45
1.4. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	46
2. TEORIA GERAL DAS CONSTITUIÇÕES.....	49
2.1. Concepções de Constituição.....	49
2.1.1. Conceito sociológico.....	49
2.1.2. Conceito político.....	50

2.1.3. Conceito jurídico.....	50
2.1.4. Conceito de constituição em outras acepções.....	51
2.2. Classificação das espécies de Constituição.....	52
2.2.1. Quanto ao conteúdo.....	52
2.2.2. Quanto à forma.....	53
2.2.3. Quanto ao modelo de elaboração.....	53
2.2.4. Quanto à origem.....	54
2.2.5. Quanto à extensão.....	55
2.2.6. Quanto à dogmática.....	55
2.2.7. Quanto à estabilidade ou mutabilidade.....	56
2.2.8. Quanto ao critério ontológico.....	58
2.2.9. Quanto ao sistema.....	59
2.2.10. Outras classificações.....	59
2.2.11. Classificação da Constituição de 1988.....	60
2.3. Elementos da Constituição.....	60
2.4. Supremacia da Constituição.....	62
3. PODER CONSTITUINTE.....	63
3.1. Poder Constituinte Originário.....	64
3.2. Poder Constituinte Derivado.....	65
3.2.1. Poder Constituinte Derivado Revisor.....	66
3.2.2. Poder Constituinte Derivado Decorrente.....	66
3.3. Limites do Poder Constituinte.....	67
3.3.1. Emenda Constitucional.....	68
3.4. Poder Constituinte Difuso.....	69
3.5. Poder Constituinte Supranacional.....	70
3.6. Considerações Finais.....	70
4. NORMAS CONSTITUCIONAIS.....	73

4.1. Princípios, regras e postulados normativos.....	73
4.1.1. Colisão entre princípios e regras.....	75
4.2. Norma Constitucional no tempo e no espaço.....	76
4.2.1. Recepção das normas pré-constitucionais.....	77
4.2.2. Repristinação.....	78
4.2.3. Desconstitucionalização.....	79
4.2.4. Recepção material de normas constitucionais.....	79
4.3. Aplicabilidade e eficácia das normas constitucionais.....	80
4.3.1. Normas constitucionais de eficácia plena.....	80
4.3.2. Normas constitucionais de eficácia contida.....	81
4.3.3. Normas constitucionais de eficácia limitada.....	81
4.3.3.1. <i>Distinção entre aplicabilidade e aplicação</i>	82
4.4. Outras classificações.....	83
4.4.1. Normas supereficazes ou de eficácia absoluta.....	84
4.4.2. Normas de eficácia plena.....	84
4.4.3. Normas de eficácia relativa restringível.....	84
4.4.4. Normas de eficácia relativa complementável.....	85
4.4.5. Normas constitucionais de eficácia exaurida.....	85
4.4.6. Normas de aplicação e normas de integração.....	86
5. A CONSTITUIÇÃO E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.....	87
5.1. As Constituições brasileiras.....	87
5.1.1. Constituição de 1824.....	88
5.1.2. Constituição de 1891.....	90
5.1.3. Constituição de 1934.....	93
5.1.4. Constituição de 1937.....	96
5.1.5. Constituição de 1946.....	99
5.1.6. Constituição de 1967.....	101

5.1.6.1. <i>As Emendas à Constituição em 1969</i>	104
5.1.7. Constituição de 1988.....	105
5.2. Estrutura da Constituição de 1988	109
5.2.1. Preâmbulo.....	109
5.2.2. Corpo normativo.....	111
5.2.3. Atos das Disposições Constitucionais Transitórias.....	112
5.2.3.1. <i>Classificação das normas do ADCT</i>	113
5.2.3.2. <i>Natureza jurídica das normas do ADCT</i>	114
5.3. Princípios Fundamentais	115
5.3.1. Princípio Republicano.....	117
5.3.2. Princípio Federativo.....	118
5.3.3. Princípio Democrático.....	119
5.3.4. Fundamentos da República Federativa do Brasil.....	120
5.3.4.1. <i>Soberania</i>	121
5.3.4.2. <i>Cidadania</i>	122
5.3.4.3. <i>Dignidade da pessoa humana</i>	123
5.3.4.4. <i>Valores sociais do trabalho e da livre iniciativa</i>	125
5.3.4.5. <i>Pluralismo político</i>	126
5.3.5. Princípio da separação de poderes.....	126
5.3.6. Objetivos fundamentais da República Federativa.....	127
5.3.7. Princípios nas relações internacionais.....	130
5.3.7.1. <i>Prevalência dos Direitos Humanos</i>	131
5.3.7.2 <i>Solução pacífica dos conflitos e defesa da paz</i>	132
5.3.7.3. <i>Repúdio ao terrorismo e ao racismo</i>	133
5.3.7.4. <i>Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade</i>	134
5.3.7.5. <i>Concessão de asilo político</i>	135
5.3.8. Considerações Finais.....	136

6. DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	139
6.1. Direitos Fundamentais.....	139
6.1.1. Características.....	140
6.2. Gerações de direitos fundamentais.....	141
6.2.1. Direitos fundamentais de primeira geração.....	142
6.2.2. Direitos fundamentais de segunda geração.....	144
6.2.3. Direitos fundamentais de terceira geração.....	145
6.2.4. Direitos fundamentais de quarta geração.....	156
6.2.5. Direitos fundamentais de quinta geração.....	147
6.3. Direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	147
6.4. Direitos, deveres e garantias fundamentais.....	148
6.4.1. Direito à vida.....	150
6.4.1.1. Aborto.....	150
6.4.1.2. Eutanásia.....	151
6.4.1.3. Pena de morte.....	151
6.4.1.4. Direito à Integridade física.....	152
6.4.1.5. Direito à integridade moral.....	152
6.4.1.6. Venda de órgãos.....	152
6.4.1.7. Tortura.....	153
6.4.2. Direito às liberdades.....	153
6.4.2.1. Liberdade de pensamento e de manifestação.....	154
6.4.2.2. Vedação ao anonimato.....	158
6.4.2.3. A liberdade de consciência, de crença e culto.....	159
6.4.2.4. Liberdade de imprensa e direito de informação.....	160
6.4.2.5. Liberdade artística.....	162
6.4.2.6. Direito de resposta.....	163
6.4.2.7. Direito de locomoção.....	163

6.4.2.8. <i>As liberdades de expressão coletiva</i>	163
6.4.2.9. <i>Liberdade de exercício de profissão</i>	165
6.4.3. <i>Direito à igualdade</i>	165
6.4.3.1. <i>Ações afirmativas</i>	167
6.4.3.2. <i>Proibição de discriminação em razão de sexo</i>	168
6.4.3.3. <i>Proibição de outras distinções</i>	170
6.4.4. <i>Direito à segurança</i>	171
6.4.4.1. <i>Princípio da legalidade</i>	172
6.4.4.2. <i>Segurança das relações jurídicas</i>	172
6.4.4.3. <i>Direito à privacidade</i>	173
6.4.4.4. <i>Inviolabilidade do domicílio</i>	174
6.4.4.5. <i>Inviolabilidade das comunicações</i>	175
6.4.4.6. <i>Segurança em matéria jurídica</i>	177
6.4.5. <i>Garantias jurisdicionais</i>	178
6.4.6. <i>Garantias materiais</i>	179
6.4.7. <i>Garantias Processuais</i>	183
6.4.8. <i>Garantias tributárias</i>	186
6.4.9. <i>Direito de propriedade</i>	187
6.4.9.1. <i>A função social propriedade</i>	188
6.4.9.2. <i>Desapropriação</i>	189
6.4.9.3. <i>Proteção à pequena propriedade rural</i>	192
6.4.9.4. <i>Direitos autorais e propriedade intelectual</i>	192
6.4.10. <i>Direito à herança</i>	193
6.5. Garantias fundamentais	194
6.6. Colisão entre direitos fundamentais	195
6.7. Âmbito de proteção normativa	196
6.8. Direitos fundamentais absolutos?	197
6.9. Violações e a federalização de direitos humanos	198

6.10. Tratados internacionais sobre direitos individuais.....	198
7. REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS.....	201
7.1. Habeas corpus.....	201
7.2. Habeas data.....	205
7.3. Mandado de segurança.....	209
7.4. Mandado de segurança coletivo.....	214
7.5. Direito de petição.....	217
7.6. Direito de certidão.....	218
7.7. Mandado de injunção.....	219
7.7.1. Mandado de Injunção, Ação Direta de Inconstitucional.....	225
7.8. Ação Popular.....	226
7.9. Ação Civil Pública.....	234
7.10. Considerações finais.....	235
8. DIREITOS SOCIAIS.....	237
8.1. Direitos sociais na Constituição de 1988.....	238
8.1.1. Direito à educação.....	239
8.1.2. Direito à saúde.....	241
8.1.3. Direito a alimentação.....	241
8.1.4. Direito ao trabalho.....	243
8.1.5. Direito à moradia.....	243
8.1.6. Direito ao transporte.....	244
8.1.7. Direito ao lazer.....	244
8.1.8. Direito à segurança e à previdência social.....	245
8.1.9. Proteção à maternidade.....	245
8.1.10. Proteção à infância.....	247
8.1.11. Assistência aos desamparados.....	252

8.1.12. Direito à felicidade.....	244
9. NACIONALIDADE.....	251
9.1. Conceito.....	252
9.2. Aquisição de nacionalidade.....	252
9.2.1. Polipátridas e apátridas.....	253
9.2.2. Nacionalidade originária: brasileiros natos.....	254
9.2.3. Nacionalidade secundária: brasileiros naturalizados.....	256
9.3. Distinção entre brasileiros natos e naturalizados.....	257
9.4. Os portugueses e a "quase nacionalidade".....	258
9.5. Perda da nacionalidade.....	259
9.6. Reaquisição da nacionalidade.....	262
9.7. Outras questões importantes.....	263
9.7.1. Extradicação.....	263
9.7.1.1. <i>Prisão cautelar de extraditado.....</i>	<i>265</i>
9.7.1.2. <i>Competência do Supremo Tribunal Federal.....</i>	<i>265</i>
9.7.1.3. <i>Vedação à extradicação passiva.....</i>	<i>266</i>
9.7.2. Deportação.....	267
9.7.3. Repatriação.....	269
9.7.4. Asilo político.....	269
9.7.5. Refúgio.....	270
9.7.6. Expulsão de estrangeiro.....	271
10. CIDADANIA E DIREITOS POLÍTICOS.....	275
10.1. Cidadania.....	275
10.2. Direitos Políticos.....	276
10.2.1. Democracia participativa.....	277
10.2.1.1. <i>Plebiscito e referendo.....</i>	<i>277</i>

10.2.1.2. <i>Iniciativa popular</i>	280
10.2.1.3. <i>Instrumentos da democracia participativa</i>	280
10.2.2. Sufrágio.....	281
10.2.2.1. <i>Mandato eletivo de servidores públicos</i>	283
10.2.3. Perda de direitos políticos.....	284
10.2.4. Suspensão de direitos políticos.....	285
10.2.5. Reaquisição de direitos políticos.....	286
10.3. Direitos políticos negativos	287
10.3.1. Inelegibilidade.....	287
10.3.2. Reeleição.....	288
10.3.3. Desincompatibilização.....	289
10.3.4. Parentesco.....	290
10.3.5. Militares.....	290
10.3.6. Lei da ficha limpa.....	291
10.4. Partidos políticos	292
10.4.1. Cláusula de barreira ou cláusula de desempenho.....	295
10.4.2. Fidelidade partidária e desfiliação por justa causa.....	296
10.4.3. Financiamento de campanha.....	299
11. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	303
11.1. Controle de Constitucionalidade	303
11.1.1. Sistema americano de controle de Constitucionalidade.....	305
11.1.2. Sistema austríaco de constitucionalidade.....	306
11.1.3. Outros sistemas de controle de constitucionalidade.....	307
11.1.4. Sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.....	307
11.1.4.1. <i>Controle de constitucionalidade na CF/88</i>	308
11.2. Momento de realização	308
11.2.1. Controle de constitucionalidade preventivo.....	309

11.2.2. Controle de constitucionalidade repressivo.....	311
11.3. Controle Difuso.....	312
11.3.1. Cláusula de reserva de plenário.....	314
11.4. Controle Concentrado.....	318
11.4.1. Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	321
11.4.2. Ação Declaratória de Constitucionalidade.....	327
11.4.3. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.....	328
11.4.4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.....	331
11.4.5. Representação interventiva.....	333
11.4.6. Controle de Constitucionalidade nos Estados.....	337
11.4.7. <i>Amicus Curiae</i> no controle de constitucionalidade.....	338
11.5. Temas acessórios.....	345
11.5.1. Inconstitucionalidade por arrastamento.....	345
11.5.2. Transcendência dos motivos determinantes.....	347
11.5.3. Inconstitucionalidade progressiva.....	348
11.5.4. Inconstitucionalidade circunstancial.....	350
11.5.5. Situação excepcional consolidada.....	350
11.5.6. Desvio de poder constituinte ou atalhamento constitucional.....	351
11.5.7. Inconstitucionalidade chapada.....	352
11.5.8. Eficácia de decisão de controle de constitucionalidade.....	352
11.5.9. Elementos essenciais ao controle de constitucionalidade.....	353
11.6. Súmula Vinculante.....	354
11.6.1. Objetivação do controle difuso de constitucionalidade.....	355
11.6.2. Interpretação conforme a Constituição.....	357
11.6.3. A questão da leis "ainda constitucional"	358
REFERÊNCIAS.....	359
BIOGRAFIA DO AUTOR.....	363

Apresentando a constitucionalidade

Não podemos falar sobre direito constitucional no Brasil sem lembrar obviamente da complexidade de nossas leis. Há tanto material escrito a consultar que um postulante a profissional na área do direito deverá sempre ser orientado a ter um fôlego extraordinário para a leitura se quiser ter algum bom resultado na carreira, a começar pelo conhecimento de tudo o que diz respeito à constitucionalidade. Não, não é apenas necessário ler a Constituição Federal. Pode-se conhecê-la de cor que isso não ajudará a fazer de alguém um profundo conhecedor de direito constitucional, embora isso pareça ser algo impossível de conceber.

Sem dúvida, é imperioso constatar que qualquer pessoa que não se aprofunde nos conhecimentos sobre constitucionalidade, pergunte: Como? Conhecer a Constituição não é suficiente? “Não” tem que ser a resposta precisa. E a ela deve-se seguir: “Isso é o mínimo indispensável”.

Não podemos pensar que um país se estruture de maneira extraordinariamente tão complexa que torne praticamente impossível penetrar em seu ordenamento jurídico. O Brasil é um país de inúmeras leis, mas, ainda assim, o ordenamento jurídico é imperfeito. Não há como, por mais abundante que seja o conjunto de normativos, abarcar todas as situações da vida de uma sociedade. A previsão de ocorrência de eventos e suas consequências para o conjunto dos cidadãos deve ser a mais ampla possível e ser expressa de forma a que todos possam ter conhecimento do que é necessário fazer para garantir seus direitos e do que é necessário ser obrigado a cumprir para dar satisfação à sociedade de seus deveres.

A linguagem do direito ainda está, no Brasil, moldada por estruturas bacharelescas antigas, muito influenciadas por outras jurisprudências e pela origem ocidental do direito, que é o Direito Romano an-

tigo, cuja forte presença do latim é uma das características principais. Isso torna a leitura de textos sobre as leis algo bem impenetrável para leigos. O atual trabalho do professor Antônio Carlos Gomes Ferreira procura desvendar essa linguagem e trazer uma compreensão de todo o processo legislativo que permeia a Constituição.

A dificuldade, porém, continua a existir, ainda que haja grandes esforços didáticos de ensinar o que é a Lei Maior, porque há uma enormidade de emendas e tantos instrumentos legais interpretativos que fazem do texto constitucional algo muito próximo de textos muito caudalosos e históricos que foram objeto de diversificadas interpretações. Não é por acaso que o texto do professor Antônio Carlos faça menção, várias vezes, a doutrinadores que trazem suas interpretações de textos legais.

Não obstante toda essa dificuldade, o professor Antônio Carlos encara a tarefa de explicitar o texto constitucional e todo o aparato jurídico dele decorrente, a ele complementar e a ele vinculado. Não consigo ver que o tratamento seja completo, porque a realidade é dinâmica e sempre provoca novas emendas, decorrentes de novas realidades sociais. O que se pode, certamente, afirmar é que o esforço valeu a pena. Como não sou profissional da área, embora já tenha conseguido me arriscar a produzir trabalhos nela, pude ler o texto com os olhos de um leigo, porém, interessado. E constatei que é possível, sim, obter do trabalho o que o professor Antônio Carlos propõe aos leitores: aprender constitucionalidade.

Não utilizo ‘aprender direito constitucional brasileiro’ para me referir à proposta, porque acredito que o trabalho aqui apresentado ultrapassou a tarefa normalmente apresentada em outros trabalhos de promover comentários à Constituição e aos fenômenos constitucionais que permeiam as leis brasileiras e os contextos sociais a que se referem. O professor fez mais do que isso: fomentou o debate sobre a ideia de ser constitucional. Isso é o mais relevante. Se, a partir, por exemplo, de súmulas históricas das constituições federais anteriores, pudemos ver

as evoluções de normas sobre fenômenos sociais, pudemos também refletir sobre conceitos que as permeiam, pelo modo como o autor do trabalho analisa o contexto em que as leis foram trazidas à sociedade para servirem como ordenamento jurídico fundamental. É fato, pois, que a Constituição reflete muito do caráter de um povo. E isso o texto deste trabalho do professor Antônio Carlos deixa bastante claro e é a maior virtude dele.

São Paulo (SP), janeiro de 2020.

Claudionor Aparecido Ritondale

Mensagem inicial do autor

Depois de algum tempo ministrando aulas na Faculdade de Direito, acabamos por adquirir uma experiência valiosa, o que nos motivou a conceber esta obra. Assim, buscamos apresentar, numa abordagem concisa e objetiva, os institutos que compõem a disciplina de Direito Constitucional com a proposta de suprir a necessidade do leitor diante do estudo da disciplina.

Ao pensar a presente obra, tivemos a preocupação de produzir um material que sirva de ferramenta hábil ao estudante como fonte de consulta rápida, coesa, de fácil assimilação em seus primeiros contatos com a matéria. Trata-se, portanto, de um amplo material de apoio dedicado à compreensão dos temas basilares do Direito Constitucional, proporcionando uma **visão geral** apta a nortear o leitor em seus estudos futuros e, ao mesmo tempo, suficiente para proporcionar a compreensão imediata dos tópicos tratados.

Neste trabalho, fazemos uma abordagem das constituições históricas do Brasil. Apresentamos as principais teorias de estudo do Direito Constitucional, como o constitucionalismo, a classificação das constituições, a teoria do Poder Constituinte, as normas constitucionais e remédios constitucionais. Além dos princípios do Estado democrático brasileiro, os objetivos da República e os princípios que regem as relações internacionais do Estado.

Na segunda parte, trabalhamos os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos sobre a tutela do Estado brasileiro. Observando que a Constituição de 1988 inverteu a posição geográfica dos direitos fundamentais em relação aos textos anteriores.

Por fim, abordamos o estudo da nacionalidade, cidadania, direitos políticos e o controle de constitucionalidade.

Os temas são apresentados de forma sintética e, evidentemente, não tivemos a pretensão de esgotá-los. Não poderíamos deixar de mencionar a dificuldade encontrada na elaboração de um livro cujo objeto é tão vasto, tendo como escopo a concisão. Entretanto, procuramos man-

ter seu caráter sintético, sem abrir mão da necessária qualidade doutrinária aliando conteúdo e praticidade. Por isso, as discussões doutrinárias, quando necessárias, são breves, consoante ao exigido pelos principais cursos.

Dito isso, podemos afirmar que o ***Direito Constitucional – Teoria Geral e Direitos Fundamentais*** é um manual essencial para os que desejam adentrar essa área do saber de forma direta e simplificada.

Autor

1.

Noções Preliminares e Gerais

Nosso estudo pressupõe o conhecimento de certas noções básicas sobre o Estado, já que a Constituição é a lei fundamental de sua organização. Antes de entrarmos na matéria propriamente dita, torna-se essencial a interdisciplinaridade com a filosofia e a sociologia, por meio de uma breve abordagem de alguns conceitos basilares da teoria do Estado. Devemos necessariamente tratar, como pontos iniciais, da noção de Estado, das formas de Estado, das formas de governo, dos sistemas de governo e dos regimes políticos, para, em seguida, delimitarmos o objeto de estudo da nossa disciplina: o que é o Direito Constitucional, sua natureza e origem, bem como algumas noções constitucionais introdutórias.

1.1. Teoria Geral do Estado

1.1.1. Estado

Inicialmente, podemos dizer que o Estado representa a convergência das forças sociais existentes no território, na busca pela segurança e pela promoção do interesse comum dos homens por meio da reunião das forças individuais. O Estado seria a síntese dos ideais de comunhão que ele traz dentro de si e, por isso, se apresenta à sociedade como poder de mando, governo e dominação, ou seja, o Estado é a organização das forças coativas sociais¹.

O Estado é uma sociedade política dotada de algumas características próprias, ou dos elementos essenciais que a distinguem das demais: *povo*, *território* e *governo*. Os elementos constitutivos do Es-

¹ Antonio Carlos G. Ferreira, **A eficiência do Estado no mundo globalizado**, p. 9.

tado nunca se apresentam de forma isolada, pois estão em comunicação interna, dialogando e cooperando entre si, em sinergia, interpenetrando-se e complementando-se.

Por **povo**, podemos compreender um conjunto de indivíduos que, num dado momento histórico, constitui uma nação². Se, por vezes, esta coincide com a totalidade de um território a ela associada, como normalmente acontece, é também o conjunto dos cidadãos de um país, ou seja, as pessoas que, mesmo que se constituindo de diferentes etnias, estão vinculadas a um determinado regime jurídico subordinado a um ente político: o Estado.

Território é o elemento material do Estado, o espaço sobre o qual o Estado exerce a sua supremacia sobre pessoas e bens. O conceito de território é jurídico e não meramente geográfico. Abrange, além do espaço delimitado entre as fronteiras do Estado, o mar territorial, a plataforma continental, o espaço aéreo, navios e aeronaves civis em alto-mar ou sobrevoando espaço aéreo internacional e navios e aeronaves militares onde quer que estejam.

O Estado ostenta três elementos conjugados: uma base territorial, uma comunidade humana estabelecida sobre essa área e uma forma de governo não subordinado a qualquer autoridade exterior³. Assim, temos **território**, **povo** e um **governo** legítimo e soberano.

A soberania não é elemento distinto: ela é atributo da ordem jurídica, do sistema de autoridade (governo). O conceito de legitimidade do Estado idealizado por Jean-Jacques Rousseau e que se funda no exercício da soberania popular é adotado até os dias de hoje pelos países ocidentais que adotam o sistema democrático, associando-se o poder legítimo ao governo que atende aos preceitos de uma carta constitucional e, portanto, aos anseios do seu povo, verdadeiro soberano e detentor do poder. Cabe lembrar que nem todo poder é político, e nem todo poder político implica necessariamente o uso da força. O

² O Estado não se confunde com os conceitos de população e nação. *População* seria o conjunto de pessoas (nacionais ou estrangeiras) que se encontram no território do Estado, é um conceito numérico. *Nação* é o conjunto de pessoas que formam uma comunidade unida por laços históricos e culturais, uma realidade sociológica.

³ José Francisco Rezek, **Direito Internacional Público**, p. 226.

uso da força é uma condição necessária, mas não suficiente, para a existência do poder político⁴.

1.1.2. Formas de Estado

As formas de Estado são as maneiras utilizadas pelos Estados para organizarem e administrarem seu poder político em determinado espaço (território). De acordo com o modo pelo qual o Estado se estrutura, ele pode ser classificado como simples ou composto.

Na forma de Estado **simples** ou **unitário**, temos a formação por um único Estado, existindo uma unidade do poder político interno. Não há divisão em unidades, o poder político se concentra em um único governo central, que atua em toda esfera política, administrativa e legislativa. Não há divisão em Estados-membros, mas sim em Distritos que se submetem a um único poder legislativo, executivo e judiciário (as partes que os integram estão a ele vinculadas, *não tendo, assim, qualquer autonomia*). O Brasil Império é um exemplo de Estado unitário instituído na Constituição de 1824.

Na forma de **Estados compostos**, temos a União, a Federação e a Confederação. Na **União**, que geralmente se dá nos Estados monárquicos, os Estados unem-se sob o governo de um só rei. A União pode ser *pessoal*, isto é, em virtude de casamento ou sucessão hereditária. Exemplo: Espanha e Portugal, no período de 1580 a 1640. A União também pode ser *real*, quando temos a união de dois ou mais Estados sob o governo do mesmo rei, mas cada um deles mantém a sua organização interna. Exemplo: Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, de 1815 a 1822.

A **Federação** é a união de dois ou mais Estados para a formação de um novo, em que *as unidades conservam autonomia política*, enquanto a soberania é transferida para o Estado Federal. O Estado Federal é formado pela união de Estados-membros, que possuem autonomia relativa, mas não são soberanos. Isso porque, apesar de possuí-

⁴ Norberto Bobbio *apud* Reinaldo Dias, **Ciência Política**, p. 164.

rem leis e sua própria forma de administração, encontram-se ainda subordinados ao Estado Federal.

Na Federação, a base jurídica é uma **Constituição**, e não há possibilidade de *secessão* (separação de uma porção da unidade política para constituir outra). O Brasil era um Estado Unitário até 1889; com a Proclamação da República, assumiu a forma federativa. Atualmente é representado pela República Federativa do Brasil, ao qual estão subordinados os Estados-membros ou unidades federativas⁵.

Outro modelo de Estado composto é a **Confederação**, que é a união permanente e contratual de Estados que se ligam para fins de defesa externa, paz interna e outras finalidades que possam ser ajustadas. Os Estados confederados conservam a soberania, guardando, inclusive, a possibilidade de se desligarem da União. A forma de Estado confederado corresponde ao meio-termo entre Estado Federal e Estado Unitário. Embora seja dividida em Estados, esses Estados que formam a Confederação são soberanos e autônomos, unidos em prol de um objetivo comum⁶.

Para Jellinek, a Confederação é a união permanente de Estados independentes, baseada em um pacto, pelo qual se unem os Estados com o fim de proteger o território da confederação exteriormente e assegurar entre eles a paz interior.⁷

As diferenças básicas entre Federação e Confederação é que o ato constitutivo da Federação é a Constituição, enquanto que o da Confederação é o Tratado. Quanto ao direito dos entes que compõem o Estado: na Federação, são autônomos; e, na Confederação, soberanos. Além disso, apenas a Confederação tem direito de secessão.

⁵ Vários Estados federados (Brasil, EUA e Argentina, por exemplos) adotam o **bicameralismo**, também chamado de **legislativo dual**: uma câmara composta por representantes do povo, normalmente eleitos pelo sistema proporcional, e uma câmara composta por representantes dos Estados, normalmente eleitos pelo princípio majoritário.

⁶ Em outra acepção, a palavra pode significar um tipo de organização que consolida um grupo de organizações independentes, como as confederações de esportes ou as confederações sindicais.

⁷ Georg Jellinek, **Teoria General del Estado**.

1.1.3. Forma de Governo

Forma de governo é o conjunto de instituições políticas por meio das quais um Estado se organiza a fim de exercer o seu poder sobre a sociedade e as relações entre os detentores do poder e demais membros da sociedade. Pelo modo de organização política do Estado, existem duas formas de governo: Monarquia e República.

Monarquia (do latim *monarchia*, "governo de um só") é uma forma de governo em que um monarca (rei ou imperador) exerce a função de chefe de Estado e mantém-se em tal cargo até a sua morte ou abdicação, caracteriza-se pela vitaliciedade, hereditariedade e irresponsabilidade do monarca.

Existem duas principais formas de monarquia: a absoluta, em que o poder do monarca vai além do de chefe de Estado e é superior ao dos outros órgãos do governo, e a relativa (constitucional ou parlamentar), em que o poder do monarca é limitado por uma Constituição, podendo ser meramente cerimonial. A primeira é considerada um regime autoritário, enquanto a segunda normalmente ocorre num contexto democrático e representa a maior parte das monarquias atuais.

A **República** (do latim *res publica*, "coisa pública") é a estrutura política em que são necessárias três condições fundamentais para caracterizá-la: um número razoável de pessoas, uma comunidade de interesses e de fins e um *consensus iuris*, ou seja, consenso de direito.

O conceito moderno de República é o de uma forma de governo na qual o chefe de Estado é eleito pelo povo ou seus representantes, tendo um mandato de duração limitada. A eleição do chefe de Estado, chamado Presidente da República, é normalmente realizada através do voto livre e secreto. Caracteriza-se, então, pela eletividade, temporariedade dos membros do Poder Legislativo e Executivo e por um regime de responsabilidade das pessoas que ocupam cargos públicos.

1.1.4. Sistemas de Governo

Sistema de governo é o modo pelo qual os Poderes Executivo e o Legislativo se relacionam. O sistema de governo varia de acordo com o grau de separação dos poderes. Existem três sistemas de governo: presidencialismo, parlamentarismo e diretorialismo.

No **presidencialismo**, há a concentração da chefia de governo (cuida da relação interna do país) e da chefia de Estado (representa o Estado nas suas relações internacionais) na figura de uma só pessoa, o Presidente da República, mas esse sistema não deve jamais ser confundido com a monarquia ou algo do gênero, pois nele os governantes devem ser escolhidos pelo povo, pressupondo, assim, a democracia (regime de governo).

O presidencialismo apresenta como características:

a) o cargo máximo do poder executivo exercido pelo Presidente da República, que é **eleito de pelo povo**, seja de forma direta (como no Brasil) ou de forma indireta pelo colégio eleitoral (como nos Estados Unidos da América), dentro de um regime democrático de direito (a democracia é o sistema de governo típico da República).

b) **estabilidade de mandato** de governo, exercido por tempo **certo**, preestabelecido no texto constitucional. O Presidente da República *não pode ser destituído por motivos puramente políticos* (não depende da confiança ou aprovação do Poder Legislativo para permanência no cargo), só podendo perder seu cargo se praticar crime comum (como previsto no art. 86, § 4º, CF) ou **crime de responsabilidade** (processo de *impeachment*).⁸

c) o Presidente da República desempenha importante papel no processo legislativo ordinário, através do **poder de veto** (art. 66, CF), obstando a prática de uma ditadura do Poder Legislativo.

d) a separação dos Poderes (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário) é mais rígida, predominando o princípio da autonomia e independência e da harmonia entre os poderes constituídos.

⁸ O sistema presidencial brasileiro visa à estabilidade política do país. Por isso, a falta de apoio parlamentar, uma crise econômica ou a impopularidade perante a população não são motivos suficientes para tirar um presidente do poder. O mandato só pode ser interrompido caso ele cometa um crime de responsabilidade durante seu governo.

O **parlamentarismo** é um sistema de governo democrático, em que o Poder Executivo baseia a sua legitimidade a partir do Poder Legislativo (representado pelo parlamento nacional); os poderes Executivo e Legislativo são, portanto, interligados. Em um sistema parlamentarista, o chefe de Estado é normalmente uma pessoa diferente do chefe de governo, em contraste ao sistema presidencial (onde o chefe de Estado é também o chefe de governo).

Os países com sistemas parlamentares podem ser monarquias constitucionais onde um monarca é o chefe de Estado, enquanto o Primeiro-Ministro, quase sempre um membro do parlamento, é o chefe de governo (Reino Unido, Suécia e Japão são exemplos), ou uma república constitucional, onde normalmente o Presidente da República é o chefe de Estado, enquanto o chefe de governo é o Primeiro-Ministro (Irlanda, Alemanha e Itália são exemplos).

Em algumas repúblicas constitucionais parlamentaristas, o chefe de governo também é o chefe de Estado, mas ele é eleito pelo parlamento e é responsável perante o poder legislativo.

O sistema **diretorial** ou convencional é um sistema de governo que se caracteriza pela concentração do poder político do Estado no Parlamento, sendo a função executiva exercida por pessoas escolhidas pelo Poder Legislativo. Há absoluta subordinação do Poder Executivo ao Legislativo. Adotado na Suíça e na extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

1.1.5. Regimes Políticos

Regimes políticos é o nome que se dá ao conjunto de instituições políticas por meio das quais um Estado se organiza de maneira a exercer o seu poder sobre a sociedade. Cabe notar que esta definição é válida mesmo que o governo seja considerado ilegítimo. Tais instituições políticas têm por objetivo regular a disputa pelo poder político e o seu respectivo exercício, inclusive o relacionamento entre aqueles que detêm o poder político (autoridade) e os demais membros da sociedade (administrados). De acordo com o grau de respeito à vontade do povo

nas decisões estatais, os regimes políticos podem ser classificados em democráticos e não democráticos.

Democracia (*demos* - povo e *kratein* – governo, "governo do povo") é um regime político em que todos os cidadãos elegíveis participam igualmente (diretamente ou através de representantes eleitos) na proposta, no desenvolvimento e na criação de leis, exercendo o poder de governo através do sufrágio universal (voto). Ela abrange as condições sociais, econômicas e culturais que permitem o exercício livre e igual da autodeterminação política.

Na clássica definição, é o governo do povo, pelo povo e para o povo. Na democracia **direta**, as decisões são tomadas pelo próprio povo em assembleias. Exemplos: as antigas cidades gregas, em que os cidadãos julgavam e tomavam decisões políticas importantes em assembleias. Na *democracia representativa* ou **indireta**, as decisões são tomadas por representantes livremente escolhidos pelo povo.

Na democracia **semidireta**, combinam-se ambas as formas de democracia: em essência, adota-se a democracia representativa, com alguns instrumentos de participação direta do povo na formação da vontade nacional. Este é o regime político adotado pela Constituição brasileira de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição". A CF/88 admite como formas de participação direta do povo o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular (art. 14, I, II e III), além de estabelecer em diversas oportunidades a participação popular na administração pública.

Regimes **não democráticos**. Há autores que sustentam a existência de diversos graus de autoritarismo, conforme a maior ou menor participação popular na formação da vontade nacional: regimes autoritários, ditatoriais e totalitários. A característica comum desses regimes é a não prevalência da vontade popular na formação do governo.

O regime político adotado por um Estado não deve ser confundido com a sua forma de Estado – Estado Unitário ou composto (federação ou confederação); com sua forma de governo – monarquia ou república; ou seu sistema de governo – presidencialismo ou parlamentarismo, dentre outros.

1.2. Direito Constitucional

Direito Constitucional é o ramo do direito público apto a expor, interpretar e sistematizar os princípios e as normas do Estado. É a ciência positiva das constituições. El é responsável pelo estudo sistematizado das normas que integram a Constituição.

A Constituição é a lei fundamental de organização do Estado, ao estruturar e delimitar os seus poderes políticos. Dispõe sobre os principais aspectos da sua estrutura. Trata das formas de Estado e de governo, do sistema de governo, do modo de aquisição, exercício e perda do poder político e dos principais postulados da ordem econômica e social. Estabelece os limites da atuação do Estado, ao assegurar respeito aos direitos individuais. O Estado, assim como seus agentes, não possui poderes ilimitados. Devem exercê-los na medida em que lhes foram conferidos pelas normas jurídicas, respondendo por eventuais abusos a direitos individuais.

Estudos mostram que quase todas as sociedades, independente do espaço ou tempo, tiveram constituições, mesmo que não escritas. A constituição é a expressão da sociedade em regras comuns e universais, sendo caracterizada por três princípios: identidade (senso de pertencimento grupal), organização do poder (presença de uma hierarquia entre indivíduos) e valores (crenças comuns que sustentam o ordenamento social).

O direito constitucional ocupa uma posição de superioridade em relação às demais ciências jurídicas, pois os princípios fundamentais dos outros ramos jurídicos estão todos inseridos na Constituição. As demais normas jurídicas não podem contrariar, em hipótese alguma, dispositivos constitucionais.

1.2.1. Constitucionalismo

Constitucionalismo é como se denomina o movimento social, político e jurídico, e até mesmo ideológico, a partir do qual emergem as constituições nacionais. Pode ser definido tanto como um movimento

histórico quanto como uma teoria normativo-política cujo fundamento é o estabelecimento de **limites ao poder de governar**. Essa limitação tem como finalidade evitar o surgimento de sistemas políticos arbitrários e, com isso, garantir direitos fundamentais (finalidade garantística). Essas finalidades – limitação ao poder e garantia de direitos – são concretizadas por meio de uma Constituição. O constitucionalismo moderno é uma técnica específica de limitação do poder com fins garantir limitação do poder do Estado.⁹

1.2.1.1. Evolução histórica do constitucionalismo

Estudiosos identificaram traços de constitucionalismo já na Idade Antiga. Primeiramente entre os hebreus, cujo Estado, de caráter teocrático, previa limites aos atos dos governantes que extrapolassem os desígnios divinos. Verificaram também resquícios de constitucionalismo na Grécia antiga, cujas cidades-estados eram regidas por democracias diretas plenas, não havendo portanto diferenças entre governantes e governados.

Na Idade Média, o constitucionalismo tem como marco a Magna Carta de 1215, na Inglaterra. Embora esse documento não chegue a ser uma Constituição como modernamente a entendemos, tinha o objetivo de limitar o poder da monarquia por um acordo de vontades. Com objetivo de preservarem-se das ingerências do rei João Sem Terra, os barões impuseram ao monarca a promulgação de uma lei sobre o direito às terras (*Lei de terras*) que, dado o apelido do monarca ser *Magnânimo João*, passou à história como *Magna Carta*.

Na Idade Moderna, são símbolos de constitucionalismo os vários “Acts” (ou pactos) assinados na Inglaterra, dentre eles o *Petition of Rights* (1628), para garantia de direitos e liberdades dos súditos da Coroa, o *Bill of Rights* (1688), que marcou o início da monarquia constitucional inglesa, o *Act of Settlement* (1707) e o *Habeas Corpus Amendment Act* (1769), este contra prisões arbitrárias. Destacam-se também,

⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, p. 51.

nessa mesma época, os contratos de colonização na América do Norte. Por meio deles, os próprios colonizadores estabeleciam a regras de organização e governo das colônias, já trazendo a ideia de governo pelos governados.

As primeiras Constituições propriamente ditas surgiram em decorrência das grandes revoluções democrático-burguesas do final do século XVIII, a **Revolução Americana** de 1776, com a independência das treze colônias britânicas situadas na América do Norte, e a **Revolução Francesa** de 1789, que pôs fim ao Antigo Regime (e às monarquias absolutistas). A primeira Constituição escrita foi a do Estado da Virgínia, em 1776, elaborada meses antes da declaração da independência americana. Em seguida, foram proclamadas a dos Estados Unidos da América, em 1787, e a francesa de 1791. Após o advento daquelas revoluções, com a consequente promulgação dessas Constituições, o constitucionalismo, como movimento revolucionário de tendência universal, alcançou os demais países, inclusive o Brasil.

É importante salientar que o constitucionalismo, enquanto movimento político, estava intimamente relacionado com os valores do liberalismo político. Esses documentos expressavam, então, ideais como o individualismo, a não intervenção estatal (Estado mínimo) e a propriedade privada.¹⁰

O fundamento político-ideológico das grandes transformações sociais que marcaram o advento do Estado Moderno pode ser encontrado nas ideias dos grandes pensadores dos séculos XVII e XVIII, como Locke, Montesquieu e Rousseau – Locke, com a ideia da existência de direitos naturais e do direito de resistência; Montesquieu, com a separação de poderes como uma forma de evitar a concentração de poderes e o consequente abuso de poder; Rousseau, com a ideia do “contrato social”, isto é, o Estado como resultante da vontade geral.

O constitucionalismo francês, influenciado pelo Iluminismo, trouxe a teoria do Poder Constituinte, nos discursos de **Abade Sieyès**,

¹⁰ A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, proclamada após a Revolução Francesa, em 1789, dispunha que o país que não estabelecesse uma separação de poderes, nem uma declaração de direitos individuais, não possuiria uma Constituição.

dizendo que o poder está nas mãos do povo (terceiro estado) e o governante (o rei ou primeiro estado) seria subordinado a esse poder (não mais ao absolutismo divino)¹¹ e à estrutura do texto constitucional. Dalmo de Abreu Dallari cita três objetivos que, conjugados, resultam no constitucionalismo ou no por ele denominado Estado de Direito: “a afirmação da supremacia do indivíduo, a necessidade de limitação do poder dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da racionalização do poder”.¹²

No entanto, o ideal liberal levou a sociedade moderna a um estado exacerbado de **desigualdade** e **exclusão social**, provocando o surgimento da ideia de direitos de segunda geração, ou direitos sociais. Surgiu, assim, o chamado constitucionalismo social, marcado pelas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919).

O constitucionalismo contemporâneo tem relação íntima com a ideia de **Constituição Programática** ou **Dirigente**, de forte conteúdo social. A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo de constituição pragmática. Contemporaneamente, portanto, o constitucionalismo volta-se para a proteção de direitos de terceira geração, relacionados à dignidade, fraternidade e solidariedade humanas.

1.2.2. Neoconstitucionalismo

O neoconstitucionalismo tem sua origem no pós-guerra, com a queda de regimes autoritários na Europa ocidental. Ele se desenvolveu com o movimento de redemocratização dos países ao longo da segunda metade do século XX.

O neoconstitucionalismo (também conhecido como constitucionalismo pós-moderno) avança na doutrina do constitucionalismo. Ele estabelece que o constitucionalismo deve buscar não só limitar o poder político e garantir direitos em tese, mas deve também buscar a **efetiva concretização de direitos fundamentais**.

¹¹ **Emmanuel Joseph Sieyès** (1748-1836) foi um político e eclesiástico francês que teve participação ativa na criação da Assembleia Nacional de 1789.

¹² Dalmo de Abreu Dallari, **Teoria Geral do Estado**, p. 170.