

UNAERP - UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO

MARIO MEGALE DA SILVEIRA FILHO

**A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS EM FACE DO MODELO DE ESTADO
SOCIAL BRASILEIRO**

Ribeirão Preto - São Paulo

2009

MARIO MEGALE DA SILVEIRA FILHO

**A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS EM FACE DO MODELO DE ESTADO
SOCIAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Juventino de Castro Aguado.

Ribeirão Preto - São Paulo

2009

Filho, Mario Megale da Silveira.

A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de Estado Social Brasileiro - Ribeirão Preto, 2009

168 p.

Orientador Prof. Dr. Juventino de Castro Aguado. Dissertação de Mestrado. Universidade de Ribeirão Preto-UNAERP. Área de concentração: Direito.

1- Direito 2- Direitos Coletivos 3- Constituição. 4. Mandado de Injunção 5. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão

MARIO MEGALE DA SILVEIRA FILHO

**A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS EM FACE DO MODELO DE ESTADO
SOCIAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, área de concentração, Direitos coletivos e função social do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Juventino de Castro Aguado.

Aprovado pela Comissão Examinadora em ____/____/____

Dr. Juventino de Castro Aguado
Orientador

Dedico a presente dissertação de mestrado à minha mãe Therezinha, ao meu falecido pai (Mario Megale da Silveira) minhas irmãs Fátima e Maria Inês, meu irmão Humberto e a todos meus sobrinhos (Marina, Mariana, Roberto, Eduarda e Maurício) pela convivência prazerosa ao longo de toda a minha vida.

A realização do presente trabalho somente foi possível graças à colaboração direta ou indireta de algumas pessoas. Manifesto minha gratidão, de forma especial, aos colegas de turma Jane e Marisa, pelo carinho, pela educação e pela lealdade, qualidades raras num mundo competitivo como o de hoje. Ao meu orientador Professor Doutor Juventino de Castro Aguado pelo apoio irrestrito, pela vibração contagiante e pelos preciosos direcionamentos que culminaram na realização do presente trabalho. Agradeço a Deus pelas oportunidades que me concede, por me dar força quando tudo parece desabar, por permitir, através da oração, conhecer um pouco do seu imenso amor.

FILHO, M.M.S.OS A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS EM FACE DO MODELO DE ESTADO SOCIAL BRASILEIRO . Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). 2009. (Pós Graduação *Stricto Sensu* - área de concentração – Direitos Coletivos; Cidadania; Função Social)

RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 foi adotado no Brasil o modelo de Estado Social que, dentre outras características, buscava equilibrar os postulados de um Estado fortemente intervencionista com os postulados de um modelo de Estado Liberal que, dentre outras diretrizes, buscava garantir o livre jogo da iniciativa privada. A atual Constituição Federal representa um marco jurídico, social e político que, ao romper com um longo período autoritário que vigeu de 1964 a 1985, procurou enfatizar o respeito aos direitos e garantias individuais, constituindo-se, pois, na Carta Política mais avançada em matéria de direitos difusos e coletivos da história constitucional do país . Todavia, aludidos direitos de feição coletiva não lograram alcançar os efeitos pretendidos pelo legislador constituinte. Isso se deve, em parte, pela inocuidade dos instrumentos jurídico-constitucionais postos à disposição dos cidadãos como o Mandado de Injunção e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão, considerados inaptos a impor ao legislador infraconstitucional a obrigação de criar leis a fim de concretizar os ditames constitucionais e, em parte, pela ausência de meios econômicos por parte do Estado para custear a implementação destes direitos. Cumpre, ainda, salientar que, outro fator determinante para tornar obsoleto o modelo de Estado Social adotado pelo nosso Texto Magno reside no contexto geopolítico que, na década de oitenta com as diretrizes políticas impostas por Margareth Thatcher (Grã –Bretanha), Helmut Kroll (Alemanha) e Ronald Reagan (EUA) , decretaram o fim do “*Welfare state*” no mundo , substituindo- o pelas políticas neoliberais que se espalharam pelo mundo em razão do fenômeno da globalização.

Palavras –chave: Estado Social, Constituição- Dirigente, Neoliberalismo, Mandado de Injunção, Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão

ILHO, M.M.S. COLLECTIVE RIGHTS BEFORE THE LIMITATIONS OF THE BRASILIAN IDEAL OF SOCIAL STATE. Ribeirão Preto: Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). 2009. (Pós Graduação *Stricto Sensu* - concerning área: Collective Rights and Social Function of the Law)

ABSTRACT

Along with the arrival of the 1988 Federal Constitution, Brazil adopted the Social State standard which, among other characteristics, searches for a balance between a strongly intervening State postulation and the postulation of a Liberal State ideal that, among other guidelines, searches itself for a way of guaranteeing freedom to the private initiative. Current Federal Constitution symbolizes a legal, social, and political framework, which tried to emphasize respect for individual rights and warranties, as it parted from a long authoritarian period that went from 1964 to 1985. That being said, a much more forward Political Chard concerning diffuse and collective rights from the country's constitutional history helped building such Constitution. Still, mentioned collective featured rights did not achieve its intended effects by the constitutional lawmaker. That is partially because of the innocuousness of the legal-constitutional instruments that were available to citizens such as the "Injunction Precept and the Declaratory Act of Unconstitutional Default". Such instruments were considered suitable to impose infraconstitutional lawmakers the obligation to create laws in order to materialize the constitutional decrees and also because of the lack of the State's economic ways to finance such rights. The geopolitical moment is another determining factor that transforms the Social State ideal, which was chosen for our Magnum Text, outdated. Such context leads to the end of "Welfare State" during the 1980's, along with the political guideline commanded by Margareth Thatcher (United Kingdom), Helmut Kroll (Germany) e Ronald Reagan (USA). "Welfare state" was replaced by neoliberal policies that were spread in the world by the globalization phenomenon.

Key Words: Social State, Main Constitution, Neo-liberalism, Injunction Precept, Declaratory Act of Unconstitucional Default

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 – O ESTADO

1.1- CONCEITO DE ESTADO.....	14
-------------------------------------	-----------

1.2– ORIGENS DO ESTADO.....	21
------------------------------------	-----------

1.2.1 - Teorias desenvolvidas acerca da origem do Estado: Teoria da Origem Patrimonial, Teoria da Força, Teoria da Origem Contratual e Teoria da Origem Natural.....	21
---	-----------

1.3 – ELEMENTOS DO ESTADO: POPULAÇÃO, GOVERNO E TERRITÓRIO.....	26
--	-----------

1.4 – CARACTERÍSTICAS DO ESTADO.....	35
---	-----------

1.4.1 – Soberania.....	35
-------------------------------	-----------

1.4.1.1 – Teorias sobre soberania: Teoria da Soberania Absoluta do Rei, Teoria da Soberania Popular, Teoria da Soberania do Estado, Teoria da Soberania Nacional, Teoria Realista e Teoria Negativista da Soberania.....	38
---	-----------

1.4.2 – Nacionalidade.....	45
-----------------------------------	-----------

1.4.3 – Fins do Estado.....	47
------------------------------------	-----------

1.5. –GLOBALIZAÇÃO E CRISE DO ESTADO.....	50
--	-----------

CAPÍTULO 2 – O ESTADO SOCIAL

2.1 – ESTADO LIBERAL – LINEAMENTOS HISTÓRICOS, CARACTERÍSTICAS E CONCEITO.....	58
---	-----------

2.2 – STUART MILL E O PENSAMENTO LIBERAL.....	64
--	-----------

2.3 – A CRISE DO MODELO DE ESTADO LIBERAL.....	67
---	-----------

2.4 – O ESTADO SOCIAL – LINEAMENTOS HISTÓRICOS, CARACTERÍSTICAS E CONCEITO	70
---	-----------

2.5 – CARACTERÍSTICAS DO ESTADO SOCIAL.....	74
2.6- CONSTITUIÇÃO MEXICANA E CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR – MODELOS DE CONSTITUIÇÃO SOCIAL.....	79

CAPÍTULO 3 - O ADVENTO DO MODELO DE ESTADO NEOLIBERAL COMO RECONHECIMENTO DA INSUFICIÊNCIA DO ESTADO SOCIAL

3.1 – A CRISE DO MODELO DE ESTADO SOCIAL.....	85
3.2 – O ESTADO NEOLIBERAL.....	87
3.3 – PRINCIPAIS IDEALIZADORES DO NEOLIBERALISMO (FREDERICO HAYECK, MARGARETH TATCHER, RONALD REAGAN e HELMUTH KHOLL).....	91
3.4 – CARACTERÍSTICAS DO MODELO DE ESTADO NEOLIBERAL.....	95
3.5 – O NEOLIBERALISMO NO BRASIL.....	97

CAPÍTULO 4 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CONTEXTO GEOPOLÍTICO EM QUE FOI CRIADA.

4.1 – HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – CONSTITUIÇÃO DE 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69 E 1988.....	101
4.1.1 - Constituição Federal de 1824.....	101
4.1.2- Constituição Federal de 1891.....	103
4.1.3 – Constituição Federal de 1934.....	106
4.1.4 – Constituição Federal de 1937.....	109
4.1.5 - Constituição Federal de 1946.....	111
4.1.6 – Constituição Federal de 1967/69.....	113
4.1.7 – A Constituição federal de 1988.....	116

4.2 – A PREOCUPAÇÃO DO CONSTITUINTE DE 1988 EM DESTACAR, RECONHECER E POSITIVAR OS DIREITOS SOCIAIS E COLETIVOS.....	122
4.3 – CONTEXTO POLÍTICO EXTERNO EM 1988.....	126
4.4 – CONTEXTO POLÍTICO INTERNO EM 1988.....	128
4.5 – CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE (PROGRAMÁTICA) – PRINCIPAL CARACTERÍSTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	130
4.6 – A INEFICIÊNCIA DO MODELO DE CONSTITUIÇÃO – DIRIGENTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	136
4.7 - A INEFICIÊNCIA DO MODELO DE CONSTITUIÇÃO – DIRIGENTE EM FACE DO MANDADO DE INJUNÇÃO E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	140
4.8–AVALIAÇÃO CRÍTICA DO ESTADO NEOLIBERAL	151
CONCLUSÃO.....	159
BIBLIOGRAFIA.....	163

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado intitulada “*A tutela dos Direitos Coletivos em face do modelo de Estado Social Brasileiro*” tem por objetivo investigar as causas da ineficiência do modelo de Estado Social, francamente estatizante e intervencionista, adotado pela atual Constituição Federal, cuja promulgação se deu no ano de 1988.

Para atingir tal desiderato, inicialmente, será objeto de estudo a figura do Estado no que tange aos seus conceitos desenvolvidos ao longo do tempo, tomando como ponto de partida as várias teorias que buscam explicar a sua origem (Teoria da Origem Natural, Teoria da Origem Familiar, Teoria da Origem Contratual, Teoria da Origem Patrimonial e Teoria da Força), seus elementos formadores (População, território e Governo) e suas principais características (Soberania, Nacionalidade e finalidade).

O modelo de Estado Liberal - que substituiu o antigo modelo de Estado Absolutista - fruto do ideário burguês em ascensão onde, dentre as várias nuances existentes prevalece a de caráter econômico será estudado nos aspectos atinentes a sua origem histórica, conceito, principais características, bem como as causas (econômicas, políticas e jurídicas) que ensejaram sua ruína e a consequente superação pelo modelo de Estado Social que, sob o aspecto jurídico, permeia todo o Texto Constitucional.

O modelo de Estado Social – desenvolvido de forma mais contundente após a Segunda Guerra Mundial em virtude de suas perversas conseqüências para toda a humanidade – também será objeto de estudo no que diz respeito aos seus aspectos mais marcantes (lineamento histórico, conceito, características, principais idealizadores), onde será dado especial atenção ao seu aspecto político.

As Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), consideradas paradigmas de normas supralegais que adotaram, de forma expressa, direitos de conteúdo social, serão também objeto de análise.

Será também objeto de estudo vários aspectos do modelo de Estado Social que, nas décadas de 60, 70 e 80 não mais possuía condições de suportar as atividades e os encargos que exerciam anteriormente para manter o estado de bem estar social.

O Modelo de Estado Neoliberal - que veio a substituir o inoperante modelo de Estado social - conceitualmente criado pelo economista Friedrich Hayeck em sua obra “ O caminho da Servidão” e colocado em prática, quase que de forma simultânea pela Primeira- Ministra Margareth Thatcher na Grã – Bretanha, pelo Primeiro – Ministro Helmut Kroll na Alemanha e pelo Presidente Ronald Reagan nos Estados Unidos da América merecerá acurada análise de seus elementos mais importantes .

Com a repercussão da ideologia neoliberal no Brasil e no resto do mundo, o viés estatizante e fortemente intervencionista que moldava a Constituição Federal de 1988, tornou-se inoperante e ineficaz em face uma realidade global e nacional que não mais cabia na proposta inicialmente feita.

Para se chegar a esta conclusão, serão analisadas todas as constituições brasileiras (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1948, 1967-69 e 1988) onde se enfatizará o contexto histórico em que foram elaboradas bem como as normas de conteúdo econômico por elas adotadas, o que revelará os modelos de Estado (Liberal, Social ou Neoliberal), adotado pelo país ao longo de sua experiência constitucional.

A atual Constituição Federal de 1988, por sua vez, será objeto de análise mais acurada do que as demais constituições, notadamente no que pertine ao contexto político interno e externo no qual foi concebida, bem como os mecanismos jurídicos inseridos em seu texto (Mandado de Injunção e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão) concebidos com o intuito de dar concretude e eficácia ao Modelo de Estado Social inicialmente adotado.

Percebe-se, pois, que o foco do presente trabalho será a figura do Estado a partir das propostas constitucionais de 1988, onde se trabalhará a questão da situação da sociedade e dos indivíduos como credores destas propostas.

Para tanto, será utilizado como metodologia de pesquisa o estudo dos autores que tratam dos temas relacionados à instituição política do Estado em todos os seus aspectos relevantes, ao histórico das Constituições editadas no país, com destaque para o novo constitucionalismo, melhor comprometido com a visão global da realidade social, política e econômica.

O material que foi pesquisado se restringiu a textos jurídicos que tratam destes assuntos e destes temas, seja de forma ampla ou específica, dissertações de mestrado, teses de doutorado, artigos em revistas especializadas, bem como periódicos (revistas, jornais e etc.) que elucidaram o contexto em que foram moldados os modelos de Estado Liberal, Social e Neoliberal, bem como a capacidade que cada um destes modelos tiveram, e tem, de tutelar os direitos coletivos e sociais.

CAPÍTULO 1 - O ESTADO

1.1 – CONCEITO DE ESTADO

Em primeiro lugar, devemos enfrentar a problemática da conceituação do Estado. Sem essa abordagem, estaríamos trabalhando com conceitos equívocos, sem objetivos precisos, enfraquecendo as fronteiras jurídicas que devem caracterizar o presente estudo.

A concepção vulgar de Estado significa “estágio”, “fase”, ou “maneira de ser” ou de “se apresentar”.

A origem romana do termo Estado, por sua vez, promana do substantivo latino “*status*”, que advém do verbo “*stare*” que, sintetizado, significa “estar firme”. Portanto, o vocábulo Estado, sob o enfoque político dado pelo antigo Império Romano nos remete à idéia de estabilidade.

Maquiavel, um dos precursores da ciência política e primeiro sistematizador dos fundamentos do Direito Público moderno, foi o primeiro a introduzir a expressão “Estado” na literatura científica em sua consagrada obra “O Príncipe”, publicada em 1513¹.

Toda a obra de Maquiavel gira em torno da questão do Estado. Sua maior preocupação consistia em elaborar, com base no mundo real, a melhor forma de Estado capaz de impor a ordem, tendo como ponto de partida e chegada a realidade concreta. O mundo do ser.

Seu objetivo, como cientista político, consistia em instaurar um Estado estável que pusesse fim ao eterno ciclo de instabilidade e caos reinante na dinâmica social de seu tempo.

¹ “*Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados.....*” (MACHIAVELLI, Niccolo. *O príncipe*. SãoPaulo: Hemus. 1977. p. 11)

Para o mestre Florentino, os homens são naturalmente “*ingratos, volúveis, simuladores, covardes ante o perigo e ávidos por lucro*” (O Príncipe, cap. XVII). Com isso, todos os conflitos e anarquia que eclodem no seio da sociedade refletem o desdobramento destas paixões, que colocam em tensão permanente aqueles ávidos pelo domínio contra aqueles que se recusam a ser dominados.

Deste embate surge a seguinte indagação: Qual o mecanismo que deve ser utilizado para impor a estabilidade nessa relação e criar um equilíbrio frente estas forças em permanente tensão ?

Para Maquiavel, a resposta seria a instituição do Principado ou da República , a depender da situação concreta.

O Principado seria necessário quando a situação fosse caótica, onde imperasse a violência e a corrupção. Quando a situação estivesse sob controle, estabilizada, com regeneração do corpo social, instaurar-se-ia a República.

Antes do advento dessa obra, que marca o início da Idade Moderna, eram utilizadas as expressões *Rich, Imperium, Land, Tence* para designar o Estado em seu estágio embrionário.

A dificuldade em formular um conceito seguro de Estado advém da própria complexidade deste ente possuidor de diversas formas, o que permite uma abordagem sob diversos pontos de vista.

O delineamento da idéia de Estado, que começa a surgir no século XVI, é fruto do aumento da complexidade da vida em sociedade e do inevitável conflito de comandos entre os vários nichos de poder até então existentes que ameaça pulverizar a necessidade de se concentrar o poder nas mãos de uma só pessoa. Com isso, emergem três aspectos ínsitos

a essa nova forma de agrupamento humano e que irá servir de parâmetro para todos os conceitos de Estado a serem desenvolvidos posteriormente.²

Trata-se dos aspectos político, social e jurídico.

Portanto, para se entender de forma ampla o fenômeno estatal, o cientista político deverá estudá-lo sob este tríplice aspecto

Cláudio De Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga formulam um conceito de Estado ressaltando este tríplice aspecto:³

Uma definição abrangente de Estado seria “uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção.

Sob o aspecto sociológico, o ente estatal representa a convergência de todas as forças sociais existentes num dado território. Sua finalidade consiste em dar segurança e promover o interesse comum dos homens por meio da conjugação de todas as suas forças. Portanto, o Estado é uma síntese dos ideais de comunhão que ele traz dentro de si.

Todavia, para que possa atingir seus ideais, o ente estatal deve apresentar-se aos indivíduos e à sociedade como poder de mando, como governo e dominação.

² Para muitos doutrinadores, a idéia de Estado Moderno surge em 1648 com a chamada paz de Westfália, consubstanciada em dois tratados: Tratado de Munster e Onsbbruck. Com a assinatura destes dois tratados, foram fixados os limites territoriais resultantes das guerras religiosas bem como da Guerra dos Trinta anos, movida pela França e seus aliados em face da Alemanha. Superando, em parte, as questões religiosas; estabelecendo-se as questões políticas dos Estados como elemento principal das suas relações. Este novo enfoque, por sua vez, não significa o descarte das questões religiosas que, aliás, ainda encontram-se presentes nalguns contextos.

³DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. São Paulo: RT. 2007. p. 43

Sintetizando este aspecto, o Estado é a sociedade que coage; é a organização das forças coativas sociais.

Sob o aspecto político, o ente estatal tornou-se a sede do poder político. Com isso, o poder político passou a ter no Estado a sua expressão mais alta, estando ambos – Estado e poder político – indissolúvelmente ligados.

Em razão disso, o Estado torna-se o poder institucionalizado, que deve sempre garantir a liberdade dos homens, de acordo com os seus desejos legítimos, mediante regras pré-estabelecidas. Além de garantir a individualidade de cada pessoa, deve atuar no sentido de realizar o bem público com governo e território próprios.

Darcy Azambuja delinea de forma nítida o aspecto político do Estado ao estatuir:

*O Estado Moderno é uma sociedade à base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia, sobre todas as demais instituições. De fato, é o supremo e legal depositário da vontade social e fixa a situação de todas as outras organizações*⁴

No mesmo sentido, a definição de Marcelo Figueiredo:

*O Estado é uma organização jurídico-política, formada de povo, território e soberania. Todo Estado é um organismo político. Sob o ângulo jurídico, titular de direitos e obrigações na órbita internacional e interna, fruto de sua criação e de seu direito.*⁵

⁴AZAMBUJA, Darcy *Teoria Geral do Estado*. Ed. Globo. Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre. 1963. página 6

⁵FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. Atlas. 2ed. São Paulo. 2007. páginas 42/43

Portanto, o caráter político do Estado, consiste na função de coordenar os grupos e os indivíduos em vista de fins a serem atingidos, impondo a escolha dos meios adequados. Para atingir este desiderato é preciso, antes de mais nada, identificar as necessidades preponderantes do povo, considerando-se as aspirações de progresso em sentido amplo.

Outro ponto importante a ser considerado na tomada de decisões políticas, consiste em equilibrar as necessidades dos indivíduos e as da coletividade, de forma que haja o encontro do equilíbrio entre a liberdade e a autoridade.

Sob o aspecto jurídico, o Estado torna-se uma organização destinada a manter, pela aplicação do direito, as condições universais de ordem social. Torna-se, com isso, produtor de direito, sujeito de direito e objeto do direito.

O Estado deve buscar o máximo de juridicidade, uma vez que um de seus objetivos fundamentais consiste em assegurar o respeito aos valores fundamentais da pessoa humana, bem como reduzir a margem de arbítrio e discricionariedade a fim de assegurar a existência de limites jurídicos à ação do Estado.

Com o passar dos anos e o conseqüente desenvolvimento das várias teorias que buscavam delinear um conceito definitivo de Estado, cada vez mais ganha relevo a noção do Estado como ordem jurídica, com a peculiaridade de que, sendo uma ordem, o Estado vive nela e a ela se submete, fazendo com que seja respeitado por todos os indivíduos e sociedades, inclusive pelos demais Estados.

Dalmo de Abreu Dallari expõe de forma bastante aguçada este aspecto do Estado ao preceituar:

Aí está um dos grandes problemas do Estado contemporâneo: ele existe em função dos interesses de todos os indivíduos que o compõem, e para o atendimento desses interesses busca a consecução de fins gerais; visando atingir

*esses objetivos, ele exerce um poder que pretende alcançar o máximo de eficácia, sobrepondo-se a todos os demais poderes e submetendo até aqueles que lhe dão existência; ao mesmo tempo, é a expressão suprema da ordem jurídica, assegurando a plena eficácia das normas jurídicas, mesmo contra si próprio*⁶

A força preponderante do Direito na formação do Estado reside no fato dele permitir, na comunidade de pessoas, passar da simples coexistência à coesão convivencial e transformar o poder, de mera situação fática à sua institucionalização.

Percebe-se, pois, que a dificuldade em se buscar uma definição de Estado não esbarra apenas em problemas de ordem verbal mas, sobretudo, jurídico. Isto significa que o Estado, em primeiro lugar, deve ser examinado em relação às várias ordenações positivas existentes uma vez que, cada uma delas em abstrato, poderá assumir um conceito diverso de Estado.

Além do ordenamento jurídico adotado por cada um dos Estados, a busca de uma definição perfeita varia de acordo com o ponto de vista assumido por cada uma das escolas doutrinárias, em virtude da ênfase dada a cada um dos seus elementos formadores.

Em razão do mau uso dos termos nação e Estado, principalmente por políticos e pessoas não versadas em ciência política, muitas vezes tem havido o emprego errôneo desses vocábulos em artigos na imprensa escrita e discursos políticos, apesar de possuírem significados distintos.

O vocábulo “nação” deriva do verbo latino *nascere*, referindo-se, portanto ao conjunto de pessoas de mesma origem racial e que comungam uma mesma unidade étnica, cultural, herança histórica e destino comum.

⁶DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2ed. São Paulo:Saraiva. 2007. p. 48/49

È, portanto, a comunidade forjada pela soma de um ou mais vínculos em comum das mais variadas naturezas tais como os de índole racial, lingüística, religiosa, entre outros.

Portanto, nação é uma realidade sociológica, de ordem subjetiva, representada por um conjunto de pessoas unidas em razão dos mesmos traços sócio-culturais constituindo-se, pois, num “Estado em potencial” (Clóvis Bevilacqua).

A nação é considerada o pré-estágio do Estado.⁷

O Estado, por sua vez, é uma realidade jurídica, de ordem objetiva, representando a nação politicamente organizada.

O Estado é a nação encarada sob o prisma de sua organização política; é a nação politicamente organizada.

Nesse sentido, o entendimento de José Geraldo Brito Filomeno:

O Estado, forma mais complexa ainda do que nação, surgirá quando o poder for institucionalizado. Ou seja: quando houver clara definição a respeito do núcleo do poder (Governo) da sociedade (geralmente uma nação, ou mais de uma), bem como das fontes subjetivas e objetivas das normas de conduta – aqui entendidas como os órgãos que as criam – e as normas efetivamente no que tange á sua forma e característica; então nós podemos dizer que nesse momento nasce o Estado.⁸

⁷ Para Dalmo de Abreu Dallari, a idéia de nação é uma pura criação artificial, largamente explorado no século XVIII para levar a burguesia, economicamente poderosa, á conquista do poder político. (*Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva .. 2007. p. 132)

⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 6 ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006. p. 65

1.2 – ORIGENS DO ESTADO

No que pese a existência de várias correntes filosóficas que procuram explicar a forma como os Estados surgiram, o presente trabalho irá se ater ao estudo de cinco teorias consideradas principais: Teoria da Origem Familiar, Teoria da origem Patrimonial, Teoria da Força, Teoria da Origem Contratual e Teoria da Origem Natural.

1.2.1- Teorias desenvolvidas acerca da origem do Estado: Teoria da Origem Familiar, Teoria da Origem Patrimonial, Teoria da Força, Teoria da Origem Contratual e Teoria da Origem Natural.

A teoria da origem familiar do Estado, de forte conotação bíblica, biparte-se em duas outras sub – teoria : Teoria Patriarcal e Teoria Matriarcal.

De acordo com os defensores da Teoria Patriarcal (Summer Maine, Westermack, Stark e Robert Filmer) o Estado tem como fonte primária o núcleo familiar, cuja autoridade suprema repousa na pessoa do ascendente varão mais velho que, no caso, era o Patriarca. Portanto, o Estado representa uma ampliação da família patriarcal em seu grau máximo.

Os argumentos destes teóricos se amolda perfeitamente aos ditames preconizados pelas antigas Monarquias centralizadas onde o Rei representava, de forma efetiva, autoridade do *pater famílias*.

Todavia, esta teoria sofreu severas críticas no sentido de que a formação do Estado deriva do agrupamento de várias famílias, e não do hiperdimensionamento de uma só; além do que, a família é mais uma unidade social do que política.

Na verdade, esta teoria confunde origem da humanidade com origem do Estado.

A Teoria Matriarcal, por sua vez, cujos principais defensores são Morgan, Groesse, Kohler e Durkheim, sustentam que a primeira forma de organização familiar teria sido baseada na autoridade da mãe como forma de pôr fim à promiscuidade e as incertezas oriundas da paternidade. Portanto, o clã matronímico, considerado a mais antiga forma de organização familiar, é o fundamento da sociedade civil.

As críticas a essa teoria tem por fundamento o fato de que, em todas as fases da evolução histórica dos povos, a família patriarcal exerceu influência preponderante.

A teoria da origem patrimonial do Estado parte do pressuposto de que a propriedade é um direito natural, anterior à existência do próprio Estado. De acordo com os seus defensores, os filósofos Platão,⁹ Cícero e Holle, o Estado é uma organização destinada a proteger a propriedade e a regulamentar todas as relações de ordem patrimonial.

Para estes teóricos, a posse da terra gerou o poder público e este, por sua vez, deu origem à organização estatal.

A teoria da Origem patrimonial do Estado encontrou guarida por muito tempo quando da existência dos Estados Feudais na Idade Média.

Conforme Cláudio de Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga :

Um dos melhores exemplos para ilustrar a teoria patrimonial é o Estado Feudal que consistia em um sistema de organização econômica, política e social da Europa Ocidental durante a idade média. Com as invasões bárbaras e a desagregação do Império Romano a partir do séc. V, a Europa iniciou uma profunda reestruturação, marcada pela descentralização do poder, ruralização, emprego de mão de

⁹ PLATÃO, no Livro II de sua “República”, chega a afirmar que o Estado se origina da união de todas as profissões econômicas. Afirma ainda, que o Estado nasce das necessidades humanas, uma vez que ninguém basta a si mesmo e todos nós precisamos de muitas coisas.

obra servil e principalmente o poder concentrado nas mãos daquele que tinha propriedade. Demonstra-se, deste modo, que a organização na época feudal era essencialmente de ordem patrimonial¹⁰

Na verdade, o Estado teria sido criado para que fossem aproveitados os benefícios da divisão do trabalho, integrando-se as diferentes atividades profissionais, caracterizando-se, assim, a motivação econômica de sua formação.

A teoria da força, também conhecida como Teoria da Origem violenta do Estado, se estriba em fatos históricos que demonstram que a guerra foi, de um modo geral, criador de povos.

A fundação do Estado Egípcio em conseqüência da invasão dos Hayksos, a dos Incas no Peru, dos Astecas no México, dos Mongóis na China, dos Arianos na Europa, dos Helenos na Grécia e dos Germanos nas províncias romanas são consideradas exemplos de invasões que serviram de parâmetro para os adeptos desta teoria.¹¹

De acordo com seus principais idealizadores (Bodin, Jelineck, Thomas Hobbes, Glumplowicz e Oppenheimer) a origem dos Estados advém da violência dos mais fortes onde, a organização política, representa o poder de dominação dos vencedores frente aos vencidos.

Portanto, o Estado é fruto do poder de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos.

Evidentemente, grande número de Estados tiveram como origem causas militares, isto é, foram fundados para fins de conquista, para a defesa contra invasões ou para tornar possível expulsão de um invasor de dentro de suas fronteiras.

Todavia, o conceito de força é insuficiente para justificar a aparição do Estado.

¹⁰DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. Op. cit p. 59.

¹¹ Os sociólogos de inspiração Darwiniana vêm na sociedade política o produto da luta pela vida, nos governantes a sobrevivência dos mais aptos, na estrutura jurídica dos Estados a organização da concorrência.

A força bruta, que dá origem aos Estados não busca apenas a dominação de um povo, mas também outros interesses como promover a unidade, estabelecer o direito e realizar a justiça. Melhor dizendo, as regras da razão também devem ser levadas em consideração quando da criação do Estado.¹²

O homem não é só instinto belicoso, mas razão e intelecto.

A teoria da origem contratual do Estado ganhou relevo a partir do século XVII com a valorização do homem em razão do advento dos ideais humanistas. A visão contratualista do Estado teve como principais precursores Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau.

Para Thomas Hobbes, todo homem é opaco para o seu semelhante sendo que, dessa impossibilidade de se saber o que pensa o outro bem como o que passa dentro do outro, o único gesto razoável para cada um é atacar o outro para vencê-lo ou impedir um ataque possível e iminente. Com isso, a guerra se generaliza entre os homens, tornando esta belicosidade perene elemento da condição humana

Diante dessa constatação, Hobbes pergunta: Como pôr termo a este conflito?

Em sua obra “Leviatã” (1561), Hobbes entende que para que se traga paz e estabilidade para a sociedade é preciso que se crie um Estado dotado da espada, armado, para forçar os homens ao respeito mútuo. Diante disso, o Estado se torna condição de existência da sociedade.

Sem a existência de um Estado forte e ilimitado, onde o soberano deva governar pelo temor infligido aos seus súditos, uma vez que, sem medo ninguém abriria mão de toda

¹² HOBBS, por exemplo, supõe o homem em permanente luta com seus semelhantes; este fato, todavia, não convence, uma vez que a luta maior é pelo instinto de sobrevivência do que contra as pessoas.

liberdade que naturalmente possui, a tendência seria no sentido de que os homens se matassem uns aos outros.

Ao firmar o contrato social, o indivíduo renuncia ao seu direito de natureza, de guerrear com todos, dando ao soberano o direito de proteger a sua própria vida. Caso o soberano não consiga atingir este objetivo, o súdito não lhe deve mais obediência, podendo romper com o pacto anteriormente realizado, uma vez que desaparece a razão que leva o súdito a obedecer. Essa possibilidade de rompimento é chamada de “*verdadeira liberdade do súdito*”.

De uma forma geral, os defensores da teoria da Origem Contratual entendiam que, em virtude da tremenda e violenta anarquia em que vivia o homem primitivo, este, num determinado momento da história, teve de abdicar em proveito de um só homem ou de uma assembléia, de todos os seus direitos, até então ilimitados, fundando assim o Estado.

Aludida organização teria por fim precípua fazer justiça e manter a paz.

Grotius , por sua vez, entende que a formação do Estado, deve-se a um pacto voluntário entre os homens, atraídos pela existência de uma simpatia recíproca entre seus membros.

A Teoria contratualista do Estado é considerada pelos teóricos a menos consistente das teorias criadas para tentar explicar a formação do Estado.

Dizem os seus detratores que, se o Estado fosse uma associação voluntária de homens, cada um teria sempre o direito de sair dela. Caso este direito de retirada fosse possível, fatalmente iria ocorrer a dissolução do corpo social e a volta aos primitivos tempos de anarquia.

De acordo com os adeptos da Teoria da Origem Natural do Estado, também conhecida como Teoria da Origem Espontânea, a formação do ente estatal se deve à

conjugação de vários fatores não havendo, pois, como fundamentar a sua criação levando-se em consideração apenas um dado fator.

Sob este prisma, entende-se que o Estado se forma naturalmente, a partir da conjugação espontânea de vários elementos. Todavia, só um fato deve ser considerado permanente, dele derivando todos os demais: o fato do homem ser um ser gregário.

Conforme Dalmo de Abreu Dallari:

O Estado é um germe, uma potencialidade, em todas as sociedades humanas, as quais, todavia, prescindem dele enquanto se mantêm simples e pouco desenvolvidas. Mas, aquelas sociedades que atingem maior grau de desenvolvimento e alcançam uma forma complexa têm absoluta necessidade do Estado, e então se constitui. Não há, portanto a influência de fatores externos à sociedade, inclusive de interesses de indivíduos ou de grupos, mas é o próprio desenvolvimento espontâneo da sociedade que dá origem ao Estado¹³

Apesar da insuficiência de todas estas teorias em tentar explicar a gênese do fenômeno estatal, em virtude do enfoque exagerado a um dado fator ou mesmo da dificuldade em comprovar de forma científica as suas assertivas, todas elas servem como parâmetro de pré-compreensão do Estado Contemporâneo.

1.3 – ELEMENTOS DO ESTADO: POPULAÇÃO, GOVERNO E TERRITÓRIO

No que pese a existência de várias classificações acerca daquilo que deva ser considerado elemento do Estado, no presente estudo será adotada a classificação

¹³DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed, São Paulo: Saraiva. 2007. p. 56

desenvolvida pelo jurista Sahid Maluf e adotada pelos juristas Michel Temer e Anderson de Menezes.

De acordo com este jurista, são considerados elementos do Estado: população, território e governo.¹⁴

A população é considerada o primeiro elemento formador do Estado, ainda que constituída por diversas raças com interesses, ideais e aspirações diversas.

O conceito de população diferencia-se do conceito de povo no seguinte sentido:

O conceito de População possui conotação econômica, estatística, constituindo-se no conjunto de todos os habitantes do território de um dado Estado mantendo ou não com ele vínculos políticos ou jurídicos.¹⁵

Conforme Marcelo Caetano:

O termo população tem um significado econômico, que corresponde ao sentido vulgar, e que abrange o conjunto de pessoas residentes num território, quer se trate de nacionais quer de estrangeiros. Ora, o elemento humano do Estado é constituído unicamente pelos que a ele estão ligados pelo vínculo jurídico que hoje chamamos nacionalidade¹⁶

Povo, por sua vez, diz respeito àquela parcela da população que mantém vínculos de natureza política ou jurídica com o Estado. Portanto, povo são os nacionais, independentemente de sua exata localização espaço temporal.

¹⁴ trata-se da chamada “visão tridimensional dos elementos constitutivos do Estado”.

¹⁵ WALTER CENEVIVA diferencia bem esses dois institutos ao estatuir: “Povo, em conceito mantido nos limites da ciência do Direito, é o conjunto das pessoas subordinadas ao mesmo ordenamento jurídico, providas de capacidade para exercerem os direitos deste decorrentes(...) Enquanto população, é visto em seu significado estatístico. O povo, sem ter personalidade jurídica, tem poder jurídico, posto, posto que titular de soberania(art. 1º, parágrafo único)” (*Direito Constitucional Brasileiro*. Saraiva. SP. 3Ed.2003. p. 34).

¹⁶ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional* 2ed. Rio de Janeiro:Forense. Rio de Janeiro.. 1987. vol. 2. p. 159.

Conforme Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira:

*Assim podemos afirmar que o nacional é o brasileiro nato ou naturalizado, constituindo o conceito jurídico de povo. O cidadão é o conceito político de povo. O povo é o conjunto de cidadãos do Estado. O cidadão é o nacional (brasileiro nato ou naturalizado) no gozo dos direitos políticos, participando da vida do Estado*¹⁷

O povo, dimensão humana do Estado por excelência, é considerado o elemento mais importante na formação de uma nação, pré –estágio da formação estatal.

A criação de uma nação percorre, necessariamente, quatros estágios – família, tribo, clã e formação de cidades. Ao percorrer este longo caminho ao longo dos tempos, fatalmente estará sendo sedimentado um processo de “cristalização nacional”, surgindo daí a idéia de homogeneidade.

Conforme Sahid Maluf:

*A base humana do Estado há de ser, em regra, uma unidade étnico-social que, embora integrada por tipos raciais diversos, vai se formando como unidade política através de um lento processo de estratificação, de fusão dos elementos no cadinho da convivência social.*¹⁸

Com isso, a raça, a língua e a religião não podem ser considerados fatores determinantes para a formação de uma nação, uma vez que outros fatores, necessariamente, terão de intervir para a formação dessa “consciência coletiva” tais como a permanência no mesmo meio físico, lutas, sofrimentos, trabalhos e vitórias comuns.

¹⁷ JUNIOR, Paulo Hamilton Siqueira; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direito Humanos e Cidadania*. São Paulo: RT. 2007. p. 104.

¹⁸ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 20ed. São Paulo:Saraiva. São Paulo. 1990. p. 24.

Conforme Mario Lúcio Quintão Soares, citando Kriele:

*a nação é o povo que adquiriu consciência de si mesmo. A unidade da nação é a história vivida e sofrida em comum, alicerçada na vontade e na consciência de pertencer à mesma comunidade.*¹⁹

Dalmo de Abreu Dallari nos dá uma idéia mais precisa de nação ao aduzir:

*O termo nação se aplica a uma comunidade de base histórico-cultural, pertencendo a ela, em regra, os que nascem num certo ambiente cultural feito de tradições e costumes, geralmente expresso numa língua comum, tendo um conceito idêntico de vida e dinamizado pelas mesmas aspirações de futuro e os mesmos ideais coletivos.*²⁰

Todos esses fatores, visualizados de forma conjunta, irão criar uma comunhão de consciências que irão plasmar a nação, tendo como destino final a formação de um Estado.

Portando, nação deve ser entendida como a vontade que um povo possui de viver junto por possuírem uma mesma origem comum e, principalmente, por compartilharem dos mesmos ideais e aspirações, sendo a homogeneidade de um povo fruto da junção de fatores históricos e psicológicos que atingem um determinado agrupamento humano num dado momento.

O governo representa o conjunto dos órgãos que compõem o Estado e que colocam em prática as deliberações dos órgãos executivos. O governo deve ser entendido como o conjunto das funções necessárias para a manutenção da ordem jurídica e da administração pública.

¹⁹ SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado – Novos paradigmas em face da globalização*. 3ed. São Paulo:Atlas. . 2008. p. 152

²⁰ *Op. cit.* p. 96.

Trata-se do aparato burocrático do Estado, formada por políticos e profissionais – contratados ou concursados - que tem por objetivo fixar as políticas públicas a serem perseguidas pela Administração Pública.

Em seu aspecto coletivo, entende-se por governo o conjunto de órgãos que administram a vida política dos Estados. Quanto ao seu aspecto singular, o governo é entendido como sendo apenas o Poder Executivo, uma vez que aludido poder é o que exerce a função mais ativa na direção dos negócios públicos.

Como o governo expressa o exercício do poder soberano do Estado, suas ações são dotadas de coação irresistível em relação aos indivíduos e grupos que formam a população do Estado.

Considerado a face visível do Estado, a exteriorização do seu poder de império é realizada através de funções. Com isso, entende-se que a vontade estatal é única, todavia a sua manifestação se dá através das funções executiva, legislativa e judiciária.

A função legislativa consiste na criação e inovação do ordenamento jurídico através da formulação de regras genéricas e abstratas – que geralmente é a lei - que deverão ser observadas pelos indivíduos e por todos os órgãos estatais.

A função executiva tem por objeto a administração da coisa pública (*res publica*), através do cumprimento do estatuído pelas leis elaboradas pelo Poder Legislativo. Esta função estatal se materializa através dos chamados atos administrativos.

A função jurisdicional, por sua vez, consiste em aplicar a lei aos casos controvertidos, buscando-se com essa atividade a paz social.

Esta divisão orgânica do poder tem por objetivo criar um sistema de compensações, evitando que uma só pessoa, ou mesmo um único órgão, venha a concentrar em suas mãos todo o poder do Estado.

Conforme Celso Ribeiro Bastos:

Ao determinar que à separação funcional estivesse subjacente uma separação orgânica, Montesquieu concebia sua teoria da separação dos poderes como técnica posta a serviço da contenção do poder pelo próprio poder. Nenhum dos órgãos poderia desmandar-se a ponto de instaurar a perseguição e o arbítrio, porque nenhum desfrutaria de poderes para tanto. O poder estatal, assim dividido, seria o oposto daquele outro fruído pelo monarca de então, desvinculado de qualquer ordem jurídica preestabelecida. Como um racionalizador do poder, Montesquieu colocou-se em frontal antagonismo com a ordem existente e tornou-se um dos autores que mais contribuíram para o advento do Estado Constitucional ou de Direito.²¹

Com esta divisão, cria-se um sistema de “freios e contrapesos”, uma vez que tais poderes, ao se inter-relacionar, evita o arbítrio e, por conseguinte, fornece condições objetivas para o exercício racional do poder soberano.²²

Conforme exposto, o governo, dividido em funções, sempre será necessário para impedir que o exercício abusivo do poder desvie o Estado de seu desiderato final, que é a consecução do bem comum, considerada uma de suas características principais.

O território é a base física do Estado, onde a soberania é exercida na sua plenitude. Trata-se do âmbito geográfico da Nação, onde ocorre a validade da sua ordem jurídica.

A nação, como realidade sociológica, pode subsistir sem território próprio, sem se constituir em Estado. Todavia, Estado sem território não é Estado.²³

²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2002. p. 561

²² Estas funções do Estado, depois de identificadas por Aristóteles em sua obra chamada “Política”, serviram de base para o pensamento de Montesquieu, desenvolvido em seu célebre “O Espírito das Leis”.

O território deve ser visto como limite material da ação efetiva dos governantes, ou seja, a parte do globo em que certo governo pode exercer o seu poder de constrangimento, organizar e fazer funcionar os diversos serviços públicos.

O território funciona também como referência de identidade de um povo em relação aos demais povos, indispensável como área de segurança dos indivíduos e das sociedades menores, mediante jurisdição territorial.²⁴

Ivo Dantas, por sua vez, preconiza que a importância do território cinge-se à proteção do direito de propriedade ao aduzir:

Surgido como consequência de acontecimentos históricos no início da idade moderna, o Estado se constitui de elementos que, ao longo da História, através das formas de Organização política que o antecederam, variavam de importância conforme a época. Assim, por exemplo, a polis grega e a civitas romana acentuavam a importância do elemento humano, comunitário, enquanto que a idade média, com seu sistema feudal, tinha uma tônica no território, resultando daí a compreensão do poder político em sua íntima vinculação com o direito de propriedade²⁵

Quanto a função que se presta, o território pode exercê-la de forma positiva ou negativa.

O território exerce função positiva quando proporciona a riqueza indispensável à satisfação do bem comum, quando atua como “fator de unificação”, fazendo nascer na

²³ Antes da criação do Estado Palestino, o povo palestino formava a chamada “nação palestina”, como o povo Basco forma uma nação dentro do Estado Espanhol.

²⁴ O poder do Estado sobre seu território, de acordo com as regras de direito constitucional de cada Estado, bem como as regras do direito internacional público garantem, de um modo geral, que toda pessoa que se encontra no território do Estado fica sujeita à autoridade do Estado.

²⁵ DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense. 2008. p. 91.

população um sentimento de unidade e quando delimita o espaço onde opera e exerce a ordem jurídica que emana de sua soberania.²⁶

Quanto à função negativa exercida pelo território, esta é vista quando ocorre a fixação do limite do poder Estatal, limitando e fixando o campo que é vedado aos poderes estrangeiros.

Antigamente, dividia-se o território de um Estado em território político e território Comercial.²⁷

Território político era aquele em que a soberania do Estado era exercida em sua plenitude, constituindo-se na base mais importante da vida do Estado; enquanto que território comercial era aquele em que o Estado exercia apenas algumas de suas faculdades, geralmente no sentido de satisfazer seus interesses mercantis.

Quanto ao limite territorial, este pode ser estabelecido de forma natural ou artificial.

Entende-se por limite a linha divisória que separa o território entre dois Estados e fronteira como região ao redor do limite.²⁸

O limite natural é aquele estabelecido por acidentes geográficos (rios, montanhas, lagos etc.), enquanto que o limite artificial é aquele fixado por meio de tratado ou arbitragem, considerando longitude, linha reta e paralelos.

O princípio que demonstra o poder de império do Estado sobre a sua base física é o Princípio da Territorialidade das Leis, isto é, o ordenamento jurídico pátrio possui eficácia e exclusividade apenas em seu território.

²⁶ A ordem jurídica estatal, sendo aplicada soberanamente dentro de um território, encontra-se protegida pelo princípio da impenetrabilidade. De acordo com este princípio reconhece-se ao Estado o monopólio de ocupação de determinado espaço, sendo impossível que no mesmo lugar e ao mesmo tempo convivam duas ou mais soberanias.

²⁷ Esta divisão teve importância quando os países ricos mantinham colônias na África e na América do Sul.

²⁸ A fronteira, como ideal jurídico de evidência e precisão, foi criação do Estado Liberal de Direito, que institucionalizou o território para domesticar as interações sociais.

Todavia, este princípio sofre temperamentos em virtude dos Princípios da Extraterritorialidade e da Imunidade.

Além do território – dimensão física do Estado – sujeitam-se à jurisdição do Estado Brasileiro também os navios mercantes em alto mar, os navios de guerra em qualquer ponto em que se encontrem, o terreno das embaixadas e as representações diplomáticas em geral.

Quanto ao mar territorial, visto como uma das três dimensões do território pátrio, juntamente com o subsolo e o supra-solo, prevalecia a fórmula “*terra e potestas finitur ubi finitur ar morarum vis*”, ou seja, cessa o poder territorial onde cessa a força das armas.²⁹

Todavia, com a sofisticação dos armamentos bélicos, que hoje podem ter seu raio de alcance aumentado de forma inimaginável, este antigo critério encontra-se superado.

Na atualidade, ficou estabelecido na Lei nº 8.617, de 4 de Janeiro de 1993, que o mar territorial brasileiro possui uma extensão de doze milhas marítimas, nela compreendidos o subsolo e o espaço aéreo correspondente.

A plataforma continental brasileira, por sua vez, constituída pelo leito e pelo subsolo das áreas submarinas, se estendem além do mar territorial até uma distância de duzentas linhas marítimas .

Conforme Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

²⁹ Quanto ao espaço aéreo brasileiro, que corresponde à coluna de ar compreendida entre o solo e a faixa de ar denominada ionosfera; encontra-se regulamentado pelo Código Brasileiro do Ar, que compreende o Decreto Lei nº 32/66 e o decreto nº 34/67.

A soberania brasileira, na sua plataforma continental, fica restrita a exploração e aproveitamento de seus recursos naturais e, na zona econômica exclusiva, a exploração, aproveitamento, conservação e gestão de recursos naturais e, na zona econômica exclusiva, a exploração, aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, e utilização da zona para fins econômicos. Em ambas, possui ainda o direito de regulamentar a investigação científica marinha, a proteção e preservação do meio marinho, bem como a construção, a operação e o uso de todos os tipos de ilhas artificiais, instalações e estruturas.³⁰

Portanto, de acordo com todos os elementos acima expostos, a idéia de Estado pleno implica na existência de um Governo independente, de uma população homogênea e na existência de um território certo e inalienável.

1.4 – CARACTERÍSTICAS DO ESTADO

As características do Estado representam o desdobramento lógico de seus elementos constitutivos que são: Soberania, Nacionalidade e Finalidade (Bem Comum).

Ausente essas características, não há que se falar em Estado.

1.4.1 - Soberania

O conceito de soberania é um dos que mais tem atraído atenção dos teóricos do Estado, filósofos do Direito, cientistas políticos, bem como de todos aqueles que se dedicam ao estudo das teorias e dos fenômenos jurídicos. Este interesse se deve, sobretudo,

³⁰ ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo : Saraiva . 1998. p. 183.

à significação política do conceito de soberania bem como ao fato deste instituto servir de base à idéia de Estado Moderno.³¹

De acordo com Reis Friede:

*A soberania, por fim, traduz-se no elemento abstrato, de matiz político, que permite, em última análise, a indispensável concreção aos denominados elementos perceptíveis (povo e território), viabilizando o Estado como inexorável realidade efetiva (vinculação político-jurídica)*³²

A origem do termo soberania provém do latim “*super omnia*”, “*superanus*”, “*supremitas*” que, em sua acepção vulgar, significa poder supremo, acima do qual nenhum outro poder se encontra, ou mesmo tangencia.³³

Portanto, num primeiro momento, soberania pode ser entendida como uma qualidade do poder estatal no sentido de não reconhecer outro poder superior a ele, nem igual a ele dentro do mesmo Estado.

Em sentido amplo, significa o poder, a autoridade em última instância em uma dada sociedade política. Implica, pois, na autodeterminação do governo de um Estado, sem depender de potências estrangeiras, quer no campo político, econômico, ou cultural.

Sua manifestação se dá pelo processo legislativo e pela aplicação da lei sem interferência de outro Estado, com independência de decidir tanto na esfera Administrativa quanto no âmbito do Poder Judiciário.

³¹ A Constituição Federal de 1988 teve grande preocupação em assegurar a soberania, tanto que ela é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme estatuído no artigo 1º, I.

³² FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência política e Teoria Geral do Estado*. 3ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária. 2006. p. 40.

³³ A palavra soberania surge, de forma ainda insípida, na Idade Média. Todavia, a sua concepção definitiva se dá com o aparecimento do Capitalismo onde se busca impor alguns limites e tentar organizar a atual realidade vivida uma vez que, com a unificação do poder, haveria o aumento do mercado tornando a circulação de mercadorias mais fácil.

Com isso, podemos afirmar que, quanto à forma de atuação, existem duas espécies de soberania. A soberania interna e a externa.

Por soberania interna, entende-se a autoridade que o Estado possui de editar as próprias leis ou ordens, sem que com isso se sujeite a limitação de qualquer outra espécie de poder. O poder do Estado é o mais alto existente dentro do Estado (*summa potestas*).

Em suma, trata-se do direito de criar o próprio governo, instituições e Constituição.

Quanto à soberania externa, entende-se que, nas relações entre os Estados, deve haver igualdade, nunca subordinação ou dependência. Trata-se do conceito basilar de não intervenção entre os Estados (soberanos) no contexto Mundial.

Apesar de seu caráter impositivo, o exercício da soberania por parte dos Estados encontra três espécies de limitação que são: Direito Natural, Direito Grupal e os imperativos da coexistência dos Estados Soberanos.

A idéia de Direito Natural retornou ao cenário jurídico com a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, promulgada em 1948, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, como resposta dos povos civilizados às atrocidades e horrores do regime Nazista.

Após este episódio, as nações aliadas, vencedoras do conflito, passaram a entender que a violação dos direitos humanos não poderia mais ser concebida como uma questão doméstica dos Estados, mas sim como uma questão de relevância e preocupação de toda a comunidade internacional.

De acordo com esta nova concepção, o Estado deve ser visto como mero instrumento de coordenação do Direito e, as normas de direito positivo produzidas por ele devem se conformar com as lei eternas e imutáveis da natureza.

Quanto aos limites impostos pelo direito grupal, no caso os grupos biológicos, pedagógicos , econômicos e etc, o Estado deve buscar a preservação desses grupos, importantes para a estabilidade social, coordenando suas atividades sob pena de usurpar suas atividades e objetivos que lhes são iminentes.

Washington de Barros Monteiro ressalta a importância da família para a estabilidade do Estado ao estatuir:

Em suma, sensível e manifesta a atuação do Estado no campo do Direito de família, no sentido de tutelar e resguardar a comunidade familiar, elemento da própria vida e base fundamental da sociedade. Orientando-se assim, teve o legislador em mira, naturalmente, prudente advertência de Angel Ossorio: onde há fortes e sadios núcleos familiares, marcham os povos da melhor forma; onde a família se desagrega, tudo soçobra.³⁴

Quanto ao limite imposto pelos imperativos de coexistência de Estados Soberanos, trata-se da aplicação do Princípio da coexistência pacífica das soberanias que, inclusive, encontra amparo no Texto Constitucional (art. 4, inc. III).³⁵

1.4.1.1 – Teorias sobre Soberania: Teoria da Soberania Absoluta do Rei, Teoria da Soberania Popular, Teoria da Soberania do Estado, Teoria da Soberania Nacional, Teoria realista e Teoria Negativista da Soberania.

Basicamente, são seis teorias que buscam explicar o exercício da soberania pelos Estados: Teoria da Soberania absoluta do Rei, Teoria da Soberania Popular, Teoria da Soberania do Estado, Teoria da Soberania Nacional , Teoria Realista e Teoria Negativista da Soberania.

³⁴ BARROS, Washington Monteiro de .*Curso de Direito Civil*. 26 ed. São Paulo: Saraiva. 2 vol.1998. p. 5-6.

³⁵ “artigo 4º A *República Federativa do Brasil, rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:III – autodeterminação dos povos;*”

A Teoria da Soberania Absoluta do Rei se origina na França, no século XVI, tendo como principal teórico Jean Bodin (153-1596). De acordo com os postulados desta teoria, Deus é a causa primeira de todas as coisas. Portanto, é em Deus que reside a origem do Poder.³⁶

Deus não se limitou apenas a criar o Estado, mas também designou expressamente em cada sociedade política a pessoa que deve exercer o poder, ou a família de onde deve sair o monarca.

Com isso, os reis devem prestar contas de seu modo de governar apenas a Deus; nenhum outro poder na Terra é superior à autoridade real.

Portanto, os monarcas eram considerados representantes de Deus na ordem temporal e na sua pessoa se concentravam todos os poderes. A figura do monarca enfeixava a idéia de Estado, Soberania e Lei.

Mario Lúcio Quintão Soares sintetiza bem as idéias de Jean Bodin ao estatuir:

No âmbito externo, o conceito clássico de soberania, por ele elaborado, como 'summa potestas', pressupunha a inexistência de comunidade internacional ou de Direito Internacional Público que vinculasse os diversos Estados entre si. No âmbito interno, como poder absoluto e perpétuo de república ou reino, ilimitado no tocante ao poder, responsabilidade e ao tempo, exigia que o soberano não reconhecesse nenhuma autoridade superior a si mesmo, que nenhuma lei o obrigasse, salvo Deus e as leis divinas e naturais³⁷

³⁶ Para Jean Bodin, a soberania representa a verdadeira essência da República, caracterizando –se como potência absoluta e perpétua. De acordo com seu entendimento, os príncipes soberanos são estabelecidos por Deus como seus “lugares-tenentes” para comandar os outros homens. Por conseguinte, aquele que recebe de Deus a potência soberana representa sua imagem na Terra.

³⁷ *Op. cit.* p. 96.

Apesar das arbitrariedades que esta teoria ensejou pelos monarcas quando do exercício de seus reinados, ela teve o condão de colaborar para a unificação do poder, eliminar guerras civis e religiosas além de ensejar o desenvolvimento de uma vida econômica até então insipiente.

A Teoria da Soberania Popular, também conhecida como Teoria do Direito Divino Providencial ou Teoria Ortodoxa da Igreja, origina-se na Espanha com os teóricos Marsílio de Pádua, Suárez e Francisco de Vitória.

Esta teoria teve o mérito de abrandar os excessos da Teoria da Soberania Absoluta do Rei.

De acordo com esta teoria, os reis não recebem o poder por ato de manifestação sobrenatural da vontade de Deus, mas sim por uma determinação providencial da onipotência divina. Melhor dizendo, Deus não intervém diretamente para indicar a pessoa que deve exercer o poder, mas sim indiretamente, através da direção providencial dos acontecimentos divinos.

O poder do Rei é reconhecido como soberania constituída, todavia, reconhece-se a existência de um poder ainda maior, exercido pela denominada “soberania constituinte”, advinda do povo.

Esta teoria inova no sentido de afirmar que o principio do poder político reside em Deus, criador de todas as coisas, todavia, o modo e o uso desse poder vêm dos homens, a fonte humana da soberania.

Conforme Sahid Maluf :

A teoria do direito divino providencial pregou a separação dos dois poderes – temporal e espiritual – sob o dogma de que o poder divino é originário e superior, devendo o Estado respeitar as leis eternas e imutáveis do criador na ordem

*temporal. Comentando esta doutrina observou Loysseau que o Rei é senhor e servo ao mesmo tempo, tanto aos olhos de Deus como aos olhos do povo*³⁸

Em suma, o poder e o exercício da soberania do rei possui origem divina, mas necessita do aval popular devendo lastrear o seu exercício na busca do bem comum.

Esta teoria é concebida no momento em que o Estado se desvinculava da Igreja, com a conseqüente separação entre crença religiosa e doutrina política representando, pois, uma franca reação ao absolutismo monárquico.

A Teoria da Soberania do Estado origina-se das Escolas Alemãs e Austríacas, sendo Jellineck e Kelsen os que melhor a desenvolveram.

De acordo com esta teoria, soberania é a capacidade que os Estados possuem de se autodeterminarem, por direito próprio e exclusivo. A soberania representa um poder jurídico, de direito, e, assim como todo e qualquer direito, sua fonte e justificativa repousa na vontade do próprio Estado.

Para os defensores desta teoria, só existe o direito elaborado e promulgado pelo Estado.

Tomando como referência as idéias de Thomas Hobbes, entendem os teóricos destas duas escolas que a vida do direito está na força coativa que lhe empresta o Estado. Além de preconizarem que sem sanção estatal não há direito, não reconhecem a existência do Direito Natural. Portanto, a soberania estatal é absoluta, devendo ser exercida sem qualquer espécie de restrição.

³⁸ *Op. cit.* p. 63.

Conforme Mario Lúcio Quintão Soares:

Kelsen reduz o conceito de Estado a ordenamento jurídico, de tal forma que o poder soberano se torna poder de aplicar/criar direito num determinado território para um povo.

Tal poder recebe sua validade da norma fundamental e da capacidade de se fazer valer, recorrendo, em derradeira instância, à força e, portanto, do fato de não ser apenas legítimo, mas, também, eficaz.

O poder do Estado deve contemplar a validade e eficácia da ordem jurídica nacional, considerando-se a soberania uma qualidade desse poder, pois a soberania apenas pode ser qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é fonte de obrigações e direitos.³⁹

Esta teoria serviu de inspiração para a ascensão de Estados Autoritários na Alemanha Nazista, na Itália Fascista, no Brasil, à época do Estado Novo de Getúlio Vargas e na Argentina de Perón, ou seja, representou o retorno às concepções clássicas greco-romanas da *polis* como realidade máxima à qual todos os interesses individuais deveriam ser sacrificados em nome de um bem maior.

A Teoria da Soberania Nacional origina-se juntamente com as idéias liberais que fomentaram a Revolução Francesa, tendo como principais idealizadores Rousseau, Esmein e Hauriou.

De acordo com as idéias de Rousseau, expostas na obra “O Contrato Social”, o homem primitivo era livre e feliz. Este estado perene de felicidade terminou com o progresso da civilização (divisão do trabalho, propriedade privada, etc.). A fim de manter a

³⁹ *Op. cit.* p. 89.

ordem e evitar maiores desigualdades sociais, os homens criaram a sociedade política, a autoridade e o Estado mediante um contrato.

Através desse contrato, o homem cedeu parte de seus direitos naturais criando assim uma organização política com vontade própria, representante da vontade geral.

De acordo com a Teoria da Soberania nacional, a fonte única do poder de soberania provém da Nação sendo que, os órgãos governamentais somente poderão exercer este poder mediante o consentimento nacional.

Em razão disso, o povo possui o Estado que, gradativamente, ganhou conotação jurídica. Diante dessa afirmação, pode-se dizer que o Estado passou a ser a forma jurídica da nação.

De acordo com esta teoria, a soberania se caracteriza por ser una, indivisível, inalienável e imprescritível.⁴⁰

Una no sentido de não poder existir mais de uma autoridade soberana em um mesmo território. Indivisível no sentido de que o poder soberano não pode ser repartido, mas sim delegada atribuições ou repartição de competências entre os órgãos governamentais. Inalienável no sentido de que a soberania não se transfere, não se aliena, pois, quem a detém (povo, nação ou Estado) desaparece quando fica sem ela. Imprescritível no sentido de que não pode sofrer limitação no tempo.

Esta teoria, além de representar a base do pensamento político contemporâneo e influenciar a quase unanimidade das constituições modernas, foi decisiva para sedimentar a fase liberal do constitucionalismo, especialmente o constitucionalismo francês pós-revolucionário.

⁴⁰ A Constituição Francesa de 1791, em seu artigo 1º, Título III, recepcionou estas características da soberania ao estatuir: “*A soberania é, uma, indivisível, inalienável, e imprescritível*”

A Teoria Realista, também conhecida por Teoria Institucionalista, tem como principal teórico Bigne de Villeneuve.

De acordo com este teórico, a soberania tem como fonte a Nação, mas apenas adquire expressão concreta e objetiva, ou seja, juridicidade, quando se institucionaliza no Estado.

O titular da soberania, ou melhor, o poder, é a nação, elemento humano do Estado. Juridicamente, porém, é o Estado que exerce o poder, uma vez que ele representa a fisionomia legal da nação.

Portanto, a soberania é um atributo (qualidade) de que se reveste o poder de auto-organização nacional e de autodeterminação quando institucionalizado no órgão estatal.

Por ser uma qualidade do poder, a soberania não tem e nem pode ter titular. Sem a supremacia tutelar da soberania Estatal, a sociedade descambaria para a mais terrível anarquia.

Portanto, para que o Estado possa cumprir sua missão de manter a ordem, promover o progresso e realizar o bem comum, é preciso que ele seja presente o suficiente para ser respeitado pelos indivíduos e sociedades que representa.

Com isso, o uso da força torna se necessário para que as decisões do órgão estatal sejam impostas.

Entende ainda este teórico que o poder soberano é absoluto como poder político, ou seja, para realizar o bem comum da sociedade que governa, ele não presta conta de seus atos a nenhum outro poder político, Estado ou autoridade.

Isso não implica dizer que ele possa fazer tudo o que lhe aprouver e que não tenha qualquer espécie de limite. Caso não houvesse limites para o exercício da soberania, este poder tornar-se-ia despótico e arbitrário.

De acordo com os teóricos da Teoria Negativista da Soberania, Leon Duguit e Ludwig Gumplowicz, soberania é apenas uma idéia abstrata. O que existe é apenas a crença na soberania.

Para esses teóricos, o Direito Natural não existe; o que existe é o Estado como fonte de normatividade jurídica além de apenas organizar a força a serviço do Direito.

Para esta teoria, a idéia de soberania se confunde com a noção de serviço público.

Procedendo a uma síntese de todas as teorias que procuram explicar a questão da soberania, o que se verifica é que a idéia de soberania está sempre ligada à concepção de poder variando de acordo com o cenário político vivido em cada época.

1.4.2 -Nacionalidade

Nacionalidade é o vínculo jurídico –político, de Direito Público Interno, que faz da pessoa um dos elementos da dimensão pessoal do Estado.⁴¹

De acordo com Alexandre de Moraes:

Nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da

⁴¹ As normas referentes à questão da nacionalidade permeou todas as constituições Brasileiras: 1824 (art. 6º e 7º), 1891 (arts. 69 e 71), 1934 (arts. 106 e 107), 1937 (art.s 115 e 116), 1946 (arts. 129 e 130) e 1967 (arts. 140 e 141) com sua EC nº 1/69 (arts. 145 e 146)

*dimensão pessoal deste Estado, capacitando –o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de deveres impostos.*⁴²

Considera -se nacional o brasileiro nato ou naturalizado que se vincula, por nascimento ou naturalização, ao território brasileiro enquanto que cidadão qualifica o nacional no gozo dos direitos políticos e os participantes da vida do Estado.

Nacional é a pessoa natural do Estado que mantém com este ente um vínculo de natureza jurídica, esteja ele sediado ou não no seu território. Estrangeiro, por sua vez, é todo aquele que não é tido por nacional face a um determinado Estado. Quanto ao Estado em que se encontrem, sujeitam-se à imposição desse Estado e gozam dos benefícios conferidos aos nacionais, em matéria de proteção aos direitos individuais.

O estrangeiro tem, quando residente no Brasil, as garantias conseqüentes de sua submissão ao ordenamento jurídico nacional, tais como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos definidos pelo artigo 5º da Constituição Federal, os quais incluem, especificamente, o direito de não ser extraditado por crime político (artigo 5º, LII, da Constituição Federal)

A competência para legislar sobre a questão da nacionalidade é exclusiva do próprio Estado, sendo incontroversa a total impossibilidade de ingerência normativa do direito estrangeiro.⁴³

⁴² MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional* 11ed. São Paulo:Atlas 2002. p. 213

⁴³ Em âmbito doutrinário, existem dois critérios de adoção de nacionalidade que os Países utilizam para mostrar quem são aqueles que fazem parte de sua dimensão pessoal. Trata-se dos critérios primários (originários) que fazem parte o *Jus soli* e o *jus sanguini* e os critérios secundários (adquirido), que diz respeito ao processo de naturalização. O processo de naturalização implica na junção da vontade do naturalizado com a aquiescência do Estado. O Estado Brasileiro, no que diz respeito ao critério de adoção da nacionalidade, adotou o critério do “*jus soli*” como regra geral, mitigado pelo critério do “*jus sanguinis*”. Aludidas regras encontram-se descritas na Constituição Federal, no Título II que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo III, artigo 12 e na Lei Federal nº 6.815, de 19/8/1980 (Estatuto do Estrangeiro) que trata do processo de naturalização.

1.4.3- Fins do Estado

Do ponto de vista fático, a finalidade do Estado encontra-se ligada às concepções filosóficas e aos valores jurídicos da sociedade politicamente organizada (Liberal, Social, Comunista etc.)

Todavia, a maioria dos cientistas políticos, sociólogos, juristas, bem como todos aqueles que estudam o fenômeno estatal, vêem como causa final do Estado a busca do bem comum.

Entende-se por bem comum o conjunto das condições que o Estado deve propiciar às pessoas, individualmente ou em grupo, para que elas possam atingir seus objetivos livremente e sem prejuízo dos demais. Com isso, a pessoa humana torna-se a medida e o fim do Estado.

O Estado é um dos meios utilizados pelo homem para que ele realize o seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual.

De acordo com Darcy Azambuja:

O bem comum consiste, pois, no “conjunto dos meios de aperfeiçoamento que a sociedade politicamente organizada tem por fim oferecer aos homens e que constituem patrimônio comum e reservatório da comunidade: atmosfera de paz, de moralidade e de segurança, indispensável ao surto das atividades particulares e públicas; consolidação e proteção dos quadros naturais que mantém e disciplinam o esforço do indivíduo, como a família, a corporação profissional; elaboração em proveito de todos e de cada um, de certos instrumentos de progresso, que só a força coletiva é capaz de criar (vias de

*comunicação, estabelecimentos de ensino e de previdência); enfim, coordenação das atividades particulares e públicas tendo em vista a satisfação harmoniosa de todas as necessidades legítimas dos membros da comunidade*⁴⁴

No mesmo sentido o entendimento de José Geraldo Brito Filomeno.

*A realização global do ser humano, quer do ponto de vista biológico, quer do psíquico, o que deve ser propiciado pelo Estado mediante criação de condições de cunho político (mantendo as seguranças interna e externa), jurídico(buscando o Estado de direito mediante a criação, execução e aplicação do ordenamento jurídico) e social (proporcionando à população em geral, e à sua faixa mais carente, em especial, condições de superação de sua insuficiência e necessidades de cunho educacional, de saúde, saneamento básico, lazer, etc)*⁴⁵

Portanto, a existência de uma sociedade política, com território e população definidos e governo soberano não se justifica como um fim em si mesmo.

Reis Friede, por sua vez, não vê apenas o bem comum como o fim último do Estado, mas também: fator segurança (garantia de sobrevivência do ente estatal), fatores de concreção da sociedade política (criação das leis) e afirmação do direito (função judiciária).⁴⁶

⁴⁴ *Op. cit.* p. 160.

⁴⁵ *Op. cit.* p. 86.

⁴⁶ FRIEDE, Reis. *Curso de Ciência Política e Teoria Geral do Estado. – Teoria Constitucional e relações internacionais. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária.* p. 78

Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira entendem que são consideradas finalidades a serem perseguidas pelo Estado Brasileiro: a democracia, o progresso, a soberania e a paz social.⁴⁷

A Constituição Federal, em seu Título I, que trata dos Princípios Fundamentais, elenca como finalidades do Estado Brasileiro: (I) democracia (art. 1º, “caput”); (II) Soberania (art. 1º, I, art. 4º I); (III) cidadania – participação popular (art. 1º, II, V e parágrafo único); (IV) dignidade da pessoa humana (art. 1º, III; art. 4º, II); (V) valores do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV); (VI) construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I); (VII) progresso nacional (art. 3º, II; art. 4º, IX); (VIII) erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e (IX) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV).

Porém, de acordo com a ótica Negativista da finalidade estatal, representada pelas teorias Organicista e Mecanicista, tendo como principais teóricos Hans Kelsen e Constantino Mortati, o Estado é um fim em si mesmo, inexistindo, pois, um objetivo determinado para a sua criação. Para os adeptos desta teoria, o Estado não possui finalidade objetiva, na medida em que a vida social representa uma sucessão de acontecimentos que carecem de direcionamento para um dado fim específico.

Conforme Paulo Bonavides:

a concepção organicista social-biológica nos apresenta o Estado como algo originário, primário, espontâneo, atributo e não produto da natureza humana (Seidler). Elucida o mesmo autor que essa doutrina faz inadmissível a idéia de um Estado “criação consciente do homem para a realização de determinados fins. O critério organicista com que avaliar as tarefas da atividade estatal se acha na

⁴⁷ *Op.cit.* p. 112.

*própria natureza do Estado, recusando-se, por conseguinte, legitimidade a todos os fins que porventura contrariem a essência estatal. Temos com essa doutrina segundo já observou Kelsen, a via mais curta que conduz ao absolutismo.*⁴⁸

Todavia, não se deve perder de vista que o Estado, pessoa coletiva por excelência, cuja ação decorre da vontade humana, possui necessariamente um fim ou fins a serem perseguidos. Negar finalidade ao Estado seria negar o próprio Estado, descambando-se para o terreno do anarquismo.

O Estado não pode ser visto como o fim do homem; sua missão é ajudá-lo a viver em segurança e aperfeiçoar-se. Eis aí a expressão do bem comum.

1.5 – GLOBALIZAÇÃO E CRISE DO ESTADO

A globalização deve ser entendida como um fenômeno complexo, de matiz filosófico, cultural e ideológico, que tem na economia a chave de sua compreensão e a área estratégica de sua projeção. Traduz –se, essencialmente, na criação de um mercado mundial unificado, graças ao desenvolvimento operado nos sistemas de transporte e nas tecnologias de informação que permite a livre circulação de todo tipo de bens, serviços capitais e tecnologia. O Neoliberalismo é considerado a sua grande matriz ideológica.

Com o advento da globalização instalou-se uma crise nas estruturas do Estado fazendo com que o mesmo se encontre constrangido por inúmeros fatores impeditivos de suas estratégias e potencialidades que levaram à sua criação.

Em razão desta nova forma de interação entre as várias nações, novos atores sociais surgiram no mundo, todavia, o grande protagonista desta nova onda são os grandes

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 117.

conglomerados transnacionais, orientados no sentido de impor uma estratégia planetária que busca controlar o processo de desenvolvimento econômico em escala mundial.

Conforme Octavio Ianni:

Colocam-se também como centros de mando e decisão as empresas, corporações e conglomerados ditos multinacionais, transnacionais, mundiais, globais ou planetários. São responsáveis pela formação, funcionamento e transformação do que se poderia denominar o shopping center global, espalhando-se por países e continentes. Tanto assim que certas partes do mundo dão a impressão de uma vasta Disneylândia, já que a mercadoria aparece como divertimento, algo lúdico, simulacro fascinante do real impossível. Pouco a pouco, nos mais diversos e distantes lugares, países ou continentes aparecem as marcas da globalização. O mundo pode ser visto como um imenso e caleidoscópico arsenal de mercadorias, originários de uma fábrica múltipla e monumental, organizada por alguns e dispersas por todo o mundo.⁴⁹

A globalização, pautada pelo rearranjo das formas produtivas do mundo do trabalho, da economia bem como de uma gama infinita de fatores que colocam em xeque não só as estruturas do Estado Nacional como um poder supremo, delimitado territorialmente, bem como de sua estrutura organizacional de bem estar que se vê

⁴⁹ IANNI, Octávio. *A sociedade global*. 3ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1995. p.135.

comprometida em suas possibilidades de responder de forma adequada às demandas sociais.⁵⁰

Esta fragilização da capacidade decisória do Estado e do seu poder de autodeterminação frente à desterritorialização das estruturas nacionais, pode ser caracterizada tanto como uma crise conceitual como estrutural sem precedentes.⁵¹

No mesmo sentido, entendimento de Octavio Ianni:

*O Estado- nação não só é redefinido, mas perde algumas das suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, debilitando-se. Aos poucos, algumas dessas prerrogativas aparecem nas decisões e atividades de empresas multinacionais e organizações multilaterais. O que era tradicional e reconhecidamente localizado em países, ou capitais, desterritorializa-se. Mesmo capitais de países poderosos parecem perde funções, esvaziar-se.*⁵²

No mesmo sentido o entendimento de Daniela Ikawa:

No confronto entre economia e direito, entre multinacionais e Estado, parece vir preponderando os primeiros, a economia e as multinacionais, na medida em que o Estado fica parcialmente destituído de sua capacidade de

⁵⁰ Não se deve confundir Neoliberalismo com Globalização. Enquanto esta representa um fenômeno histórico, resultante da informática, da microeletrônica e das telecomunicações, aquela representa uma ideologia de conotação política.

⁵¹ A globalização busca, acima de tudo, a anulação do Estado Nacional onde este se restringiria a organizar-se política e administrativamente enquanto à sociedade seria reservada a organização das tarefas produtivas (economia) reguladas pelas leis do mercado. Em razão disso, entende-se que o Estado está se tornando uma correia de transmissão da economia nacional à economia mundial.

⁵² *Op. cit.* p.42.

*coordenação macroeconômica. Em regra, o Estado vem perdendo tanto a sua posição como centro jurídico regulador, quanto como entidade mais abrangente, em termos de poder territorial*⁵³

Em razão desta interação entre as várias nações do mundo, os laços entre o direito interno e o internacional passaram a ser revisitados, constituindo-se em tema recorrente na doutrina jurídica, pautando o cenário contemporâneo, sobretudo diante da repercussão dos projetos unionistas hoje experimentados.⁵⁴

Este entrelaçamento entre o direito interno e o externo está reduzindo a principal base de sustentação política do Estado: a noção de Soberania Nacional.⁵⁵

O velho conceito de soberania encontra-se em crise uma vez que os Estados Soberanos, isoladamente, não mais conseguem solucionar problemas globais como meio ambiente, Direitos Humanos, crime organizado, terrorismo e etc. Problemas mundiais requerem um controle, um Direito e uma Justiça de caráter global.⁵⁶

Com isso, a aplicação do direito estrangeiro não se faz em virtude de uma simples aquiescência do Estado local como no passado, mas sim em decorrência de uma autêntica obrigatoriedade.

⁵³ IKAWA, Daniela. *Implicações jurídicas da globalização econômica*. Direitos Humanos, Globalização, Econômica e Integração Regional. Desafios do Direito Constitucional Internacional. Org. Flavia Piovesan. São Paulo: Max Limonad. 2002. p.510.

⁵⁴ A ciência Constitucional, até então restrita às questões de âmbito nacional, passa a projetar seus estudos no sentido de buscar harmonizar os documentos legislados nacionalmente com os pactos construídos negocialmente em escala internacional sob a forma de tratados, convenções e etc.

⁵⁵ Todavia, a relativização do conceito de Soberania tende a se fortalecer ao incentivar outras formas de atuação do Estado como agente regulador ou mediador.

⁵⁶ A criação da Comunidade Européia produziu a reordenação das competências soberanas, que passaram a ser divididas entre os Estados e os órgãos comunitários. Desta integração nasceu o conceito de “*Soberania Compartilhada*” onde os Estado –Membros procedem à transferência de parcelas de seu poder, que passam a ser exercidas, em conjunto, por todos os Estados Membros da Comunidade. Cumpre salientar que os Estados-Membros da Comunidade Européia não renunciaram à sua soberania, mas sim passaram a exercê-la de maneira compartilhada com os demais Estados Membros, nos pontos acordados nos tratados constitutivos.

Diante dessa realidade, o constitucionalismo global se vê diante do desafio de criar um *jus cogens* internacional informado por valores, princípios e regras universais plasmados em declarações e documentos internacionais que tendem a elevar a dignidade humana e os direitos de cunho humanitário à categoria de pressupostos inelimináveis de todas as Cartas Constitucionais.⁵⁷

De acordo com José Luis Bolzan de Moraes:

*Todavia, até pouco, esta questão ficava subsumida à preponderância exclusivista das fórmulas nacionais de regulação social através do direito, tendo as ordens normativas nacionais como a única ou suprema referência regulatória dotada dos atributos específicos dos Estados Nacionais, ou seja, o supremo poder de vinculação – a soberania. Entretanto, tem ganho consistência, como referido acima, o debate acerca dos novos espaços regulatórios e, com isso, de novos âmbitos de produção e veiculação de conteúdos jurídicos, em particular no que se refere aos direitos humanos.*⁵⁸

De acordo com Ivo Dantas:

O princípio da autodeterminação deve ser reinterpretado não apenas no sentido de que os “povos” devem deixar de estar submetidos a

⁵⁷ O “Human Rights Act”, de 1988, que incorporou ao direito inglês os direitos previstos na Convenção Européia de Direitos Humanos é consequência direta da participação do Reino Unido na União Européia e reflexo da importância assumida pelo direito comunitário e suas instituições.

⁵⁸ MORAIS, José Luis Bolzan. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional*. Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont’Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife : Renovar. 2006. p. 242.

*quaisquer formas de colonialismo, mas também no sentido de que a legitimação da autoridade e da soberania política pode e deve encontrar suportes sociais e políticos a outros níveis – supranacionais e subnacionais – diferentes do “tradicional” e “realístico” Estado – Nação”*⁵⁹

Em âmbito legal, o mundo globalizado leva à existência de uma criminalidade organizada e ao reconhecimento de uma série de Direitos Individuais e Coletivos Transnacionais que não se limitam à definição meramente territorial de cada Estado.

A criminalidade Globalizada se relaciona, principalmente, com os denominados crimes econômicos, também conhecidos como “*crimes do colarinho branco*” e o Direito Humanitário.

Em razão disso, a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou ao artigo 5º da Constituição Federal os parágrafos 3º e 4º com o seguinte conteúdo:

Parágrafo 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Parágrafo 4º – O Brasil se submete à Jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Quanto a implantação de um Tribunal Penal Internacional, Luis Flávio Gomes e Rodolfo Luis Vigo são categóricos em afirmar que:

⁵⁹ *Op. cit.* p.154.

No modelo de Estado de Direito Global pode-se prognosticar que a importância do TPI será cada vez maior. É imprescindível a instituição de uma justiça penal internacional para julgar (no futuro) não somente criminosos genocidas ou ditadores (que são muitos ainda hoje, principalmente na América Latina, Ásia, África), senão, sobretudo, outros crimes que provocam consequências danosas para muitos países em razão da sua transnacionalidade, como, por exemplo, algumas modalidades de crime organizado (tráfico de seres humanos, de órgãos humanos, de animais, de armas etc.), o crime informático e o ecológico. Ainda é diminuta a competência do TPI. Tende a se alterar e aumentar nas décadas futuras.⁶⁰

Sob o ponto de vista político, a globalização abre novos espaços para a atuação de atores não governamentais (empresas multinacionais, ONGs, indivíduos etc) e até mesmo de outros atores estatais inseridos no âmbito do próprio Estado (Municípios, Estados, entes da Administração Pública Indireta), além das organizações internacionais de cooperação e de integração, e os blocos regionais.⁶¹

No sentido sociológico, as noções clássicas de fronteira e de interesse nacional estão mudando sua matriz, cedendo lugar para o exercício de poder de uma ativa e mais

⁶⁰ GOMES, Luis Flávio; VIGO, Rodolfo Luis. *Do Estado de Direito Constitucional e transnacional: Riscos e precauções. Navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça*. São Paulo: Premier Máxima. 2008. p. 150.

⁶¹ Exemplos de blocos regionais: O MERCOSUL – Mercado Comum do Sul foi criado pelo Tratado de Assunção, de 1991, e revisto pelo Protocolo de Ouro Preto, de 1994. Esse esforço de criação de uma área de livre comércio na América do Sul reuniu, originalmente, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A Venezuela aderiu em Julho de 2006. Ao longo da primeira década deste século, o Mercosul tem enfrentado dificuldades diversas, que incluíram a grave crise econômica da Argentina, em 2002, e seguidos conflitos de interesse. O NAFTA – Tratado Norte – Americano de Livre Comércio- firmado entre Canadá, México e Estados Unidos, está em vigor desde 1º de Janeiro de 1994.

consciente sociedade civil a atuar, simultaneamente, no nível local e na esfera global. É a própria noção de cidadania que se altera e se amplia, ou seja, cidadania nacional se transformando em cidadania global. Em razão dessa nova concepção, o Estado deve reforçar o seu papel e a sua capacidade de operar como intermediário entre as forças externas e a sociedade nacional.

Sob o aspecto ideológico, o mundo globalizado busca impor a chamada “*ideologia do pensamento único*”, ou seja, a ideologia da massificação dos padrões de consumo, dos padrões de felicidade, que impõe a sociedade de consumo como paradigma de desenvolvimento e que busca, acima de tudo, anular as culturas e as identidades nacionais.

Hoje, os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de Estados de Direitos democráticos, sociais e ambientais, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente “amigos” e operantes, no plano externo.

O exclusivismo e o territorialismo já não têm lugar em nossos dias. A civilização e a cultura jurídica dos povos impõem regras regulamentadoras à aproximação e conseqüente interpenetração dos povos. Hoje, qualquer exclusivismo é considerado um verdadeiro retrocesso na evolução do gênero humano.

Depreende-se, pois, que a superação da concepção clássica de Estado como realidade monolítica e homogênea, substituída por outra, política e administrativamente descentralizada, é marcada sobretudo pelo aumento de organizações sociais de natureza econômica, profissional e promotoras dos interesses e valores de grupos sociais, que possuem estreita relação com a perda de exclusividade da ação estatal em face dos demais nichos de poder cada vez mais presentes na sociedade contemporânea.

CAPÍTULO 2 - O ESTADO SOCIAL

2.1 – ESTADO LIBERAL– LINEAMENTOS HISTÓRICOS, CARACTERÍSTICAS E CONCEITO.

Para que se possa entender o modelo de Estado Social torna-se imprescindível o estudo do modelo de Estado Liberal - cronologicamente anterior àquele - perpassando suas origens históricas, suas principais características e sua conceituação sob os diversos ângulos existentes, para que se possa , num momento posterior, entender com maior precisão o modelo de Estado Social, objeto do presente capítulo.

O Estado Liberal é o resultado da ascensão política da classe burguesa, onde esta organiza -o de maneira a ser o mais fraco possível, caracterizando-o como Estado Mínimo ou Estado Polícia, cujas funções restringem-se à mera vigilância da ordem social e à proteção contra ameaças externas.

Conforme André Ramos Tavares:

*Havia a concepção de que ao Estado cumpriria cuidar da ordem pública, proporcionando um aparato policial, defendendo as instituições (prestando Justiça) e protegendo-se contra agressões internacionais. O mercado, por seu turno, deveria desenvolver-se livremente, isto é, sem a interferência do Estado, salvo para prestar a necessária segurança e para atuar naqueles setores nos quais não haveria interesse para a iniciativa privada. Não por outro motivo, neste contexto, foi denominado de *État Gendarme*⁶²⁶³*

⁶² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p.47/48.

⁶³ *État Gendarme* ou Estado Gendarme é uma espécie de Estado que se caracteriza por desenvolver seu poder tradicional de regulação e coerção pelo Direito no sentido de implementar, no interior de suas fronteiras, as decisões tomadas no exterior. Trata-se, pois, de uma pré-condição para a implementação de governância

No mesmo sentido o entendimento de Agassiz Almeida Filho:

Para Carl Schmitt, assim, a Constituição Liberal vai ser a Constituição das liberdades burguesas. Ela inspira-se no individualismo, exalta a sociedade como valor e transforma o Estado em uma instância de domínio praticamente sem expressividade no âmbito das relações privadas. No fundo, o discurso constitucional burguês vai figurar na história jurídico-política como uma etapa de exceção. Além de ser uma resposta à ingerência sem controle (externo) do Estado de Polícia, vai estabelecer as bases normativas para o desequilíbrio social causado pelo processo de industrialização e concentração urbana.⁶⁴

A passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal deve-se ao movimento iluminista surgido na Europa - principalmente na França através da Revolução Francesa – cujos principais precursores foram Locke, Montesquieu e Rousseau, onde sua premissa básica consistia em proteger os indivíduos contra as ingerências e interferências indevidas dos Estados Absolutistas.

Conforme Paulo Bonavides:

Antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo.

global efetiva. Com isso, os Estados –Nações continuam indispensáveis para desempenhar o papel de guarda (Gendarme) de uma ordem internacional que não mais pode contar com a regulação preconizada pelo Direito Internacional Clássico.

⁶⁴ FILHO, Agassiz Almeida. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 139-140.

Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais famosas contradições do século XIX: a liberal democracia.⁶⁵

A Revolução Francesa exprime o triunfo de uma classe e de uma nova ordem social.

De acordo com os precursores do movimento iluminista, a esfera de liberdade do indivíduo, por ser anterior à formação do Estado, deve permanecer, em princípio, ilimitada; ao passo que a faculdade do Estado para invadi-la é, a princípio, limitada.

A Revolução Francesa, que deu origem ao Liberalismo, reflete uma mentalidade de cunho libertário, onde o valor liberdade possui valor preponderante constituindo juntamente com o primado da lei, a razão e a proteção do indivíduo e da propriedade.

O liberalismo privilegiou, sobremaneira, a autonomia privada ao realçar o direito de propriedade e a liberdade contratual. O valor essencial que o inspira não se volta para os interesses da comunidade, mas sim para a liberdade criadora do indivíduo dotado de razão.

O termo “liberal”, em razão de sua plasticidade e da riqueza de significações que comporta, deve ser analisado sob os aspectos político, econômico, filosófico e social.

Sob o aspecto político, o Estado liberal se liga à idéia de democracia opondo-se, pois, ao modelo de Estado “autoritário” ou “absolutista”. Busca-se, sob esse aspecto, à “desconcentração” do poder, tão cara às pretensões burguesas.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8 ed. São Paulo:Malheiros.2007. p. 54/55.

Sob o aspecto filosófico, o liberalismo se restringe à liberdade de pensamento e de crença. Trata-se da faculdade de o indivíduo poder fazer proselitismo de suas convicções políticas, filosóficas e religiosas a qualquer instante sem por isso sofrer qualquer espécie de pena ou prejuízo.

Quanto ao aspecto econômico, o liberalismo se liga à liberdade de profissão e comércio. Em princípio, a iniciativa econômica é conferida aos particulares e ao Estado apenas por exceção. Seus postulados principais são a livre iniciativa e a livre concorrência, num primeiro momento, sem interferência do Estado (*laissez faire, laissez passer, laissez vivre*).⁶⁶

Quanto ao aspecto social, o liberalismo se liga à idéia do desejo de cada indivíduo em mandar no seu próprio destino. Trata-se da faculdade de ter liberdades individuais.

O liberalismo, sob uma ótica totalizante, deve ser identificado e compreendido em duas perspectivas – econômica e política – as quais se fundem para formar o modelo de Estado Liberal.

Sob o aspecto jurídico, o Estado Liberal é representado pelo Estado de Direito no qual a supremacia da Constituição e o Império da Lei se manifestam em dois pontos fundamentais: a consagração dos Direitos e Garantias Individuais e a adoção da Teoria da Divisão dos Poderes.

Sob o prisma liberal, as leis econômicas eram consideradas leis naturais através das quais a riqueza das nações seria alcançada graças à iniciativa privada dos indivíduos. Portanto, o liberalismo possui forte conotação econômica que nos remete à idéia de

⁶⁶ De acordo com o artigo 173, *caput*, da Constituição Federal :”*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*”.

fomento à propriedade privada, sistema da livre empresa e economia de mercado livre do controle estatal.⁶⁷

Numa visão historicamente mais avançada, o liberalismo passa a comprometer-se, fundamentalmente, com os elementos econômicos das relações sociais, assumindo feição típica da ideologia Neoliberal que iria eclodir num futuro próximo.

Neste contexto, Miguel Reale, indica a existência de três espécies de escolas liberais:

A primeira escola, de feição radical, denominada de “Escola de David Friedman”, preconiza que o Estado deve depositar toda a confiança no valor supremo da livre concorrência, julgando-o capaz de resolver, por si só e autonomamente, todos os problemas sociais bem como os de índole cultural e existencial.

A segunda escola, de feição moderada, denominada “Escola de Hayek e Nozick”, defende a idéia de que ao Estado devem ser reservadas algumas outras funções, não apenas as de índole tributária, mas também exercer função efetiva no sentido de garantir ao povo educação e saúde.

A terceira escola, por sua vez, denominada de “Liberalismo social” ou “social liberalismo”, liderada pelo economista John K. Galbraith e, no Brasil, defendida por José Guilherme Merquior preconiza que as políticas públicas liberais deveriam conjugar de forma consciente os postulados da livre iniciativa com os imperativos de justiça social. Para esta escola, o Estado não deve se reduzir à economia, cabendo-lhe atuar, com igual força e dedicação, em prol dos valores essenciais da educação, saúde, meio ambiente e cultura, de

⁶⁷ Mercado deve ser entendido como um sistema de confronto e harmonização de interesses individuais baseados em regras próprias, impermeáveis à vontade do Estado. Trata-se de uma barreira ao Estado, uma zona livre de sua intervenção e, portanto, um critério visível da liberdade individual.

preferência mediante processos ou planos em parceria com a iniciativa privada, comprovadamente mais criativa.⁶⁸

Em suma, o modelo de Estado Liberal é aquele que se caracteriza pela positivação em âmbito Constitucional do Princípio da divisão dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), pelo respeito ao princípio da legalidade, ou seja, pela submissão da autoridade ao império da lei, pela declaração e garantia dos direitos individuais e pela Supremacia da Constituição, que serve de instrumento de regulação das relações entre o Estado e seus cidadãos.

O Estado Liberal deve ser entendido como o modelo de Estado de alcance restrito das liberdades públicas, como a não intervenção do Estado no âmbito privado, a fim de permitir ao indivíduo valer-se de todas as possibilidades para realizar suas conquistas pessoais.

Conforme Celso Ribeiro Bastos:

A sociedade, de outro lado, recobrou a sua importância, sobretudo debaixo do liberalismo, conseguindo reduzir o Estado a suas expressões mínimas, tornando-o competente para o desempenho das atividades absolutamente indispensáveis à manutenção da ordem e para propiciar as condições para que a própria sociedade pudesse então atingir os demais fins.”⁶⁹

O Estado Liberal é aquele que, em nível constitucional, garante a liberdade de todos os seres humanos, a dependência de todos a uma legislação comum, enquanto súditos, e a igualdade formal de todos, como cidadãos.

⁶⁸REALE, Miguel. *O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2005. ps 25/41.

⁶⁹BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor.2002. p. 7

Percebe-se, pois, que o Estado Liberal, antes de possuir conotação jurídica, ele também possui forte conteúdo político ao representar um instrumento de luta política da burguesia contra o Estado Absolutista centralizador.

A luta pela liberdade, a ampliação da participação política, a consagração da livre iniciativa, o surgimento da opinião pública, dentre outros fatores, fizeram do modelo liberal o cenário adequado para o renascimento do espaço público sem comprometimento do espaço privado. Com o modelo liberal, configura-se a dualidade Estado/sociedade civil.

2.2 – STUART MILL E O PENSAMENTO LIBERAL.

No que pese a importância de Locke, Montesquieu, Rosseau e Kant na fixação dos alicerces da filosofia política do Liberalismo, notadamente na questão atinente à tripartição do Poder, Stuart Mill foi o grande responsável pela afirmação da doutrina liberal durante o século XIX, mais precisamente a partir de 1859, quando publicou a obra “Da liberdade”.

Mill vivenciou o apogeu da Revolução Industrial na Inglaterra onde, o maior desafio dessa época consistia em elaborar mecanismos de “incorporação pacífica” da massa de trabalhadores empobrecidos pela industrialização que, amiúde, batiam às portas do governo.

Stuart Mill é considerado por muitos o grande representante do pensamento liberal democrático do século XIX uma vez que, toda a sua teoria parte da ótica descendente para a ascendente, ou seja, da perspectiva popular, de quem é alvo do poder.

Em razão disso, defende a idéia de que a participação política não pode ser encarada como um privilégio de poucos uma vez que, no mundo moderno, o trato da coisa pública (*res publica*) deve ser estendido a todos.

Em sua obra há uma preocupação constante em defender a emancipação feminina, o voto censitário e a cidadania restrita. Para Mill, a incorporação e a participação política das camadas populares é a única forma possível de salvar a liberdade inglesa de ser alvo dos interesses egoísticos da classe média.

Diante dessa afirmação, o voto deve ser encarado como um direito natural e forma de exercício de poder, que deve ser estendido aos trabalhadores para que possam defender seus interesses e direitos.

De acordo com Norberto Bobbio:

A participação no voto tem um grande valor educativo: é através da discussão política que o operário (The Manual Labourer), cujo trabalho é repetitivo e cujo ambiente de fábrica é angustiante, consegue compreender a relação entre eventos distantes e o seu interesse pessoal e estabelecer relações com cidadãos diversos das suas cotidianas relações de trabalho, tornando-se, assim, membro consciente de uma grande comunidade: "Numa nação civilizada e adulta não deveriam existir nem parias nem homens incapacitados, exceto por culpa própria"⁷⁰

A fim de evitar a tirania de uma minoria sobre a maioria (e vice versa), um bom sistema representativo seria aquele que adota um sistema eleitoral proporcional, que garanta a representação das minorias. Para se evitar antagonismos entre a classe proprietária e trabalhadores assalariados, deve –se preparar um terceiro grupo, uma elite cultural, para funcionar como ponto de equilíbrio.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6 ed. São Paulo: Brasiliense. 1994. p. 69

De acordo com o cerne de sua obra “Da Liberdade”, Mill preconiza que é da essência do ser humano a necessidade de desenvolver suas capacidades. Para que isso possa ocorrer, um bom governo é aquele que tende a aumentar a boa qualidade dos governados em âmbito coletivo e individual.

Para Mill, a sociedade que protege a diversidade, permitindo o livre embate de idéias, cria condições favoráveis para que a “verdade” e a “Justiça” venham à tona. Em suma, a liberdade é o substrato necessário para o desenvolvimento da humanidade, bem como o pluralismo e o respeito à diversidade.

No aspecto individual, Mill acredita nas virtudes naturais do homem, acrescentando que, no tocante aos assuntos que respeitam a cada um deve ser assegurado o livre exercício da espontaneidade. O indivíduo é melhor árbitro de seus interesses do que o Estado, não podendo haver mal maior do que permitir que outra pessoa julgue o que convêm a cada um.

Ninguém é mais capaz de realizar qualquer negócio ou determinar como ou por que deve ser realizado do que a pessoa diretamente interessada.

A liberdade defendida por Mill é aquela de feição negativa, ou seja, liberdade entendida como situação no qual se encontra um sujeito que não está impedido por qualquer força externa de fazer aquilo que deseja e não está constrangido a fazer aquilo que não deseja.

Em razão dessas idéias expostas na obra “Da liberdade”, Mill busca limitar o direito do Estado de restringir a esfera da liberdade individual criando com isso, ainda sem querer, as bases da primeira dimensão dos direitos e garantias individuais.

Utilitarista convicto, ao negar a existência dos direitos naturais, enfatiza que o único critério que deve inspirar o bom legislador é o de emanar leis que tenham por efeito buscar a felicidade do maior número possível de pessoas.

2.3 – A CRISE DO MODELO DE ESTADO LIBERAL.

No que pese as enormes benesses conquistadas com o advento do modelo de Estado Liberal tais como um progresso econômico até então nunca visto, a criação de condições para que a Revolução Industrial se estabelecesse, a valorização do indivíduo, o despertar das consciências para a importância da liberdade humana e a imposição da idéia do poder legal em detrimento do poder pessoal; efeitos colaterais de monta eclodiram na nos estratos sociais menos favorecidos levando o Estado Liberal a um lento declínio.

Sob o aspecto humano houve uma valorização exacerbada das idéias individualistas que, ao ignorar por completo a essência associativa do homem, causaram sérios problemas de ordem social.

Em âmbito sócio-econômico houve a formação de grandes aglomerados urbanos - decorrência direta da revolução industrial – onde, o excesso de mão de obra, estimulava a manutenção de péssimas condições de trabalho com ínfima remuneração.

A liberdade de contrato, fruto da primeira fase da Revolução industrial, evidencia a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica comparável apenas à época da servidão medieval.⁷¹

Na verdade, o modelo de Estado Liberal funcionava como um instrumento a serviço da burguesia uma vez que: dificultava sobremaneira o direito de associação, abandonava o mercado aos economicamente poderosos e reconhecia os postulados da liberdade e da igualdade apenas no campo formal, reduzida a meros direitos de defesa ante o Estado e não como direitos de participação política na sociedade.

⁷¹ A preocupação da Igreja com o Estado Liberal logo se fez presente com a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, do Papa Leão XIII, a Igreja posicionou-se acerca do problema operário ao deixar claro que o Estado Liberal não era capaz de assegurar a todos uma vida digna, conforme era desejável.

Conforme Paulo Bonavides:

Seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade. Mas, como a igualdade a que arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, termina ” a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão somente a liberdade de morrer de fome.”⁷²

Todos estes fatores engendraram a criação de uma sociedade desequilibrada, onde a livre concorrência favoreceu o acúmulo de bens pela burguesia em detrimento dos seguimentos proletarizados.

Diante de tantos desafios, o modelo de Estado Liberal e sua posição francamente ausente frente aos dramas sociais que eclodiam, dia após dia, demonstrava a sua incapacidade de superar tantas injustiças sociais. Diante disso, o Estado Liberal viu-se questionado pelos segmentos marginalizados e espoliados da sociedade, através do Manifesto Comunista, considerado um marco das declarações de direitos dos excluídos.

De acordo com Miguel Reale:

“Não foi apenas o impacto das reivindicações socialistas que determinou a ampliação da competência estatal em assuntos econômicos e sociais, mas também a chamada “ revolução industrial” resultante da aplicação tecnológica no plano da produção de riquezas, o que teve como resultado o

⁷² *Op. cit.* p. 61.

fortalecimento das organizações operárias, de maneira especial dos respectivos sindicatos.”⁷³

Shaid Maluf diagnostica o esgotamento do modelo de Estado Liberal ao estatuir:

*Deve-se o fracasso do Estado Liberal ao fato dele ter atuado estritamente no plano político-jurídico, sem disciplinar a ordem sócio-econômica. Essencialmente individualista, desconheceu os direitos da sociedade. Falhou até mesmo no seu individualismo por desconhecer o homem – operário, materialmente fraco e premido no meio social por insuperáveis dificuldades de ordem econômica. Profundamente libertário e igualitário, declarou que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades, de sorte que ao Estado competia apenas policiar a ordem jurídica. A ordem social e econômica deveria desenvolver-se naturalmente, à mercê das iniciativas individuais, de conformidade com as leis do liberalismo econômico, a lei da oferta e procura, a da livre concorrência etc as quais conduziriam a sociedade, fatalmente, a uma ordem ideal desejada por todos. Tinha o Estado por lema o postulado clássico do liberalismo econômico: *Laissez-faire, laissez- passer, et le monde v ala lui-même.*⁷⁴*

Como o Liberalismo, na estreiteza de suas formulações, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade; logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, o Estado, até então neutro e indiferente foi

⁷³ *Op. cit.*, p. 86.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 299.

substituído pelo Estado atuante, intervencionista, cujo objetivo era restabelecer a harmonia entre o capital e o trabalho, entre as classes patronais e as obreiras.⁷⁵

2.4 – O ESTADO SOCIAL – LINEAMENTOS HISTÓRICOS, CARACTERÍSTICAS E CONCEITO

Em termos históricos, o modelo de Estado Social se inicia com o fim da Primeira Guerra Mundial e com a proclamação das Constituições Mexicana (1917) e de Weimar (1919), consideradas marcos históricos da passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

Todavia, com o início o da Segunda Guerra Mundial, a atitude intervencionista do Estado é estimulada ainda mais assumindo este ente o encargo de assegurar a prestação dos serviços fundamentais a todos os indivíduos.⁷⁶

Neste contexto, o Estado teve de ocupar-se diretamente não só da distribuição dos alimentos e do controle da utilização da mão-de-obra e dos recursos disponíveis, mas também da produção, ao menos nos setores mais diretamente ligados às necessidades bélicas. À época, falava-se em *planificação econômica da guerra (comunismo de guerra)* não apenas na URSS, mas em todos os países envolvidos no conflito.

Em razão disso, o Estado vai ampliando sua esfera de ação, controlando os recursos naturais a fim de obter o máximo proveito com o menor desperdício para fazer frente às emergências da Guerra.

⁷⁵ De acordo com o historiador Eric Hobsbawn: “O século XX multiplicou as ocasiões em que se tornava essencial aos governos governar. O tipo de Estado que se limitava a prover regras básicas para o comércio e a sociedade civil, e oferecer polícia, prisões e Forças Armadas, para manter afastado o perigo interno e externo, o “Estado –guarda-noturno” das piadas políticas, tornou-se tão obsoleto quanto o “guarda – noturno” que inspirou a metáfora.” *Era dos extremos – O breve século XX – 1914-1991*. 2ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995. p. 143)

⁷⁶ A Segunda Guerra Mundial permite experimentar a maciça intervenção do Estado, tanto na produção (indústria bélica), como na distribuição (gêneros alimentícios e sanitários). A grande crise de 29, com as tensões sociais criadas pela inflação e pelo desemprego, provoca em todo mundo ocidental um forte aumento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores.

A impulsão dessas medidas intervencionistas se deve à adoção das políticas econômicas Keynesianas e pelo regime fordista de acumulação e também como resultado do compromisso entre classes sociais em termos de cidadania social atrelada ao crescimento econômico.⁷⁷

Conforme José Luis Bolzan de Moraes :

*O Estado Constitucional Social ganhou contornos definitivos no pós – Segunda Guerra Mundial, como tentativa de enfrentamento das barbáries experimentadas no período. Emerge daí um “neo” constitucionalismo que, além de reforçar e transformar sua substância e materialidade constrói novos sistemas de se fazer efetivo.*⁷⁸

Trata-se da substituição do Estado – Polícia (Estado Liberal) pelo Estado Serviço (Estado social) que representou a conquista de significativos direitos sociais (por parte da classe trabalhadora) no domínio das relações de trabalho, segurança social, saúde, educação e habitação.

Todavia, o fim do Estado Liberal não implicou na sua adesão ao Estado Socialista, acontecendo apenas e tão somente que um novo padrão ideológico é aceito,

⁷⁷ John Maynard Keynes (1883-1946), reputado economista inglês, que, apesar de liberal em suas convicções políticas, no plano econômico preconizava a implantação de uma economia administrada, confiando na ação planificadora do Estado. Dizia ainda que a política fiscal deveria ser utilizada como um instrumento de ativação da economia sendo a implantação de obras públicas em larga escala a força motriz do desenvolvimento bem como solução para a recessão e o desemprego.

Para Keynes, o pomo da discórdia das políticas liberais diz respeito à sua incapacidade de proporcionar o pleno emprego bem como a sua arbitrária e desigual distribuição da riqueza. Ao seu ver, o Estado deveria desenvolver mecanismos eficientes no sentido de refrear o ímpeto consumista do ser humano, através do uso de um vigoroso sistema de tributação ou por meio de fixação de juros. Para Keynes, a ampla socialização dos investimentos seria a única forma de assegurar o pleno emprego. Ressalta ainda que o individualismo, purgado de seus defeitos e abusos, seria a melhor salvaguarda da liberdade pessoal e da variedade da vida.

⁷⁸“O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade. Constituição e Estado Social – os obstáculos à concretização da Constituição. *Constituição e Estado Social*. Org. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto. São Paulo:RT; Coimbra: Coimbra. 2008. p. 180.

intermediário do Liberal e do socialista, e que, doutrinariamente, se tem preferido denominar Estado Social.⁷⁹

O Estado Social representa, de forma efetiva, uma transformação superestrutural porque passou o antigo Estado Liberal e que, contrariamente aos ditames preconizados pelos Estados Socialistas, conservou sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a qual não renunciou.

Com disso, o lema do Estado Liberal em sua feição político – econômica – *Laissez faire, laissez passer, et lâ monde va la lui-meme* – cede espaço ao Estado para que ele assuma o papel e a responsabilidade de oferecer ao homem um mínimo de condição para viver com dignidade.

Trata-se da busca do equilíbrio entre os absolutos valores da personalidade humana em face do poder estatal e o seu dever de promover igualdade de oportunidades, equilíbrio de assistência, numa intervenção necessariamente retificadora de injustiças e desníveis sociais.

Conforme Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira:

O Estado Democrático e social de Direito procura conciliar os direitos individuais, que perdem cunho burguês e egocêntrico de sua origem, com o bem-estar social. Esse modelo de Estado adota um sistema que se pauta pelo equilíbrio entre os interesses do Estado e a garantia da liberdade individual do cidadão.. Nesse sistema, o Estado encontra-se a serviço do indivíduo e da sociedade”⁸⁰

⁷⁹ O aparecimento do modelo de Estado Social se deve aos influxos doutrinários do Socialismo e, como típico Estado de coordenação e colaboração, buscou amortecer a luta de classes e promover, entre os homens, a Justiça Social e a paz econômica.

⁸⁰ *Op. cit. p. 126.*

A substituição do modelo de Estado Liberal pelo o modelo de Estado Social, significou a passagem dos direitos de liberdade caracterizado por proibições, punições e regras, para os direitos de solidariedade, caracterizados por prestações, prêmios e princípios.

Ivo Dantas é o que melhor sintetiza a distinção entre os dois modelos ao estatuir:

Esta presença estatal passa-nos a oferecer uma distinção que hoje assume importância capital, isto é, entre os direitos individuais e sociais, pois enquanto aqueles significam um não fazer do Estado e dos demais agentes públicos, estes devem ser vistos como aqueles que têm por objeto as atividades positivas do Estado, do próximo e da sociedade, para subministrar aos homens certos bens e condições. É a constitucionalização dos direitos sociais e, dentre estes, dos direitos trabalhistas.⁸¹

No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes e Rodolfo Luis Vigo:

Confiava-se no intervencionismo estatal, ou seja, o Estado não pode ficar ausente do objetivo de alcançar conquistas econômicas e sociais. Nascia, desse modo, o chamado Estado de Bem-estar ou Estado de bem estar social, que acabou recebendo o impulso do movimento de democratização material.

O Estado Democrático de Direito surgiu justamente para possibilitar a todos justiça social. A síntese se dá com o Estado democrático e social de Direito, que vem a ser a soma das liberdades conquistadas com o Estado o Estado Libera mais a busca pela justiça social⁸²

⁸¹ *Op. cit.* p. 195.

⁸² *Op. cit.* p. 20.

Assim, como o Estado Liberal representou a revolução da burguesia, o Estado Social representou a revolução do proletariado; o Estado Social representou a terceira revolução da Idade Moderna: a revolução da Sociedade ⁸³

Se os direitos fundamentais representaram a garantia de uma sociedade burguesa separada do Estado; os direitos sociais, de forma contrária, representaram a via por onde a sociedade entra no Estado modificando –lhe a estrutura formal.

Trata-se de um modelo de Estado que, mesmo ao se desvencilhar do controle da classe burguesa, seu conteúdo programático não implicou em modificações substanciais de certos postulados econômicos e sociais.

2.5 – CARACTERÍSTICAS DO ESTADO SOCIAL

Ao assumir a função de agente conformador da realidade social, face ao advento de uma sociedade de massas marcada por conflitos sociais, o Estado Social de Direito fez-se Estado administrador ao permitir o predomínio da administração sobre a política ou da técnica sobre a ideologia.

Mesmo com essas intervenções, preservou-se o núcleo estrutural do capitalismo, mantendo, ainda que artificialmente, a livre iniciativa e a livre concorrência compensando as desigualdades sociais mediante a prestação de serviços públicos estatais e a concessão de direitos sociais.

Fernando Pereira Amaro, em longa explanação que merece ser transcrita, assevera a íntima relação existente entre serviço público e Estado Social ao aduzir:

Ao se aludir ao Estado Social, frise-se que se está referindo ao Estado organizado para a prestação de

⁸³ Percebe-se, pois, que a distinção entre Estado Social e as demais formas de Estado não se restringe apenas à questão da intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população, mas sim no fato de que tais ações são reivindicadas pelos cidadãos como um direito.

serviços públicos, ao Estado que acolhe com especial vigor os direitos sociais, que são segurança econômica, educação, saúde e serviços públicos em geral, na visão de Luís Carvalheiro de Mendonça ou, na visão de Dier Murswiek, uma subdivisão em três espécies, quais sejam, prestações em sentido estrito, como educação, saúde, assistência social; subvenções materiais em geral; de cunho existencial no âmbito da providência social, que engloba o fornecimento de gás, luz e tantos outros e a participação em bens comunitários.

*Pois bem, é uma relação lógica a existente entre prestações positivas do Estado e os serviços públicos, bem como entre a crise do Estado Social e o neoliberalismo*⁸⁴

Em virtude da maior presença do Estado no controle direto da vida dos cidadãos são consideradas características básica do modelo de Estado social: a Supremacia da Constituição, a divisão dos poderes, o respeito ao princípio da legalidade, a declaração e garantia dos direitos individuais e sociais, a participação política com a organização democrática da sociedade e a atuação positiva do Estado com a finalidade de implementação do Estado social.⁸⁵

⁸⁴ *O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional de direitos humanos fundamentais.* Revista de Direito Constitucional e internacional. São Paulo: RT. Vol. 50. Ano 13. Janeiro – Março. p. 120/121.

⁸⁵ Em termos doutrinários, existem quatro categorias de Estado Social positivados nas várias constituições que adotam esta espécie de modelo: I – há aquelas constituições que adotam uma pauta meramente programática. Nessa espécie de constituição, o modelo de Estado social se acha direta e imediatamente vinculada ao capítulo que trata da ordem econômica e social. Em razão disso, faz – se do Texto Constitucional um instrumento de amparo ao trabalhador e ao empresário onde. A eficácia e a positividade dessas normas fica na dependência da boa vontade do legislador infraconstitucional de fazer efetivas e concretas as promessas sociais da constituição. II – nesta segunda categoria, O Estado Social faz da igualdade e da justiça social postulados de criação e sustentação de um modelo deveras humano de convivência, assentado sobre conquistas básicas e reais. III- nesta terceira categoria, O Estado Social faz uma clara e inequívoca opção por um socialismo democrático. Constrói-se, assim, um caminho que conduz a uma distinta ordem de relações de produção, que podem até deixar de ser as do habitual modelo capitalista, possibilitando, desse modo, o advento de um sistema socialista ou de uma comunhão igualitária de classes, a partir de postulados democráticos de justiça social. IV – nesta quarta categoria, o modelo de Estado Social opta pela revogação do pacto democrático, onde a Constituição torna-se duvidosa e suspeita no sentido de resguardar as declarações de direitos sociais, proteção aos Direitos Humanos e participação democrática. (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

Ao incrementar os direitos de dimensão social, o Estado, nas questões trabalhistas tornou-se um “*super-patrão*” ao acolher as cooperativas, sindicatos, associações classistas e instituições previdenciárias, rever as leis trabalhistas, criar o Ministério do Trabalho, regulamentar o direito de greve, instituir a justiça social trabalhista de representação paritária, fixar bases salariais mínimas e prestar assistência efetiva ao trabalhador.

Essa nova postura se deve aos efeitos advindos da Revolução industrial, que se espalhou por todo o mundo e fez surgir, em razão da necessidade de defesa da sociedade civil, o sindicalismo, como sinal inequívoco da organização da classe trabalhadora.⁸⁶

No que tange às liberdades públicas, estas deverão ser asseguradas em consonância com a atuação e a presença do Estado para garantir à grande maioria da população o acesso a bens e direitos que, sem a sua interferência, dificilmente sairiam do plano abstrato.

No constitucionalismo social, a base da cidadania situa-se na capacidade dos cidadãos em participar de forma efetiva no exercício do poder político, ou da gestão e condução dos negócios da cidade através de procedimentos e técnicas diferentes e previamente elaboradas.

De acordo com J.J. Calmon de Passos:

Em nosso século, algo foi acrescido a esse binômio – direitos civis, direitos políticos: os denominados direitos sociais. Se antes os direitos políticos de participação objetivavam a compartilhada definição dos interesses tutelados e a institucionalização do

⁸⁶ Ao fazer referência à Revolução Industrial, retornamos ao século XIX. A segunda metade do século XX nos ofereceu uma revolução tecnológica e uma maior consciência dos direitos do homem e dos deveres do Estado.

direito de resistir às ingerências do poder na esfera da autonomia privada – dever de abstenção – a dimensão nova dos direitos sociais amplia o âmbito do poder político, que mantendo como direito à participação, abrange, agora, também, o direito de exigir do Estado prestações asseguradoras de condições sociais que propiciem a igualdade substancial entre os cidadãos, somada àquela igualdade formal antes já proclamada e assegurada⁸⁷

No mesmo sentido José Geraldo de Brito Filomeno:

Após a revolução Liberal e abusos do capitalismo, surgiu a idéia de que o Estado não deve apenas intervir nos campos político e jurídico, mas também no social, até para que se propicie a verdadeira democracia, condições mínimas e indispensáveis para que se realize individual e plenamente.⁸⁸

O respeito ao princípio da legalidade no modelo de Estado Social não se restringe apenas à positivação, em âmbito constitucional, das normas referentes aos direitos sociais. Vislumbra-se o respeito ao aludido princípio quando, novamente em âmbito constitucional, é traçado pelo Estado um planejamento estratégico onde se elegem prioridades e metas governamentais com o fim precípua de busca do bem comum. A este conjunto de normas se dá o nome de normas de conteúdo programático.

Nas constituições sociais, de um modo geral, há a preponderância dos interesses coletivos sobre os direitos individuais.⁸⁹

⁸⁷PASSOS, J.J. Calmon. *Hermenêutica, Cidadania e Direito*. Campinas: Milenium. 2005. p. 13

⁸⁸ FILOMENO, José Geraldo de Brito. Opus cit., p.141.

⁸⁹ Esta característica é facilmente vislumbrada na Constituição Federal de 1998 que estatui: Mandado de Segurança Coletivo (art. 5º, LXII), ação de inconstitucionalidade (art. 103), consulta do povo em assuntos relevantes (art. 14), colaboração da sociedade na educação (art. 205) e a defesa do meio ambiente com a participação da coletividade (art. 225).

Quanto à intervenção do governo na atividade privada, esta é acompanhada pela centralização do controle da economia e das decisões essenciais de planejamento em nível nacional (Poder Central representado pelo Governo Federal), com a consequente diminuição da participação dos níveis inferiores (Estado, Distrito Federal e Municípios).

Portanto, o Modelo de Estado Social, fruto da Revolução Industrial, do novo modelo de produção fabril e do surgimento de nova categoria social (proletariado, classes operárias) pode ser entendido como o modelo de Estado com maior e melhor intervenção estatal no seio da comunidade, através da elaboração de políticas prestacionais, onde há o desvio das atenções da esfera legislativa do Estado para o ambiente da atividade executiva.⁹⁰

As políticas prestacionais, que caracterizam o modelo de Estado Social, geralmente dizem respeito à intervenção direta na economia como distribuidor, imposição de regras sobre salários, manipulação da moeda, regulação de preços, combate ao desemprego, proteção aos enfermos, dar ao trabalhador e ao burocrata acesso à casa própria, controle de profissões, compra de produção, concessão de crédito, instituir comissões de abastecimento, prover necessidades individuais, enfrentar crises econômicas, colocar na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estender sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam à área de iniciativa individual.⁹¹

Com todas estas características, o Estado Social busca assegurar, de forma efetiva, a fruição dos direitos constitucionalizados por intermédio de políticas públicas.

⁹⁰ O Modelo de Estado Social ampliou sobremaneira a competência do poder Executivo uma vez que, em razão de sua estrutura, trata-se do único poder capaz de tomar decisões efetivas no sentido de materializar a criação e a gerência de serviços assistenciais.

⁹¹ Portanto, a intervenção estatal no domínio econômico poderá ocorrer de maneira direta ou indireta. A intervenção indireta refere-se à cobrança de tributos, concessão de subsídios, subvenções, benefícios fiscais e creditícios e, de maneira geral, à regulamentação normativa das atividades econômicas. A intervenção direta, por sua vez, ocorre quando o Estado participa de maneira ativa na economia, na condição de produtor de bens e serviços, ao lado dos particulares.

Em suma, pode-se afirmar que o modelo de Estado Social, no plano político, deve trabalhar no sentido de manter a segurança interna e externa do país, no plano jurídico deve trabalhar no sentido de construir o Estado de Justiça e, no plano social, atender as necessidades assistências, previdenciárias e educacionais da coletividade.

2.6- CONSTITUIÇÃO MEXICANA E CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR - MODELOS DE CONSTITUIÇÃO SOCIAL

Historicamente, as Constituições Mexicana (1917) e a de Weimar (1919) foram as primeiras constituições sociais que ousaram conciliar direitos de liberdades e direitos socioeconômicos em um único texto.⁹²

As constituições sociais, que tiveram como fonte de inspiração aludidas constituições, e que eram destinadas, antes de tudo, aos indivíduos inseriram em seu bojo grupos sociais, que vão desde as associações até Municípios. Esta forma de inclusão, buscou conciliar os direitos patronais com os dos trabalhadores, e os dos produtores com os consumidores.

Assim, através da intervenção estatal nas esferas da vida econômica e individual, reformulou-se-se as garantias institucionais, ampliou-se a participação no poder além de ter havido a constitucionalização de uma série de direitos de ordem material.

O tratamento normativo da matéria social na Constituição Mexicana em seus artigos 3,4,5, 25 a 28 e 123, possuem um teor qualitativo e quantitativo superior à da Constituição de Weimar promulgada em 1919 dois anos depois.⁹³

⁹² Para alguns historiadores, a Constituição de Weimar jamais logrou êxito uma vez que, sua vigência se deu sob condições econômicas precárias, resultado da política de reparações de guerra impostas pelo Tratado de Versailles.

⁹³ O artigo 25 da Constituição Mexicana dispõe de forma bastante clara a necessidade da intervenção do Estado nas questões econômicas ao estatuir: *“corresponde al estado la rectoia Del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la soberania de la nacion y su regimen democrático y que, mediante el fomento Del crecimiento económico y el empleo y una mas justa distribucion Del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y*

Aludida constituição consagra direitos econômicos e sociais que, basicamente, dizem respeito ao trabalho, seguro social, função social da propriedade, questões atinentes à nacionalização e empresa pública.

De acordo com André Ramos Tavares:

grande relevância histórica adquiriu o artigo 27, que, ao dispor sobre a propriedade privada, estabeleceu a distinção entre propriedade originária, que era atribuída à nação, e a propriedade derivada, pela qual a nação poderia transmitir seu domínio aos particulares.

Aboliu-se, ademais, o caráter absoluto da propriedade privada, submetendo o seu uso, incondicionalmente, ao interesse público, criando, assim, o fundamento jurídico para a importante transformação sociopolítica provocada pela reforma agrária ali implantada, a primeira a se realizar no continente latino americano.

Influenciada pela legislação antitruste norte – americana, combatia a mencionada Constituição o monopólio, a elevação artificial do preço de produtos e as práticas tendentes a eliminar a concorrência.⁹⁴

Todavia, a Constituição de Weimar, possui mais prestígio do que a Constituição Mexicana. Isso se deve, de acordo com Paulo Bonavides a:

clases sociales, cuya seguridad protege esta constitucion” completando com a afirmação de que “el estado planeara, conducira, coordinara y orientara la actividad económica nacional, y llevara al cabo la regulacion y fomento de las actividades que demande el inters general em el marco de libertades que outorga esta constitucion”.

⁹⁴ *Op. cit.* p.89

O peso superior da influência e força sugestiva da Alemanha sobre outros países, nomeadamente os do velho mundo, cenário de seu desenvolvimento político, militar, cultural e intelectual. Países que contemplam, atônitos, o quadro de catástrofe em que aquela nação submergira e da qual buscava erguer-se com um projeto democrático e institucional deveras inovador. O projeto consistiu numa constituição de bases sociais, promulgada na antevéspera da grande convulsão ideológica que abalaria o século XX com o advento do Bolchevismo, do fascismo e do nacional-socialismo⁹⁵

A Constituição de Weimar pretendeu conciliar a herança liberal e seus correspondentes direitos e liberdades com as novas exigências culturais, econômicas e sociais, em torno dos quais, em forma de compromisso, estabeleceram-se grupos com conotação ideológica democrata cristã e social democratas.

No sentido de “amarrar” as empresas privadas às suas responsabilidades sociais, criou-se o instituto da cogestão através do qual se garantia, em determinados casos específicos, a participação dos trabalhadores na gestão das empresas, o que significava uma limitação à liberdade absoluta do capital privado. No fundo, o instituto da cogestão simbolizava uma tentativa de reduzir a conflituosidade social e “anestesiá-lo” o movimento sindical e as lutas operárias e, em última instância, diluir a luta de classes.

Aludida constituição é considerada excessivamente detalhista ao tratar dos direitos sociais. Todavia, esse casuísmo se justifica em razão da relevância e do ineditismo com que na Europa a Constituição de Weimar incorporou à sua ordem jurídica direitos de uma nova dimensão, como são os direitos sociais.⁹⁶

⁹⁵ *Opus cit.*, p. 339.

⁹⁶ A Constituição de Weimar é estruturada em duas grandes partes: A primeira parte organizava o Estado Alemão, disciplinando a relação entre os entes federativos (Capítulo I) e entre os Poderes (Capítulos II a VII). A segunda parte, por sua vez, estabelecia o catálogo de direitos fundamentais, do qual constavam tanto

Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino mostram de forma bastante clara a política intervencionista da República de Weimar ao aduzir:

As últimas fases da República de Weimar, por exemplo, já antes do advento do nacional-socialismo, se caracterizaram pelo aumento das intervenções presidenciais, sob forma de decretos e por um crescente recurso ao poder de revisão judiciária, pelo qual o juiz podia interpretar a lei geral e abstrata, fazendo uso de “princípios gerais” extrajurídicos, particularmente nos dissídios trabalhistas e na regulamentação da concorrência de mercado.⁹⁷

Desde o surgimento do chamado Estado Contemporâneo, usualmente localizado no tempo, em 1917, com a promulgação da Constituição Mexicana de então logo em seguida pelo advento da Constituição de Weimar, em 1919, tem havido uma crescente preocupação no sentido de que as respectivas cartas magnas espelhem, de forma clara, a necessidade de que o Estado seja dotado de função social.

Conforme Antonio José Avelãs Nunes:

A par da nacionalização, a Constituição de Weimar consagra outros instrumentos menos ‘radicais’, tendo em vista a disciplina da propriedade privada. É o caso típico, do princípio da função social da propriedade: “A propriedade obriga. O seu uso deve estar a serviço não só do interesse privado mas também do bem comum” (parágrafo 3º, art. 153).

direitos individuais, de origem liberal, quanto os direitos sociais, aí incluídos a proteção do trabalhador e o direito à educação.

⁹⁷BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política* 7ed.. UNB: Brasília. 1995. p. 402.

Assim se tentava uma outra via de “socializar” a propriedade privada, não se limitando a consagrar um mero limite negativo ao direito de propriedade, mas impondo aos proprietários comandos positivos quanto ao modo e ao sentido da utilização dos bens de sua propriedade.⁹⁸

Função, sob o aspecto jurídico, corresponde ao poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular.

Tulio Cavallazi Filho apresenta um bom conceito de função social ao aduzir:

Dessa forma, pode-se atestar que a Função, na doutrina jurídica, tem como elemento presente a idéia de um poder que não se exerce exclusivamente no interesse próprio, mas também em relação à coletividade, proporcionando assim o surgimento da denominada Função Social.⁹⁹

As constituições dos Estados contemporâneos se caracterizam por abandonar as antigas Constituições do Estado pelas Constituições da sociedade.

Sob essa nova ótica, buscou-se assinalar o primado da sociedade sobre o Estado, afastando o absentéismo estatal do século XIX para consolidar a reabilitação do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.¹⁰⁰

⁹⁸NUNES, José Avelãs. *O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio*. Constituição e Estado Social – Os obstáculos à sua concretização. Org. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto et alii. São Paulo: RT Coimbra: Coimbra. 2008. p. 51/52.

⁹⁹FILHO, Túlio Cavallazzi. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*. Florianópolis: OAB/SC. 2006. p. 103.

¹⁰⁰ Nos Estados Unidos, essa modificação do papel do Estado veio com o *New Deal*, conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais, implementado pelo Presidente Roosevelt ao longo da década de 30. Entre as leis aprovadas por este plano, merecem destaque: “a Lei Bancária de Emergência” que reabriu os bancos sob uma supervisão governamental; o estabelecimento de Corpo Civil de Conservação” para absorver pelo menos alguns jovens desempregados; a “Lei de Ajuda Federal de

A despeito do pioneirismo da Constituição Mexicana, foi pelo influxo da Constituição de Weimar, de 1919, que se instaurou o intervencionismo estatal nas constituições modernas onde se buscou compatibilizar a livre iniciativa – herança do liberalismo, com limitações, não só ao direito de propriedade, mas também à liberdade individual de contratar bem como a todas as relações sócio-econômicas da vida privada.

Emergência” para suplementar os exauridos recursos assistenciais dos Estados e Cidades e a “Lei de Hipoteca Agrícola de Emergência” que emprestou aos agricultores vultuosas somas em dinheiro até então nunca vistas.

CAPÍTULO 3 – O ADVENTO DO MODELO DE ESTADO NEOLIBERAL COMO RECONHECIMENTO DAS INSUFICIÊNCIAS DO ESTADO SOCIAL.

3.1 - A CRISE DO MODELO DE ESTADO SOCIAL

A crise do modelo de Estado Social começa na década de setenta em consequência da crise fiscal do Estado que não mais comportava o acúmulo dos encargos sociais doravante suportados.

Em termos econômicos, a crise da matriz energética, o desenvolvimento tecnológico, a transformação da economia capitalista (internacionalização dos mercados, transnacionalização da produção) o aumento da inflação e do déficit público bem como a ineficácia das prestações dos serviços públicos contribuíram sobremaneira para o fim do Estado Social.¹⁰¹

Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino demonstram de forma bastante clara a ineficiência dos serviços prestacionais do Estado Social ao aduzirem:

*O Estado assistencial difundiu uma ideologia igualitária que tende a deslegitimar a autoridade política; a disposição do Estado a intervir nas relações sociais provoca um enorme aumento nas solicitações dirigidas às instituições políticas, determinando a sua paralisia pela sobrecarga da procura.*¹⁰²

¹⁰¹ O aumento do déficit público provoca instabilidade econômica, inflação, instabilidade social, reduzindo consideravelmente as possibilidades da utilização do *Welfare State*.

¹⁰² *Op. cit* p. 419.

No mesmo sentido José Matias Pereira:

Pode-se afirmar que o Brasil possui um sistema de serviços sociais, comunitários e pessoais pouco desenvolvidos. Direitos sociais, esses são garantidos pela Constituição do Brasil, promulgada em 1988 (e, na prática, permanecem inalterados, apesar da boa intenção dos constituintes que escreveram a Constituição. Os problemas podem ser avaliados pelos índices que indicam o baixo desenvolvimento do Estado de bem-estar brasileiro e o seu gasto social, tanto em transferências como em serviços públicos ofertados à população, que se apresenta significativamente abaixo do nível de desenvolvimento¹⁰³

A burocratização e a ausência de produtividade da vida social e econômica, aliado à transição da tradicional questão social para a urgência da questão ambiental e seus consectários ajudaram a minar as políticas de efetivação do modelo de Estado intervencionista.¹⁰⁴

Em termos humanos, o Estado social, com sua extremada preocupação com a racionalidade e a planificação de suas ações é, inevitavelmente, um Estado de ausência de liberdade implicando na restrição sistemática: a) do tempo de lazer dos trabalhadores (afinal de contas o ócio é administrado segundo os interesses dos negócios e da política), b) da quantidade e da qualidade dos bens de consumos postos à disposição dos consumidores (afinal de contas a disponibilidade depende dos grandes interesses e não das

¹⁰³ PEREIRA José Matias. *Repensando a Administração Pública. O futuro do Estado do Bem-estar*. Revista de informação legislativa. Brasília. Vol. 142, ano 36 (abril/junho) 1999. p. 243.

¹⁰⁴ a burocratização, que, como produto final origina a instalação da tecno-burocracia como forma e administração estatal, calcada na máxima racionalização; no final, de forma contraproducente, produz a anulação do homem como ser racional, dotado de autonomia de raciocínio.

necessidades vitais do ser humano) e c) da inteligência (consciente e inconsciente) capaz de compreender e aperceber-se das possibilidades de autodeterminação.¹⁰⁵

O modelo de Estado Social revelou, de maneira inequívoca, a ineficácia da atuação estatal num contexto globalizado. As dificuldades de gerenciamento da máquina estatal levaram à ineficiência do modelo intervencionista.

A reprodução do *Welfare State*, de matriz norte-americana, foi em grande parte responsável pela crise financeira que, desde a década de oitenta, vem abalando a estrutura de inúmeros Estados, melhor dizendo, daqueles que assumiram atividades acima de sua capacidade, gerando a explosão do déficit público por conta dessa prestação de serviços e atuação econômica maciça.

3.2 – O ESTADO NEOLIBERAL

O modelo de Estado Neoliberal começa a firmar suas bases após a II Guerra Mundial no continente europeu e na América do Norte; todavia, o grande impulso deste modelo de Estado se deu com as crises do modelo econômico do pós-guerra bem como a primeira grave crise do petróleo de 1973. Seu texto de origem é a obra “Caminhos da servidão”, escrito por Friedrich Hayek em 1944 e publicado em 1947.¹⁰⁶

O Neoliberalismo representa uma vigorosa reação, de conotação teórica e política, contra os postulados dos Estados Intervencionistas e o *Welfare State* (Bem-estar).

A diminuição do tamanho do Estado para os neoliberais tinha uma só razão: o fato de que “o modelo europeu do Estado de Bem Estar Social estaria superado pois havia tornado-se exageradamente caro para os cofres públicos”. Para tanto, deveria ser deixado

¹⁰⁵ A estandarização de determinados produtos criou um padrão de médio, igual, uniforme que, por sua vez, gerou o fenômeno da massificação, que invade e destrói as formas peculiares de vida, aquelas que, na ordem material, tinham os seus traços mais autônomos e genuínos.

¹⁰⁶ O neoliberalismo tem avançado, principalmente, após a queda do comunismo na Europa Oriental e na União Soviética, ocorrida no interregno de 89 a 91.

aos entes privados, tanto quanto possível, as questões atinentes aos aspectos econômicos e sociais do Estado.

Para alguns sociólogos, o modelo de Estado Neoliberal representa uma volta ao antigo modelo de Estado Liberal, tal como acontece com a globalização, cujas raízes não estão nas últimas décadas, mas sim num passado bem distante.

Todavia, os modelos Liberal e Neoliberal se diferem no seguinte sentido: enquanto aquele lutou pela conquista das liberdades políticas, este lutou pela conquista das liberdades econômicas (liberdade de ação econômica).

O grande dogma do neoliberalismo consiste na repulsa à política intervencionista do Estado do Bem Estar Social. Para isto, os neoliberais elegeram o poder sindical e os movimentos operários como os grandes vilões da crise econômica e da alta taxa inflacionária. Isso se deve às pressões reivindicatórias por eles exercidas na busca por melhores salários e condições de trabalho, o que acarreta a universalização dos direitos sociais que, de forma inexorável, abalam as bases de acumulação capitalista.¹⁰⁷

Os sindicatos e o movimento operário, com suas políticas agressivas de defesa dos interesses dos trabalhadores, tornam inviável a economia de livre empresa.¹⁰⁸

A partir desse entendimento origina-se uma nova política no sentido de implementação de um Estado Mínimo em relação aos direitos sociais e trabalhistas.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Os teóricos neoliberais sustentam que o verdadeiro perigo para a estabilidade do sistema capitalista reside no poder monopolista dos agressivos monopólios do trabalho e nas imperfeições introduzidas no mercado de trabalho como o salário mínimo, subsídio de desemprego e outras contribuições dos sistemas públicos de segurança social. Como forma de corrigir essas distorções, preconizam o expurgo imediato dessas imperfeições, além de imputar aos sindicatos toda a responsabilidade pela não criação das condições para o pleno emprego da mão-de-obra.

¹⁰⁸ Para Hayek, se há a pretensão de se preservar o sistema da livre empresa, torna-se necessário reduzir o poder dos sindicatos, através de um “processo de domesticação”.

¹⁰⁹ Em termos doutrinários, Estado Mínimo é aquele que exerce apenas as atividades essenciais, deixando as demais atividades, ditas não essenciais, para a iniciativa privada. Trata-se de uma idéia típica dos Estados Liberais. Estado subsidiário, por sua vez, é aquele que exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, bem como as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento

De acordo com Antonio José Avelãs:

Os neoliberais voltam, assim, as costas à cultura democrática e igualitária da época contemporânea, caracterizada, não só pela afirmação da igualdade civil e política para todos, mas também pela busca da redução das desigualdades entre os indivíduos no plano econômico e social, no âmbito de um objetivo mais amplo de libertar a sociedade e os seus membros da necessidade e do risco, objectivo que está na base dos sistemas públicos de segurança social. ¹¹⁰

O Neoliberalismo busca converter o Estado em uma agência para o ajustamento das práticas e políticas da economia nacional às exigências da economia global. Sob esta nova ótica, o mercado continuará regendo a economia (a partir de agora em escala global), porém, cada vez mais de forma pactuada ou negociada, dentro de uma espécie de contrato social depurado e operado por grandes atores, organizados em bloco, recolhendo-se o governo a uma posição meramente arbitral em que a parceria assume o lugar do conflito.

Todavia, essa nova forma de organização econômica não faz do Estado um mero interventor, um partícipe direto, ou, simplesmente um ente distante e ausente; muito pelo contrário, o Estado possui um papel ativo, como elemento de regulação e fiscalização.

Para alguns economistas como Giovanni Arrighi, o neoliberalismo atual representa a ratificação do papel hegemônico dos EUA na economia mundial e, sobretudo,

no regime de livre iniciativa e livre competição. Aqui, o Estado fomenta a iniciativa privada a desenvolver atividades típicas do Estado. Trata-se de um entendimento típico dos Estados neoliberais.

¹¹⁰ *Op. cit.* p. 65.

sua primazia político-econômica sobre a própria comunidade Econômica Européia, resultado do fim da confrontação bipolar com o mundo socialista liderado pela URSS.¹¹¹

Para eles, enquanto o liberalismo serviu para justificar a ascensão e dominação do comércio mundial pela Inglaterra, o neoliberalismo justifica a ascensão do poder comercial dos EUA e justifica a sua vontade de penetrar em todos os mercados nacionais.

De acordo com Reis Friede:

O falso sucesso da experiência socialista (que , durante várias décadas - especialmente no período compreendido entre a segunda metade da década de 50 até metade da década de 70 – aparentemente alavancou um estrondoso crescimento econômico na URSS e, em menor escala, na China Continental), desmascarado inicialmente, com o processo de abertura chinesa em 1979 e, posteriormente, com a própria crise soviética na década de 80, ao que tudo indica, revelou-se como o estopim para a inauguração de um novo processo, em que, em grande parte, a alternativa do socialismo liberalizante cedeu espaço para um capitalismo social, com novas feições resultantes do retorno (e, para alguns autores, do início) da liderança hegemônica dos Estado Unidos e, por efeito, de seu sistema econômico neoliberal¹¹²

¹¹¹ De acordo com Giovani Arrigui: “Graças a sua transterritorialidade e a sua especialização funcional, o número de empresas multinacionais que prosperaram sob a hegemonia norte-americana tem sido incomparavelmente maior. Uma estimativa de 1980 situou o número de companhias transnacionais em mais de 10 mil, e o número de suas afiliadas estrangeiras em 90 mil (Sropford e Dunning, 1983,p.3). No início da década de 1990, segundo outra estimativa, essas cifras haviam se elevado para 35 mil e 175 mil, respectivamente (The economist, 27 de março de 1993,p.5. citado em Ikeda, 1993)”.ARRIGUI, Giovanni. *O longo século XX*. 2 ed. Rio de Janeiro : Contraponto; São Paulo: Unesp. 1996.p.74

¹¹² *Op. cit.* p.362.

Entretanto, os que assim pensam, desprezam a própria complexidade da realidade contemporânea, que indica na direção de um autêntico poder compartilhado, ainda que sob inegável liderança dos EUA.¹¹³

Em suma, pode-se dizer que o modelo Neoliberal funda-se na concepção da presença do Estado sobre a economia, portanto, na revalorização das forças do mercado, na defesa da desestatização e na busca de um Estado financeiramente mais eficiente, probo e equilibrado, reduzindo-se os encargos sociais criados no pós-guerra, ainda, que sem afastar totalmente o Estado da prestação de serviços essenciais.

3.3 - PRINCIPAIS IDEALIZADORES DO NEOLIBERALISMO (FREDERICO HAYECK, MARGARETH THATCHER, RONALD REAGAN E HELMUTH KHOLL)

Os marcos históricos do advento do Neoliberalismo podem ser considerados: a posse da líder conservadora Margareth Thatcher como primeira ministra britânica em 1979 (cargo na qual permaneceu até 1990), o exercício da presidência de Ronald Reagan nos Estados Unidos da América (onde cumpriu dois mandatos, entre 1980 e 1988) e o governo de Helmut Kroll na Alemanha durante 15 anos, iniciado em 1982.¹¹⁴

Os postulados que serviram de base para a instalação do neoliberalismo neste dois países eram: qualidade total, formação abstrata e polivalente, flexibilidade, participação, autonomia, descentralização, competitividade, equidade, eficiência e produtividade.

¹¹³ O modelo de Estado econômico neoliberal representa o auge do capitalismo contemporâneo que se realiza através de um processo crescente de incorporação e fusões de empresas, independentemente da necessária manutenção da competitividade, como fator primordial de sobrevivência do próprio sistema.

¹¹⁴ De fato, o governo Thatcher, na Inglaterra em 1979, foi a primeira mostra Neoliberal. No seu esteio, em 1980, veio o governo Reagan nos EUA e, em 1982, Kroll na Alemanha. A partir daí quase toda a Europa Ocidental, com exceção da Suécia e da Áustria, aderiu ao sistema neoliberal.

José Geraldo de Brito Filomeno sintetiza bem esta nova concepção ao estatuir:

*A diminuição do Estado pela diminuição do Estado é um dogma, assim como a defesa cega do estatismo. Um Estado bom não é um Estado pequeno, mas aquele que atende com mais eficiência aos anseios dos cidadãos. E, ao responder a uma pergunta sobre se entendia o neoliberalismo como um movimento revolucionário, respondeu: ‘Sem dúvida, É uma corrente que tem base científica, formada na Universidade de Chicago, um desprezo enorme às instituições e regulamentações e pretende, assim como o comunismo planejou, formar um novo ser humano: um trabalhador rápido, eficiente e capaz de sobreviver num mundo competitivo. Por definição, o neoliberalismo que um Estado que interfira quase nada na economia e, se possível, cobre poucos impostos*¹¹⁵

Seu texto de origem é “O caminho da servidão”, do pensador austríaco Friedrich Hayek, escrito em 1944. Nesta obra, Hayek faz um ataque apaixonado contra qualquer limitação aos mecanismos de mercado por parte do Estado denunciados como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.

Entendia Hayek que os regimes totalitários de esquerda (comunismo) bem como os de direita (nacional – socialismo) possuíam uma matriz intelectual comum, ou seja, a rejeição da tradição liberal do ocidente.

Para este pensador, os regimes totalitários – que gradualmente abandonaram os ideais liberais e o respeito à autonomia privada individual, considerados vigas mestras da

¹¹⁵ *Op. cit.* p.158.

civilização ocidental - apesar de suas boas intenções, conduzem o ser humano para uma espécie de servidão moderna.¹¹⁶

Apesar do tom pessimista de suas idéias, Hayeck dizia que a única forma de reverter este quadro seria através da recuperação e do aprofundamento da tradição liberal, através da promoção e defesa dos ideais do governo limitado, dos direitos individuais e da igualdade perante a lei.¹¹⁷

A gênese do neoliberalismo se dá com a posse de Margareth Thatcher, líder do Partido Conservador, como primeira –ministra da Grã - Bretanha.

Sua posse se dá em meio a um país arrasado pelas altas taxas de inflação, desemprego e greves no serviço público que afetavam o dia-a –dia da sociedade britânica. Sua política de governo consistia em: redução de impostos, controle e reforma dos sindicatos, apoio à iniciativa privada, rompimento com o estado de bem estar social e combate ao comunismo.

Optou por fazer uma política de convicção e não de consenso. A sua opinião era a única que prevalecia, pouco importando a opinião de seu partido. Este estilo de governar lhe rendeu a alcunha de “dama de ferro”.

Em 1990, deu início a uma série de medidas que inauguraram a primeira gestão de cunho nitidamente Neoliberal: baixou consideravelmente os impostos (principalmente os das grandes empresas); aboliu uma série de controles sobre fluxos financeiros; enfrentou greves sistematicamente; criou uma legislação anti—sindical e cortou gastos sociais. Depois, seguiu-se um programa de privatizações que incluiu habitação, petróleo, gás, água e eletricidade.

¹¹⁶ A gradual expansão do intervencionismo estatal, com sucessivas concessões de direitos sociais, acabarão por conduzir os cidadãos a uma condição de absoluta escravidão.

¹¹⁷ As idéias de Hayek tinham um alvo certo: o Partido Trabalhista Inglês às vésperas das eleições gerais de 1945 que , vitorioso nas urnas, colocaria em andamento o “*Welfare State*”.

Tony Judit resume bem as medidas econômicas implantadas por Margaret Thatcher ao aduzir:

*A revolução do Tharcherismo fortaleceu o Estado, fomentou o crescimento do mercado e dedicou-se a desmanchar os elos que anteriormente uniam Estado e Mercado. Mrs. Thatcher destruiu para sempre a influência pública exercida pelos sindicatos britânicos, aprovando leis que limitavam a capacidade de os líderes sindicais organizarem greves e, em seguida, fiscalizando o cumprimento de tais leis pelos tribunais. Em 1984-1985, durante um confronto bastante simbólico entre o Estado poderoso e uma malfadada comunidade de proletários da indústria, a primeira ministra esmagou uma iniciativa violenta e emocional do Sindicato Nacional dos Mineradores que visava boicotar a política governamental de fechamento de minas ineficientes e suspensão de subsídios à indústria local*¹¹⁸

O neoliberalismo implementado por Ronald Reagan nos Estados Unidos seguiu um parâmetro diferente dos demais, uma vez que não havia por lá um estado de bem estar social como o Europeu.

Sua política neoliberal consistiu em: reduzir impostos (de modo mais favorável aos ricos), elevou juros (medo das pressões inflacionárias); combateu uma grande greve na área de produção do aço; cortou gastos sociais e lançou –se numa corrida armamentista sem precedentes que envolveu enormes gastos militares desembocando no maior déficit público da história norte- americana.

¹¹⁸ JUDT, Tony. *Pós – Guerra. Uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2007. p.542

Em 1982, Helmut Kohl é eleito Chanceler na Alemanha Ocidental após derrotar o regime social liberal de Helmut Schmidt.¹¹⁹

Sua política neoliberal, muito parecida com a implantada na Grã – Bretanha, consistiu em diminuir os gastos públicos e incentivar a reunificação da Alemanha Ocidental e Oriental após a União Soviética deixar de controlar a Europa Oriental.

Com o advento da futura Constituição Européia, os novos pilares do neoliberalismo consistirão em: mercado interno único, política monetária única e a criação de um pacto de estabilidade e crescimento entre as nações européias.

3.4 – CARACTERÍSTICAS DO MODELO DE ESTADO NEOLIBERAL

O Estado Neoliberal, em princípio, pressupõe uma ampla liberdade de iniciativa no que diz respeito ao exercício de atividade ou profissão. Referida liberdade, porém, não pode comprometer a justiça social considerada um dos pressupostos do próprio bem comum do Estado.

Em razão disso, impõem –se limites a esta liberdade, como a regulação do mercado, quer através do exercício da própria atividade econômica pelo Estado, ou então pela permissão ou concessão de atividades reputadas essenciais.

A atividade econômica deve ser exercida pelo capital privado cabendo ao Estado apenas aquelas atividades que, pela sua natureza, não são passíveis de exploração mercantil.¹²⁰

Os neoliberais, de certo modo, pregam o regresso ao postulado liberal de separação Estado/Economia e Estado/ Sociedade. Neste sentido, a economia seria exclusiva dos entes privados (sociedade civil, sociedade econômica) cabendo ao Estado somente

¹¹⁹ O cargo de Chanceler na Alemanha equivale ao cargo de Chefe de Estado nos regimes parlamentaristas.

¹²⁰ Para os neoliberais, afastado o intervencionismo na área econômica, os problemas sociais são remetidos à própria sociedade, cuidando o Estado das funções de : saúde, educação, segurança e Justiça.

garantir a liberdade individual (liberdade econômica e liberdade de adquirir e possuir sem entraves), que proporcionaria igualdade de oportunidade para todos.

Em razão disso, ganhou força a rejeição do Estado como operador da vida econômica e anulou-se a capacidade de direção e planificação da economia do Estado prestador de serviços. Como conseqüência, assiste-se a uma onda de privatizações de empresas públicas, mesmo na área de serviço público.¹²¹

A ideologia neoliberal tem submetido o conjunto dos serviços públicos à empresarialização, ao enquadramento através das parcerias público-privadas bem como abertura desses setores ao capital exclusivamente privado (privatização).

A privatização - principal característica do modelo de Estado Neoliberal - trouxe consigo a necessidade de garantir a salvaguarda de determinados interesses públicos e a conseqüente imposição às empresas privadas que prestam serviços públicos, um conjunto de deveres e obrigações.

Esta função de regulação, justificada pela necessidade de proteger o interesse dos destinatários dos serviços públicos, será realizada por agências reguladoras independentes e não pelo Estado.

Com isso, começa a ganhar corpo o conceito de “*economia de mercado regulada*”. A idéia é afirmar as virtudes da concorrência e esvaziar o Estado Social, então responsável pela prestação de serviços públicos. Trata-se do advento do Estado regulador.

Luis Roberto Barroso sintetiza de forma bastante clara as características do Estado Neoliberal ao aduzir:

¹²¹ Para os detratores do Estado Neoliberal, os ventos dessa nova política, soprados pelos interesses do grande capital financeiro, sopram no sentido de “varrer do mapa” as conquistas relativas ao serviço público, considerado “cimento da sociedade”.

A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado Mínimo, o neoliberalismo. Dentre seus dogmas, que com maior ou menor intensidade correram o mundo, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional de países, sobretudo através do comércio. O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do Estado. ¹²²

Portanto, a ideologia neoliberal caracteriza-se pelo incentivo a uma postura absentéista do Estado, num direcionamento em prol das privatizações no qual se professa a crença de que o livre jogo das forças do mercado se encarregam de produzir naturalmente o progresso, o bem estar e a felicidade nacional.

3.5 - O NEOLIBERALISMO NO BRASIL

Na América Latina e no Brasil, a onda neoliberal recebeu o nome de *Ajuste*, que consistia basicamente em diminuir o tamanho do Estado e flexibilizar os direitos sociais e trabalhistas. ¹²³

A diminuição do tamanho do Estado se daria com a transferência de serviços às empresas privadas, sobretudo às multinacionais, não cabendo a ele (Estado) interferir em preços e salários; enquanto que a flexibilização dos direitos sociais e trabalhistas serviriam como meio de atração do capital estrangeiro. As normas, atualmente aplicáveis a todas as

¹²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009. p.66

¹²³ A implantação do Neoliberalismo na América Latina foi mais fácil do que na Europa, uma vez que nunca tivemos antes um efetivo Estado Social.

categorias de trabalhadores, passariam a ser específicas ou por categorias, resultado de acordos coletivos.¹²⁴

Esta política de ajuste tem como matriz o chamado “Consenso de Washington”, reunião realizada em novembro de 1989, onde o Brasil e os demais países da América Latina aderiram ao neoliberalismo e às idéias impostas pelo Banco Mundial, FMI (Fundo Monetário Internacional) e BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento).¹²⁵

A adesão do Brasil a estes postulados foi realizada de forma plena (disciplina fiscal, liberdade de mercado e desregulamentação), permitindo-se apenas ligeiros desvios para as questões atinentes à educação, saúde, direito ambiental e direito do consumidor.

Com a entrada em cena do neoliberalismo no Brasil e a necessidade de positivação de seus postulados em âmbito constitucional, houve uma espécie de afronta ao espírito, aos princípios e aos valores sociais consagrados pelos constituintes de 1988.

De acordo com Paulo Bonavides:

Nesse quadro efervescente e crítico a Constituição se tornou também outro campo de batalha. Ali o neoliberalismo econômico e político, depois de subir ao governo, busca apoderar-se das instituições e dar à carta Magna compleição que seja o reflexo e a imagem da nova ordem, a um tempo reacionária e conservadora.¹²⁶

¹²⁴ Em suma, a preocupação hodierna era com a privatização das empresas estatais, a flexibilização das relações de trabalho e a globalização da economia através de blocos transnacionais.

¹²⁵ Assim se denominou uma corrente de pensamento liberal que defendia uma série de reformas pró – economia de mercado como saída para os países da América Latina voltarem a crescer, superando um quadro de pesado endividamento somado à recessão e altas taxas de desemprego. O nome “Consenso de Washington” vem de um seminário realizado em 1989, na capital americana, coordenado pelo economista britânico John Williamson, reunindo economistas norte americanos e funcionários dos principais organismos internacionais, a começar pelo Banco Mundial. Não poucos consideram o “Consenso de Washington” como sinônimo de neoliberalismo ou mesmo de globalização, até porque suas recomendações foram, em parte, adotadas pelo Banco Mundial e outras agências internacionais.

¹²⁶ *Op. cit.* p.112.

Das 52 Emendas à Constituição, além das 6 emendas de revisão, muitas delas alteraram de forma significativa a fisionomia da Lei Maior no que concerne ao seu conteúdo material. Todavia, as Emendas à Constituição de nº 6, 7, 9, 13 e 19 foram as que deram feição Neoliberal ao Estado Brasileiro, rompendo com os entraves que impediam a entrada do país na nova ordem econômica mundial.¹²⁷

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Na verdade, grande parte das Emendas que foram aprovadas ou que ainda tramitam visam a expungir do texto o seu estatismo e o seu corporativismo.

Os homens que tiveram uma inegável responsabilidade no estatismo impresso pela Constituição na ordem econômica parecem hoje (junho de 2002) convencidos da necessidade de desestatização da economia. Em conseqüência, são os principais impulsionadores das alterações constitucionais, as quais promovem um

¹²⁷ Emenda Constitucional nº 6 : “ a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o caput deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas” ; Emenda Constitucional nº 7: “ art. 178. a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático, e terrestre, devendo, quanto à observação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”, parágrafo único “Na ordenação do transporte aquático, a lei estabelecerá as condições em que o transporte de mercadorias de cabotagem e a navegação interior poderão ser feitos por embarcações estrangeira; Emenda Constitucional nº 9. “O parágrafo primeiro do art. 177 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação – A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”, parágrafo 2º “ a lei a que se refere o parágrafo primeiro disporá sobre I – a garantia de do fornecimento dos derivados do petróleo em todo território nacional, II – as condições de contratação, III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União”; Emenda Constitucional nº 13 “ art. 192, inciso II - autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador”; Emenda Constitucional nº 19: “artigo 173, parágrafo primeiro: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção u comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:”

*aligeiramento da carga estatal, ao preço de uma profunda liberalização econômica.*¹²⁸

Percebe-se, pois, que as constituições detalhistas, apesar de esmiuçar os direitos, impedindo o seu aviltamento, mostram-se inconvenientes quando há a necessidade de mudanças profundas nas diretrizes políticas inseridas em seu texto.

¹²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2003. p.134.

CAPÍTULO 4 - A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CONTEXTO GEOPOLÍTICO EM QUE FOI CRIADA.

4.1 – HISTÓRICO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – CONSTITUIÇÃO DE 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967/69 e 1988.

O presente item tem por objetivo fazer um pequeno apanhado histórico das constituições adotadas no Brasil desde o império até o advento da atual Constitucional onde será dada especial atenção às normas de conteúdo econômico que, doravante, revelam o modelo de Estado por elas adotado.

4.1.1 - Constituição de 1824

A Constituição Imperial de 1824 teve como fonte de inspiração a Constituição Francesa de 1814, da qual seguiu inúmeros passos. Apesar de não haver um tratamento sistemático da matéria econômica, sua idéia básica, nesta seara, consistia em ser um repositório de postulados do liberalismo político e econômico dominante à época.¹²⁹

Quanto à rigidez de suas normas, seu texto era permeado de normas rígidas e flexíveis. Sob o aspecto conceitual, trata-se de uma Constituição Semi-rígida.

Além de delinear a função de cada um dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), acresce um quarto poder denominado Moderador.¹³⁰

O Poder Moderador, considerado a chave de toda a organização política, era exercido privativamente pelo Imperador, chefe supremo da nação, para que

¹²⁹ Por seu uma constituição que consagrava os ideais básicos do liberalismo econômico, não havia qualquer restrição à atividade econômica aos empreendedores estrangeiros.

¹³⁰ Dom Pedro precisava de uma Constituição que legitimasse seu trono sem perda de autoridade. Isso foi alcançado com a invenção do Poder Moderador, que se sobrepunha aos três Poderes da Teoria Clássica. Foram criadas a Câmara e o Senado, mas as eleições espelhavam o poder econômico: somente os ricos podiam votar e ser votados.

incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos.¹³¹

De acordo com Orlando Soares:

A Constituição política do Império do Brasil inspirou-se nos projetos de Antônio Carlos e Martim Francisco, bem como nas Constituições francesas de 1814, e portuguesa de 1822, introduzindo a inovação do Poder Moderador e o princípio já conhecido da ‘dissolução da Câmara dos deputados pelo Imperador.’¹³²

Seu texto permitiu que um sistema político nele não previsto, no caso o parlamentarismo, fosse sendo paulatinamente adotado. Estabeleceu uma vigorosa centralização político –administrativa como forma de manter a integridade nacional.

Foi o texto constitucional de maior longevidade em todo nosso Direito Constitucional vigendo de 1824 a 1891; seus postulados possuem grande sensibilidade nacional além de dar os primeiros passos no sentido da democracia.

De acordo com Gilmar Mendes Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Mas, o que singularizava esse texto, no panorama constitucional do seu tempo? Por que, passados mais de cento e oitenta anos de sua entrada em

¹³¹ O Imperador, que exercia este poder interferia sobremaneira na direção dos outros Poderes. No âmbito do Legislativo, nomeava os Senadores, convocava a Assembléia Geral extraordinariamente, sancionava e vetava proposições do Legislativo, dissolvia a Câmara dos Deputados, convocando imediatamente outra, que a substituíria. Quanto ao executivo, nomeava e demitia livremente os Ministros de Estado. Em âmbito Judiciário, suspendia os Magistrados.

¹³² SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil – O constitucionalismo sob diversos prismas*. 11ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002. p.89

vigor, até hoje nos voltamos para ele com admiração e respeito? Simplesmente porque, apesar de não se tratar de nada original – até porque o nosso pensamento político apenas refletia o que nos vinha de fora, numa espécie de “fatalismo intelectual” que subjuga as culturas nascentes -, mesmo assim foi um grande estatuto político, uma lei fundamental que logrou absorver e superar as tensões entre o absolutismo e o liberalismo, marcantes no seu nascimento, para se constituir, afinal, no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para a nossa maioria constitucional¹³³

Além de confirmar nossa independência política em relação a Portugal, aludida Constituição consolidou a unidade nacional tornando possível, durante maior parte do século XIX, um ambiente de ordem e liberdade no país, diferentemente do que ocorria no resto da América Latina.

A livre concorrência e a liberdade de iniciativa, dogmas típicos do modelo de Estado liberal, encontravam-se assegurados no artigo 179, incisos XXIV e XXV.¹³⁴

4.1.2- Constituição de 1891

A Constituição de 1891 foi fruto de um golpe de Estado que pôs fim à Monarquia, proclamou a República e destituiu o Imperador. Como se tratou de um golpe

¹³³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2009.p.185

¹³⁴ Inciso XXIV – “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes público, à segurança e saúde dos cidadãos”; inciso XXV – “ficam abolidas as corporações de ofício, seus juizes e escrivães mestres.”

militar, aludida Constituição não conseguiu uma boa aceitação no campo político, uma vez que a sua proclamação não encontrava respaldo popular.¹³⁵

Conforme José Afonso da Silva:

*Construíra-se formoso arcabouço formal. Era – como anota Amaro Cavalcanti – o “texto da Constituição Norte-Americana, completado com algumas disposições das Constituições Suíça e Argentina”. Faltara-lhe, porém, vinculação com a realidade do país. Por isso, não teve eficácia social, não regeu os fatos que previra, não fora cumprida*¹³⁶

Apesar de ter havido uma profunda ruptura com o regime anterior, o ideário liberal foi mantido, não havendo qualquer alteração na ideologia econômica que inspirou a Constituição anterior.

Ao todo, foram seis fatores que determinaram a queda do império: transformação econômica agrária, aparecimento do exército como força política influente, aspiração federalista, influência cultural do positivismo, isolamento do Brasil como única Monarquia Constitucional da América e o envelhecimento do imperador e seu relativo afastamento do cenário político.

Conforme Pedro Lenza:

A partir de 1860, começa-se a perceber um enfraquecimento da Monarquia. Em 1868, durante a Guerra do Paraguai, os militares passam a nutrir um forte sentimento de descontentamento com a Monarquia, sentimento este que veio a se intensificar

¹³⁵ O objetivo de sua proclamação era consagrar uma forma de governo – o presidencialismo – na qual a elite pudesse atingir o topo do poder e adaptar ao Brasil os princípios federalistas e liberais que faziam sucesso nos Estados Unidos.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros. 1994. p. 73.

em razão da candente “marginalização política” e redução do orçamento e efetivo militares.

O manifesto do Centro Liberal (1869) e o Manifesto Republicano (1870) também contribuíram para abalar a Monarquia, atacando a vitaliciedade dos Senadores e o papel do Conselho de Estado.

Em 1874 tivemos fortes entraves entre a Igreja Católica e a Monarquia¹³⁷

Rui Barbosa exerceu grande influência na redação da Constituição de 1891, uma vez que encampou muitas de suas idéias, sobretudo as que dizem respeito ao Federalismo Americano calcado no respeito às tradições, à Constituição, no prestígio do Congresso e no poder político da Corte Suprema.

Quanto aos Poderes, volta-se à Teoria Clássica de Montesquieu, com um executivo presidencialista e um legislativo dividido em duas Casas: Senado e Câmara dos Deputados. Com essa Constituição o Brasil implanta, de forma definitiva, tanto a Federação como a República.¹³⁸

A declaração de Direitos ganhou destaque com esta Constituição.

Conforme Celso Ribeiro Bastos:

Conquista importante foi feita no terreno das garantias constitucionais que não constavam nos Textos Anteriores. A Constituição Federal de 1891 se vê aclamada pelo utilíssimo Habeas Corpus, instrumento jurídico de grande valia na repressão às prisões indevidas e aos atentados ao direito de locomoção em geral. Ele não era conhecido em nosso direito. Na verdade foi introduzido pelo Código

¹³⁷ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13 ed. 2009. p.55

¹³⁸ Em razão disso, as províncias foram alçadas à condição de Estados para poderem fluir daquela autonomia típica dos Estado- Membros de uma Federação.

*Criminal de 1830, traduzindo-se em ato de grande importância, sendo agora guindado ao Texto Maior*¹³⁹

Trata-se de uma Constituição de nítido caráter liberal que, com a revisão processada em 1926, introduziu dispositivos relativos à ordem econômica com nítido caráter intervencionista não modificando, todavia, o ideário liberal inicialmente proposto.¹⁴⁰

4.1.3 - Constituição de 1934

Em 1930, Getúlio Vargas havia tomado o poder, mas sofria pressões para cumprir a promessa de convocar uma Assembléia Constituinte. A constituição que estava por vir deveria expressar a passagem do mundo rural para o urbano e industrial, estabelecer direitos políticos – voto universal, direitos trabalhistas, estipulação de um salário mínimo para as classes trabalhadoras e fixar a jornada de trabalho – centralizar poderes na esfera federal e impor um forte viés estatizante.¹⁴¹

A constituição de 1934 foi promulgada num cenário geopolítico em que o modelo de Estado Liberal teria se mostrado inadequado para as circunstâncias surgidas da guerra de 1914-18, das dificuldades oriundas da crise econômica mundial deflagrada em 1929 bem como pela eclosão das primeiras manifestações relativas às questões de índole social (reivindicações operárias, afirmações sindicais, aparecimento do movimento anarquista e um melhor aparelhamento do Partido Comunista Brasileiro).¹⁴²

¹³⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p.175

¹⁴⁰ O art. 34, n. 5, introduzido no Texto Constitucional com a revisão de 1926 atribuiu ao Congresso competência para “*legislar sobre o comércio exterior e interior, podendo autorizar as limitações exigidas para o bem público, e sobre o alfandegamento de portos e a criação ou supressão de entrepostos*”

¹⁴¹ Getúlio Vargas chegou ao poder com a revolução de 1930 para por fim a combatida *República Velha*. Seu declínio se deve ao domínio predatório das oligarquias e a fraude eleitoral institucionalizada. Deve-se também sua ruína a grave crise econômico financeira de 1929 (“Grande Depressão”), uma pequena burguesia em ascensão, o Tenentismo (movimento contra o regime oligárquico) e o surgimento de uma classe operária descontente em razão do processo de industrialização estimulado pela Primeira Guerra.

¹⁴² No aspecto econômico, haviam duas correntes antagônicas que buscavam espaço para suas idéias: o nacionalismo tradicionalista (anti-democrático) e o nacionalismo socializante de esquerda.

Some-se a esse quadro, o parâmetro mundial de intervenção estatal com os regimes Fascista, Nazista e Comunista.

Em 6 (seis) de dezembro de 1930, foi criada a Comissão Legislativa, dividida em 23 Subcomissões para dar início aos trabalhos de elaboração da Constituição. A Assembléia Nacional Constituinte foi eleita em 3 (três) de maio de 1933 com a seguinte composição: além dos deputados, regionalmente designados por sufrágio universal, contava com 40 deputados eleitos pelos delegados das associações profissionais representando empregados, empregadores, profissionais liberais e funcionários públicos. Em 16 de Julho de 1934 os deputados assinaram o texto definitivo.¹⁴³

O espírito social do novo governo traduziu-se na publicação imediata de numerosa legislação sobre direitos e benefícios trabalhistas. É a partir do Título III que se acentua a tendência social da Constituição como o direito à subsistência e ao trabalho (art. 34) que dão ao texto um conteúdo programático no estilo da Constiuição de Weimar.¹⁴⁴

Conforme Carlos José Napolitano:

A Constituição de 1934 foi precursora ao dedicar título próprio à ordem econômica, claramente influenciada pela Constituição weimariana de 1919. O próprio modelo de desenvolvimento econômico da época visando à substituição de importações, com implementação de um parque industrial nacional, exigia que o Estado deixasse de ser omissor para atuar

¹⁴³ A grande diferença da Constituição Federal de 1891 para a Constituição de 1934 reside no fato de que esta faz explícita invocação a Deus, além de sublinhar, entre os objetivos do regime democrático, a unidade nacional e o bem estar econômico e social, além da liberdade e da Justiça.

¹⁴⁴ O artigo 115 da Constituição mostra a forte influência da Constituição de Weimar ao estatuir: "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica"

*no campo econômico; desta forma, o Estado deixa a determinante de omissão para o de ação*¹⁴⁵

Portanto, esta Constituição buscava acertar o passo pelo figurino constitucional da Europa do pós – guerra.

Conforme Marcelo Caetano:

*Na ordem econômica e social começa por se limitar a liberdade econômica pelos princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna (art. 115). Prescreve a licitude da intervenção do Estado. Garante-se a nacionalização das riquezas naturais. Proclama-se a pluralidade sindical. Consagra-se os princípios basilares da legislação do trabalho e de acordo com a doutrina preconizada pela Organização Internacional do Trabalho. Institui-se a Justiça do Trabalho com juízes leigos, eleitos segundo a regra da representação paritária de empregados e empregadores.*¹⁴⁶

O matiz dominante desta Constituição foi o caráter democrático com um certo colorido social. Houve uma busca no sentido de conciliar os postulados da democracia liberal com os postulados do modelo de Estado Social no domínio econômico.¹⁴⁷

¹⁴⁵ NAPOLITANO, Carlos José. *Do tratamento da matéria econômica nas constituições brasileiras e o histórico das restrições à atividade econômica imposta aos estrangeiros*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos tribunais. V. 54. jan./mar. 2006. p. 163-191.

¹⁴⁶ CAETANO, Marcelo. Op. cit. p. 558

¹⁴⁷ Nota –se esta conciliação dos dois modelos de Estado nos artigos 121 e 113 n.13 da Constituição de 1934 ao aduzirem: art. 121 – “A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país”; artigo 113, n. 13 – “É livre o exercício de qualquer profissão, observadas as condições de capacidade técnica e outras que a lei estabelecer, ditadas pelo interesse público”

Em razão disso, foi introduzido no Brasil a teoria do Bem-Estar Social (*Welfare State*) ou Estado – Providência, através da fixação de princípios que passaram a reger o ordenamento econômico e social.

Esta Constituição, na verdade, representou um compromisso diante das diversas forças que protagonizavam os diversos movimentos e eventos políticos que a antecederam. Todavia, com o aumento da tensão social e da radicalização dos movimentos políticos, tanto da direita como da esquerda, tornaram sua aplicação inviável, gerando condições propícias para o golpe de 1937.

4.1.4 - Constituição Federal de 1937

A Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas em situação revolucionária. Isso se deve a quatro fatores: Reação paulista ao regime de 30 que almejava por novamente este Estado em situação de destaque no cenário nacional; ressurgimento do espírito da “República Velha” no decorrer da campanha, inclusive com a preponderância de certos Estados no seio da União; preocupação das autoridades militares em face das atividades comunistas no Brasil alavancadas pelos acontecimentos da guerra civil da Espanha iniciada em 1936 e a divulgação de um plano de insurreição comunista no Brasil que ficou sendo conhecido como “*Plano Cohen*”.¹⁴⁸

Em razão do seu caráter autoritário, a esfera das atribuições federais foram ampliadas; além dos poderes tradicionais de um Chefe do Executivo, o Presidente passava também a poder declarar, por si só, o Estado de Guerra ou o Estado de Emergência, sem se reportar a um órgão consultivo. Quanto à mutabilidade de suas normas, era classificada como flexível.

¹⁴⁸ Getúlio outorgou a Constituição de 1937 inspirado no modelo fascista Italiano, onde se investiu de poderes ditatoriais com a promessa de livrar o Brasil da ameaça comunista. A principal ameaça comunista veio da chamada “Intentona Comunista” – insurreição político militar que contava com o apoio do Partido Comunista Brasileiro e de ex-tenentes que tinham o objetivo de derrubar Getúlio Vargas e instaurar o socialismo no Brasil. Sob este pretexto, Getúlio Vargas passou a nomear interventores nos Estados e alijar opositores.

Na verdade, tratava-se de um documento destinado exclusivamente a institucionalizar um regime autoritário. Não havia a divisão de poderes, embora existissem o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, visto que estes últimos sofriam nítidos amesquinhamentos. Em âmbito legislativo, desaparece o Senado e em seu lugar é criado o Conselho Federal.

Quanto ao aspecto doutrinário, aludida Constituição, embora não positivista, refletia a influência de certas diretrizes políticas preconizadas por Augusto Comte. Grande parte de seu texto, representava a transposição, para o plano federal, do espírito positivista republicano Gaúcho.

A maior parte dos constitucionalistas afirmam que a fonte principal da Constituição federal de 1937 foi a Constituição Polonesa de 1935, fundando-se a afirmação na coincidência de algumas disposições de ambas as Cartas. Por isso, ela é comumente chamada de “Constituição polaca”.¹⁴⁹

Esta constituição sofreu o influxo histórico do corporativismo então vigente na Itália e Portugal ao estatuir em seu artigo 140:

A economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças de trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de poder público.

¹⁴⁹ Defensores da Constituição polonesa afirmam que ela teve por fim, precípua consolidar o Estado Social, não havendo investido o Presidente da República na tarefa de fazer uma política pessoal, mas dado a ele a função de regular as atividades econômicas, visto que o sistema de autonomia era geral e de autonomia econômica em particular foi considerado como uma das principais instituições do Estado.

Portanto, no plano econômico, Getúlio Vargas optou por criar um sistema onde a produção deveria ser organizada em corporações colocadas sob a assistência e proteção do Estado.¹⁵⁰

Manteve as conquistas sociais da Constituição de 1934 enquadrando o Estado brasileiro no Modelo de Estado Social.

A fim de angariar apoio popular consolidou as Leis do trabalho (CLT) bem como importantes direitos sociais como a fixação de um salário mínimo para o trabalhador.

Acima de tudo, a Constituição Federal de 1937 representou uma tomada de posição do Brasil no conflito ideológico da época, pelo qual fica nítido que o país se inseria na luta contra os comunistas e contra a democracia liberal.

4.1.5 - Constituição Federal de 1946

A Assembléia Constituinte foi instalada em 2 de fevereiro de 1946 e apresentava, pela primeira vez, uma composição que refletia a importância dos partidos políticos nacionais, traduzida através da representação proporcional. Esta assembléia tomou como ponto de partida de seus trabalhos o texto da Constituição de 1934.

Esta Constituição não procurou fazer grandes inovações, reformas profundas, mas apenas restaurar o sistema democrático que vigia sob a égide das Constituições de 1891 e 1934.¹⁵¹

Esta Constituição esteve em vigor por 20 anos, mas a sua vigência conheceu vários acidentes (suicídio de Getúlio Vargas, tentativa de obstar a posse de Juscelino

¹⁵⁰ De acordo com esse sistema, o Estado atuaria no segmento econômico de forma subsidiária, onde houvesse deficiência do setor privado.

¹⁵¹ Quando a II Guerra Mundial começava a dar mostras de estar se aproximando do seu fim, com a vitória dos países democráticos, Getúlio Vargas, aqui no Brasil, procurou atualizar a nossa Constituição de acordo com o novo contexto geopolítico que estava por vir. Seu objetivo era pôr termo ao Estado autoritário que vigia desde 1930. Era a procura de um Estado democrático que se tentava fazer pelo incremento de medidas que melhor assegurassem os direitos individuais.

Kubitschek, renúncia de Jânio Quadros, manobras para impedir o regresso de João Goulart da China para tomar posse e a tentativa de reduzir o seu poder mediante a adoção de uma canhestra fórmula parlamentarista), fazendo com que seu texto sofresse alterações em matérias fundamentais.¹⁵²

Com a posse de João Goulart, em virtude da renúncia de Jânio Quadros, bem como o seu discurso proferido em 13 de Março de 1964 onde afirmava que “*a Constituição atual é antiquada porque legaliza uma estrutura sócio-econômica já superada, injusta e desumana*”, os militares, com a preocupação de evitar a instauração de uma ditadura no país, procuraram manter, na medida do possível, o funcionamento das instituições constitucionais.¹⁵³

Em razão desse conturbado quadro político surgiram os Atos Institucionais, fruto de um poder constituinte paralelo ao Congresso Nacional, originando-se daí dois órgãos constituintes distintos: O Originário (Congresso Nacional), que operava mediante a revisão da Constituição nos termos por ela estabelecido através de Emendas e o órgão extraordinário, que se originava da Revolução e se traduziu pela edição de Atos Institucionais, considerado o ato símbolo do movimento triunfante.

Sob o ponto de vista ideológico, a Constituição de 1946 traçou de forma bastante nítida uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social, que foi recuperada pela Constituição de 1934.

Sob o ponto de vista econômico, esta Constituição tentou conciliar o princípio da liberdade de iniciativa com o princípio da justiça social sem, entretanto, disciplinar os detalhes desse mecanismo sendo relegada tal tarefa ao legislador ordinário.¹⁵⁴

¹⁵² Estes acidentes da Constituição de 1946 são divididos em três épocas distintas que vão : de 1946 até 1961; de 2 de setembro de 1961 até 23 de janeiro de 1963 e, por último, de 23 de janeiro de 1963 até 24 de janeiro de 1967.

¹⁵³ SKIDMORE, Thomas. Brasil: De Getúlio a Castelo. 12 ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

¹⁵⁴ Esta junção é perfeitamente percebida pela leitura dos artigos 145 e 146 que assim estatuem : “*art. 145 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano*” ; “*art. 146 – A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por*

4.1.6 - A Constituição Federal de 1967-69

A Constituição Federal de 1946 foi mantida em vigor mesmo após o golpe de 1964 mas sofreu tantas alterações e emendas que, em 1966, estava irreconhecível. Por ter se transformado numa “colcha de retalhos”, o governo entendeu que era necessário dotar o país de um novo estatuto constitucional que representasse a institucionalização dos ideais e princípios da Revolução.

Sua outorga pelos militares originou da deposição do Presidente João Goulart, onde este foi acusado de estar a serviço do “comunismo internacional”. Em razão disso, instalou-se uma nova “ordem revolucionária” com o objetivo de combater e “drenar o bolsão comunista” que assolava o país.

Com a revolução de 1964, as forças armadas reservaram para si, como era sua doutrina desde 1945, a função moderadora, ou seja, somente iriam intervir autoritariamente para fazer observar: o espírito da Constituição e das leis, a vontade nacional e a genuinidade do espírito popular da Revolução.

Nesse sentido Celso Ribeiro Bastos:

A política do Presidente encaminha-se cada vez mais para a esquerda, do que resultam resistências não só a nível do Congresso Nacional, como também a nível da população, desembocando na famosa marcha da Cidade de São Paulo, onde calcula-se que quinhentas mil pessoas teriam vindo manifestar-se contra a

base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição” Percebe-se, pois, que esta Constituição é uma mescla da Constituição liberal de 1891, no que tange aos seus princípios político – constitucionais, com a Constituição Social de 1934, onde procurou conservar todas as suas conquistas sociais.

*ordem de coisas reinante no país. Dentro desse quadro político institucional e extremamente deteriorado, por divisões profundas e radicais, as forças armadas intervêm, tomando o poder para si, em 31/03/64.*¹⁵⁵

A Constituição de 1967 caracterizou-se por apresentar enorme preocupação com a segurança nacional, por ser extremamente centralizadora, por reduzir a autonomia individual com a suspensão dos direitos e das garantias constitucionais e por tornar o Executivo o Poder mais forte da Federação.

Neste período, dois fatos se mostraram de extrema gravidade para a segurança interna do país: o agravamento da subversão interna do país e a doença que inutilizou o Presidente Costa e Silva.

Em razão dessas duas circunstâncias e, devido ao fato de encontrar o Congresso Nacional em Recesso em virtude da edição do AI 5 ,os Ministros Militares, através da Edição do Ato Institucional nº 12 assumiram as funções de Chefia do Estado.¹⁵⁶¹⁵⁷

Em 17 de Outubro de 1969, os Ministros Militares promulgaram um novo texto constitucional sob a forma de Emenda à Constituição modificando a Constituição de 1967 com a finalidade de legitimar o *status quo* reinante.

¹⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p.210.

¹⁵⁶ Um conflito entre o Governo e a Câmara dos deputados em dezembro de 1968 fez com que o governo editasse o Ato Institucional nº 5, que decretou o recesso do Congresso Nacional, que implicava no exercício do Poder Legislativo pelo Governo. Em razão dessa unificação de poderes, o Governo alterou em vários pontos a Constituição Federal de 1967. Do ponto de vista jurídico, o Ato institucional nº 5 é marcado, sob o ponto de vista jurídico, por um autoritarismo ímpar, tornando-se um marco histórico de um novo surto revolucionário. Editado em 13 de dezembro de 1968, o AI-5 autorizava o Executivo a fechar o Congresso, cassar mandatos, demitir e aposentar funcionários de todos os poderes. O governo podia legislar sobre tudo, e suas decisões não podiam ser contestadas judicialmente. Em dez anos, o AI-5 serviu de base para cassação de mais de 100 congressistas. A censura atingiu cerca de 500 filmes, 450 peças, 200 livros e 500 canções. (GASPARI, Elio. *A Ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras. 2002.)

¹⁵⁷ O Ato Institucional nº 12 não foi subscrito, como os anteriores, pelo Presidente da República, mas pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica. Para alguns constitucionalistas, dado o caráter revolucionário do Ato Institucional nº 12, este pode ser considerado a manifestação de um poder constituinte originário ao outorgar uma nova Carta que constitucionalizava a utilização dos Atos Institucionais anteriormente baixados.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Tal como a de 1967, foi uma Constituição do tipo instrumental, destinada tão somente a dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato; há, dentro dela, um núcleo, por assim dizer, tradicional, que reconhece as realidades históricas e políticas da formação nacional, e, por isso mesmo, é a sua parte duradoura; afora isso, o seu texto é de escassa, ou, mesmo, nenhuma importância¹⁵⁸

Quanto ao aspecto econômico, a Constituição de 1967 não fugiu à linha traçada pela Constituição de 1946. Antes, explicitou o que, na obra dos Constituintes de 1946 era sintetizado demais. O texto de 1969, por sua vez, de tessitura neoliberal, na realidade, era estatizante, intervencionista, e levava a um predomínio incontestável da atuação do ente estatal em todos os campos contrariando o espírito e à letra do texto.¹⁵⁹

Essa acentuada atuação do Estado na economia tinha como respaldo a doutrina da Segurança Nacional que, ao menos na prática, procurou garantir a igualdade material expressa pela dimensão econômica.

¹⁵⁸ *Op. cit.* p. 201.

¹⁵⁹ Apesar desta Constituição admitir a atuação do Estado no setor econômico apenas de forma supletiva ao setor privado, o mesmo atuou fortemente através da elaboração de planos econômicos determinantes, congelamento de preços e confiscos.

4.1.7 - A Constituição Federal de 1988

A Assembléia Nacional Constituinte foi instalada no dia 1º de fevereiro de 1987 sob a presidência do Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves. No dia 2 de fevereiro de 1987, o Deputado Ulisses Guimarães é eleito presidente da Constituinte.

Ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, a rigor, o que se fez foi convocar um Congresso Constituinte e não uma Assembléia Constituinte.

Conforme entendimento de José Afonso da Silva:

Finalmente, estabeleceu que a Constituição seria promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembléia Nacional Constituinte. Assim se fez. Mas ao convocar os membros da Câmara dos Deputados e do Senado federal, a rigor, o que se fez foi convocar, não uma Assembléia Nacional Constituinte, mas um Congresso Constituinte¹⁶⁰

De forma semelhante à constituinte de 1946, a Assembléia Nacional Constituinte iniciou seus trabalhos sem partir de um projeto previamente elaborado. A opção do constituinte brasileiro foi pela formação de vinte quatro comissões, incumbidas de dar início à elaboração da futura Constituição.¹⁶¹

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.* p. 82.

¹⁶¹ Os trabalhos se desenvolviam da seguinte forma: as subcomissões, após preparar os textos, remetia-os às oito comissões temáticas que, após fazer algumas correções, remetiam os anteprojetos para a Comissão de Sistematização.

A pulverização dos trabalhos em subcomissões sem a aprovação prévia de diretrizes fundamentais fez com que estas subcomissões optassem pela feitura de um trabalho detalhista, minucioso, receptivo a toda espécie de sugestões vindas de todos os cantos e seguimentos do país.¹⁶²

Conforme Sahid Maluf:

Adotou-se, regimentalmente, o sistema de formação de comissões e subcomissões temáticas, surgindo daí textos que refletiam as mais diversas correntes ideológicas e até interesses pessoais, e que posteriormente foram unidos para a formação do anteprojeto e do projeto constitucional. O resultado foi a impossibilidade de se conseguir um sistema harmônico de normas, que se refletiu em uma Constituição heterogênea, preocupada em harmonizar correntes corporativas diversas, exageradamente com a regulamentação de detalhes que melhor seriam tratados na legislação ordinária. Faltou uma linha mestra, uma espinha dorsal, uma harmonia quanto aos objetivos que serão buscados pelo texto.¹⁶³

Em determinado momento de sua elaboração, houve uma conscientização da maioria do plenário muito séria. Estes parlamentares perceberam que todos aqueles que não participavam da Comissão de Sistematização estavam praticamente excluídos dos grandes debates constitucionais bem como do processo decisório.

¹⁶² Muitos constitucionalistas disseram que, com esta perda de foco na elaboração do texto Constitucional houve uma espécie de divórcio entre o que era produzido e os reais anseios da nação. Outros entendem que os elaboradores de uma Constituição devem se limitar à declaração de diretrizes políticas gerais, sem se perderem em minúcias, pois todo detalhismo regulativo redundaria em totalitarismo normativo, com inevitável bloqueio das futuras opções conaturais ao processo democrático.

¹⁶³ *Op. cit.* p.367.

Em razão disso, no dia 10 de dezembro de 1988, o chamado “*Centrão*”, grupo formado por estes parlamentares aliados das discussões importantes da Assembléia Constituinte apresentaram em plenário projeto de alteração regimental que os fortalecia na Constituinte, permitindo a apresentação de novas emendas aos anteprojetos encaminhados à Comissão de Sistematização. Esta ruptura dentro da orientação que vinha prevalecendo no seio da Constituinte teve força equivalente a uma revolução democratizante.¹⁶⁴

No que pese todas estas dificuldades, a Constituição Federal de 1988 teve como ponto de consolidação a “abertura” política do país iniciada pelo Governo Geisel ao dar fim aos poderes extraordinários conferidos ao Presidente por força do Ato Institucional nº 5.

Além de romper com o passado autoritário, a atual Constituição teve o mérito de implantar um regime autenticamente democrático, com a implantação da alternância de poder, de modo a estancar o vezo revolucionário e golpista dos opositoristas. Implantou uma ampla liberdade política, fortaleceu a cidadania e enfatizou sobremaneira os direitos fundamentais.¹⁶⁵

No campo econômico sustentou, ambigualmente, princípios tradicionais do liberalismo político-econômico e da social democracia em flagrante descompasso com a nova ordem econômica mundial que então se prefigurava no horizonte internacional, ou seja, o neoliberalismo.

Conforme Orlando Soares:

Por ocasião dos trabalhos de elaboração de nossa Carta Política, não faltaram advertências aos constituintes, no sentido de que correríamos o risco de promulgar uma constituição já envelhecida em seus princípios, fundamentos e diretrizes, em face das

¹⁶⁴ Com esse movimento do chamado “Centrão” procurou-se criar uma Constituição verdadeiramente espontânea, feita de baixo para cima e de fora para dentro.

¹⁶⁵ Na expressão de Ulisses Guimarães é a “Constituição Cidadã”, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.

*iminentes transformações político –econômicas, no plano internacional, que então se anunciavam, como resultado dos ajustes interimperialistas, então celebrados, que resultaram na denominada globalização*¹⁶⁶

No mesmo sentido o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

*Não é difícil determinar as causas dessa desafeição dos governantes. Uma está exatamente no fato de que o detalhismo da Carta dificulta sobremaneira as mudanças de política, mormente econômico-financeira, que são reclamadas num tempo de globalização.*¹⁶⁷

Aludida Constituição disciplinou a ordem econômica de forma bastante analítica reservando para este tema o Título VII, denominado “*Da Ordem Econômica e Financeira*” . Este título, por sua vez, encontra-se dividido em quatro capítulos: Capítulo I - Dos princípios Gerais da Atividade Econômica, Capítulo II – Da Política Urbana, Capítulo III – Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária e Capítulo IV – Do Sistema Financeira Nacional.¹⁶⁸

O sistema Econômico – liberal brasileiro representa um delicado equilíbrio entre o “Estado Econômico”, lastreado no conteúdo “Constitucional Intervencionista” e a

¹⁶⁶ SOARES, Orlando. Op. cit. p.127

¹⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit. p.131

¹⁶⁸ O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 revela o perfil econômico do Estado brasileiro ao aduzir: “A ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” “ Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” Percebe-se, pois, que o Brasil adotou uma ordem capitalista híbrida onde as regras de economia de mercado dividem espaço com regras de cunho dirigista.

atividade dos particulares, fundamentada nos princípios da liberdade de iniciativa e no da liberdade de concorrência.

De acordo com André Ramos Tavares:

O posicionamento econômico da Constituição é capitalista. A essa conclusão se é levado pelo reconhecimento da legitimidade da apropriação privada dos meios de produção e de seu produto, bem como pela declaração do postulado da liberdade e, em especial, da livre iniciativa privada. Este conjunto certamente caracteriza o modelo de produção capitalista (ou seus elementos essenciais), o que não é afastado por poder eventual de interferência (incluindo a intervenção) econômica atribuída ao Estado, nem mesmo por circunstancial exploração direta de atividade de cunho econômico por parte deste, em condições consideradas excepcionais.¹⁶⁹

No mesmo sentido Miguel Reale:

É sabido que, antes dessa reforma constitucional, feita em boa hora pelo Congresso Nacional acolhendo proposta do Presidente FHC, a situação política do país era de difícil configuração, uma vez que, de um lado, a Constituição assumia posição francamente liberal, ao considerar al livre iniciativa um dos fundamentos do Estado, mas, do outro consagrava os mais odiosos monopólios no tocante à exploração do petróleo e do gás natural, sendo reservadas apenas aos brasileiros a pesquisa e a lavra de recursos minerais. Ficávamos assim suspensos entre o liberalismo e o estatismo, sem poder definir com firmeza os rumos políticos que deviam ser seguidos.¹⁷⁰

¹⁶⁹ *Op. cit.* p. 121.

¹⁷⁰ *Op. cit.* p.44.

Malgrado todos estas controvérsias, erros e acertos na elaboração da Constituição Federal, a Assembléia Nacional Constituinte deu vida ao chamado “*conteúdo social da Constituição*” ao elaborar uma série de princípios de direitos econômicos e sociais, ou seja, disposições concernentes ao direito dos trabalhadores, a estrutura econômica do Estado e ao estatuto dos cidadãos.¹⁷¹

A Constituição Federal de 1988 consagrou o modelo de Estado Social, onde há, necessariamente, a imposição de tarefas às pessoas e órgãos que exerçam atividade relacionada ao poder do Estado, mormente nas áreas de habitação, saúde, saneamento básico e educação.

Tratou-se, pois, de uma Constituição analítica e sobrecarregada, que possuía 345 artigos, entre disposições permanentes e provisórias, que refletia o claro propósito de abarcar em sua malha normativa todo o conjunto da vida social.

A atual Constituição condensou o progresso e as conquistas antecedentes do nosso constitucionalismo social. Tomou feição vanguardeira por colocar os direitos sociais na categoria daqueles que, em seu mínimo essencial, não podem ser objeto de Emenda Constitucional supressiva (art. 60, parágrafo 4º, inciso IV).¹⁷²

¹⁷¹ Adotou –se no Texto da Constituição a denominação “*Estado democrático de direito*”, sem o qualificativo “*social*” por questões meramente políticas uma vez que estava em pauta a aceção do “*Estado Democrático e Social de Direito*” nos trabalhos da Constituinte : era a redação constitucional proposta por parlamentares progressistas e democráticos. Setores conservadores não admitiram a inclusão do vocábulo social anteendo nele o caminho para o socialismo. O impasse foi resolvido pelo consenso: setores progressistas abdicaram a introdução daquela palavra na explicitação da forma do Estado Brasileiro, desde que os direitos e garantias, econômicas, sociais e culturais e outros pontos programáticos que avançassem a Constituição no campo proteção social, fossem aprovados. Os setores que negavam a aprovação da forma “*Estado Democrático e Social de Direito*” anuíram com essa proposta e foram incluídos na Constituição, como se sabe, a totalidade daqueles direitos e o Estado Democrático de Direito.

¹⁷² Art. 60, parágrafo 4º, inciso IV – “*Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais.*”

4.2 – A PREOCUPAÇÃO DO CONSTITUINTE DE 1988 EM DESTACAR, RECONHECER E POSITIVAR OS DIREITOS SOCIAIS E COLETIVOS.

A afirmação constitucional dos direitos sociais e coletivos se reveste de grande importância, uma vez que somente através dessa circunstância aludidos direitos adquirem sua primeira condição de eficácia jurídica. Com isso, busca-se fazer com que os direitos sociais e coletivos adquiram maior efetividade e respeito.

A necessidade de se positivar em âmbito constitucional os direitos coletivos *latu sensu*, conceitualmente divididos em difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos se deve ao aumento da complexidade das relações sociais, o surgimento de uma sociedade massificada e a absoluta ineficiência do modelo de direito processual clássico em suprir a demanda deste novo fenômeno social. Em razão disso, direito do consumidor, meio ambiente, e os direitos da criança e do adolescente ganharam *status* constitucional a fim de serem melhor defendidos e preservados.¹⁷³

À medida que avança o processo de transnacionalização dos mercados (insumos, produção, finanças e consumo), a coletividade já não pode mais ser vista como uma simples pluralidade de cidadãos livres e independentes encarados exclusivamente a partir de sua individualidade. Urge que se mude o foco, encarando estes cidadãos sob o aspecto coletivo para melhor defesa dos seus interesses.

Cumprido salientar que os direitos coletivos *latu sensu* descritos na Constituição Federal não representam um rol taxativo. A lei 7.347, de 24 de Julho de 1985, que trata da

¹⁷³ O artigo 81 da lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) define o que seja interesse difuso, coletivo e individual homogêneo ao estatuir: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I- interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

disciplina da ação civil pública, indica em seu artigo 1º, inciso IV que “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*” poderá ser defendido por aludido meio processual.

Orlando Soares define de forma precisa o caráter não taxativo dos direitos coletivos *latu sensu* ao estatuir:

*O conceito de direitos coletivos e difusos envolve múltiplos aspectos, que traduzem o esforço criativo, de natureza sócio-político-econômico, em defesa de interesses vitais à coletividade, pois dizem respeito a valores tais como a preservação do meio ambiente, belezas paisagísticas, patrimônio histórico, qualidade de vida, pureza dos alimentos, consumidor, e outros.*¹⁷⁴

No que diz respeito à normatividade constitucional dos direitos sociais no Brasil, esta teve início com a Constituição de 1934, sob a influência das Constituições de Weimar e a Mexicana de 1917, perpetuando seus postulados por todas as constituições que a sucederam.¹⁷⁵

Os direitos sociais se encontram descritos na atual constituição no artigo 6º e no artigo 7º, inc. I a XXXIV. São considerados direitos sociais: Educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a Assistência aos desamparados.¹⁷⁶

¹⁷⁴ *Op. cit.* p. 143.

¹⁷⁵ Os direitos sociais sequer foram pensados na fase liberal do Estado; passaram a merecer atenção e a ser implementados, ainda que de forma seletiva, na Etapa Social. Por isso, graças à atuação do Estado – ora mais agressiva, ora menos intensa- que os direitos sociais, antes reconhecidos apenas por indivíduos altruístas e generosos, lograram alcançar o *status* de direitos fundamentais.

¹⁷⁶ Os direitos sociais, além de serem considerados direitos fundamentais, são também considerados Fundamentos da República Federativa do Brasil conforme disposto no artigo 1º, inciso IV da Constituição Federal assim estatuído: artigo 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: IV – os valores sociais do trabalho, e da livre iniciativa*”

Em razão disso, conceitua-se direitos sociais como direitos de segunda geração que apenas poderão ser concretizados através de prestações positivas do Estado Social de Direito, buscando com isso concretizar uma isonomia substancial no sentido de melhores e adequadas condições de vida.¹⁷⁷

De acordo com José Afonso da Silva:

*Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com o direito de igualdade.*¹⁷⁸

Percebe-se, pois, que o objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação sob a forma de prestação de um serviço público. Em razão disso, a efetivação desses direitos não fica ao livre dispor da vontade dos juristas, uma vez que, substancialmente, estão ligados a fatores de ordem material como desenvolvimento econômico e disponibilidade de recursos.

¹⁷⁷ Paulo Gilberto Cogo Leivas constrói um interessante conceito de direito social ao aduzir: “Eles são, em sentido material, direitos a ações positivas fáticas, que, se o indivíduo tivesse condições financeiras e encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obtê-las de particulares, porém, na ausência destas condições e, considerando a importância destas prestações, cuja outorga ou não outorga não pode permanecer nas mãos da simples maioria parlamentar, podem ser dirigidas contra o Estado por força de disposição constitucional. (LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.. 2006. p.89.

¹⁷⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2005. p.183-184.

De acordo com Gilmar Mendes Ferreira:

Noutras palavras, como os direitos sociais demandam medidas redutoras de desigualdades – não por acaso o velho Marx dizia que igualdade é igualação – e essas medidas dependem quase que exclusivamente de investimentos estatais, até porque a solidariedade não é algo que se possa impor a mentes e corações egoístas, por tudo isso, o grande problema para a efetivação desses direitos reside mesmo é na escassez de recursos para viabilizá-los.¹⁷⁹

Portanto, para a efetivação dos direitos coletivos *latu sensu* e dos direitos sociais não basta a mera positivação dos mesmos no Texto Magno. Há que se criar condições econômicas e materiais (desenvolvimento econômico e incrementação dos serviços públicos) para o gozo e preservação desses direitos bem como o auferimento da tão almejada igualdade real.¹⁸⁰

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 761.

¹⁸⁰ De acordo com José Afonso da Silva: “A Constituição declara que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e os princípios que indica, entre os quais a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades sociais, a busca do pleno emprego. Tudo, como se vê, voltado à realização dos direitos sociais do homem. Mas a verdade é que a existência digna aí prometida não será autêntica e real quando não se construírem as condições econômicas que assegurem a efetividade desses direitos.” SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular. Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 205-206.

4.3- CONTEXTO POLÍTICO EXTERNO EM 1988

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1998, três grandes fatores históricos influenciaram a situação geopolítica mundial transformando, substancialmente, a relação entre as Nações, notadamente nas questões políticas, sociais e econômicas.

Estes fatores foram: a chegada de Mikhail Gorbachev ao poder na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) em 1985 e o seu conseqüente desbaratamento em 1991 e, por último, a queda do muro de Berlim em 1989.

Gorbachev, ao tomar posse como presidente executivo da extinta URSS, promoveu dois grandes processos reformistas de amplo espectro que implicou em grandes mudanças na sociedade soviética com alteração no quadro mundial de equilíbrio de poder. Essas mudanças foram chamadas de “*Perestroika* e “*Glasnost*” .

A “*Perestroika*”, de caráter econômico, implicou no início da integração da URSS à economia de mercado, enquanto que a “*Glasnost*”, de caráter eminentemente político, buscou quebra do monopólio do partido único.¹⁸¹

Ambos os processos, estreitamente ligados, procuravam reduzir a ineficiência e a corrupção reinantes no país além de incentivar a liberalização política do regime. No plano externo, a “*Perestroika*” e a “*Glasnost*” contribuíram para o fim do controle soviético sobre os países do bloco oriental europeu, assumiu uma postura de maior neutralidade em relação aos conflitos no terceiro mundo e redimensionou a URSS nas relações com o mundo capitalista em geral.

¹⁸¹ Octavio Ianni sintetiza de forma didática estes dois movimentos ao estatuir: “*A Perestroika pôs em prática mudanças profundas na estrutura do sistema econômico soviético, com a substituição dos mecanismos da economia centralmente planejada pelos mecanismos da economia de mercado. E a glasnost inaugurou a democratização, a quebra do monopólio da vida política nacional pelo Partido Comunista, o abandono do esquema Estado – Partido – Sindicato, a transparência das relações políticas.*” (IANNI, Octavio. Op. cit. p. 12)

Conforme palavras do próprio Mikhail Gorbachev :

*Não nos limitamos a reavaliar a realidade de um mundo multifacetado e multidimensional e a analisar apenas as diferenças de interesse entre os vários Estados. Chegamos ao âmago da questão: a tendência, cada vez mais acentuada de interdependência entre todos os Estados da comunidade mundial. Essa é a dialética do momento de desenvolvimento que vivemos.*¹⁸²

Tanto a “*Perestroika*” como a “*Glasnost*” colocaram a URSS numa postura totalmente nova em relação ao ocidente e ao mundo capitalista bem como aos valores da democracia..

Com a chegada destes dois movimentos, aliado ao clima de maior liberdade que o povo passou a viver, vieram à tona sentimentos nacionalistas em várias das repúblicas soviéticas que, desde a época de Stalin, haviam sido duramente reprimidos.

Essa maior liberdade de expressão fez com que houvesse a erupção de movimentos no sentido de rever as fronteiras internas do país fazendo com que a URSS caminhasse, de forma inexorável, para a desintegração política.

Aproveitando-se do golpe frustrado que tentou tirar Gorbachev do poder, várias repúblicas que já vinham reivindicando soberania ou independência aceleraram esse processo. As repúblicas bálticas (Lituânia, Letônia e Estônia) foram as primeiras a conseguirem independência total.¹⁸³

¹⁸² GORBACHEV, Mikhail. *Perestroika – novas idéias para o meu país*. São Paulo: Círculo do Livro. 1998. página 157

¹⁸³ Em 8 de dezembro de 1991, na cidade de Brest, cidade da Bielo – Rússia, os presidentes do Chamado grupo eslavo (Rússia, Bielo Rússia e Ucrânia) divulgaram ao mundo o seguinte comunicado : “*Declaramos que a URSS, como sujeito de direito internacional e realidade geopolítica, deixa de existir.*”.

Em 1989, a queda do Muro de Berlim significou um vendaval sobre os países do “socialismo real” colaborando para a unificação das duas Alemanhas.

O muro de Berlim simbolizava a divisão do mundo em dois blocos: Berlim Ocidental (RFA) simbolizava os países capitalistas, encabeçado pelos EUA; enquanto que Berlim Oriental (RDA) simbolizava os países socialistas que estavam sob a esfera de influência do regime soviético.

Sua queda, em 9 de novembro de 1989, ato inicial da reunificação das duas Alemanhas, implicou no fim da divisão do mundo em dois blocos, no fim da “guerra fria” e no fim de um ciclo de luta de classes, em escala mundial, iniciado emblematicamente com a Revolução Soviética.¹⁸⁴

4.4 - CONTEXTO POLÍTICO INTERNO EM 1988

A Constituição Federal de 1988, quando promulgada, não se contentou apenas em regular a divisão de poderes entre as várias agências do governo e definir as relações entre os povos mas, seguiu uma tendência das constituições em voga no século XX que consistia em consagrar o dirigismo econômico.

O caráter analítico do Texto constitucional tinha por objetivo assegurar que os abusos perpetrados durante a ditadura, como a censura e a perseguição política, não mais voltassem à tona.

¹⁸⁴ Conforme palavras do ex- Presidente da República Fernando Henrique Cardoso : “ *É certo que a Constituição votada nasceu a destempo: era estatizante e corporativa, e isso às vésperas da queda do muro de Berlim e da virada anticorporativista de boa parte das próprias esquerdas mundiais. É certo, como diziam o Presidente Sarney e o último de seus ministros da Fazenda, Mailson de Nóbrega, que o regime fiscal criado sufocaria o governo federal. Isso só não ocorreu porque a União passou a usar o aumento das “contribuições sociais” como válvula de escape, vinda, isto sim, a sufocar a sociedade com o peso dos tributos.*” (CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política – a história que vivi*.3.ed. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira. 2006.)

Em razão dessas chagas deixadas por um longo período ditatorial, os constituintes optaram por criar um Estado dadivoso, destinado a resgatar a chamada “dívida social”, relegada a segundo plano nos chamados “anos de chumbo”.

Conforme reportagem da revista Veja:

A Constituição de 1988 foi “uma festa cívica custosa”, na síntese, precisa, de Maílson da Nóbrega. O ex-ministro da Fazenda refere-se, entre outras coisas, ao vício do “garantismo” na Carta. O que foi isso? Foi a tentativa de garantir pelo texto constitucional “direitos sociais” a todos sem se preocupar em legislar também sobre como dar aos agentes econômicos o ambiente necessário para a criação de riqueza em volume suficiente para materializar os benefícios. Essa miopia tem origem no inebriamento dos constituintes com a sua crença no efetivo poder político de mudança, a força moral de estar do lado dos mais fracos e a ansiedade de fazer história, livrando a nação do “entulho autoritário” de duas décadas de regime militar”¹⁸⁵

Nada foi mais modificado no Texto Constitucional de 1988 do que os artigos que tratavam, de forma direta ou indireta, da economia.

Luís Roberto Barroso é bastante preciso ao demonstrar a necessidade do Estado Brasileiro de se alinhar com o contexto geopolítico ao aduzir:

A despeito de seus discutíveis antecedentes, o Estado foi depositário de uma série de

¹⁸⁵ Revista Veja. Editora Abril. Edição 2081. Ano 41. nº 40. 8 de outubro de 2008.

expectativas do constituinte de 1988. A verdade, todavia, é que tal modelo de maior intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do Estado como protagonista do processo econômico. Além da simbologia radical da queda do muro de Berlim, a verdade inafastável é que mesmo em países de tradição social participativa, como Reino Unido e França, houve uma inequívoca redefinição do papel do Estado.¹⁸⁶

No que pese as boas intenções dos constituintes ao elaborarem o novo Texto Magno, várias emendas tiveram de ser editadas para corrigir os erros econômicos produzidos pela Assembléia Constituinte no sentido encorajar os investimentos externos, aumentar o crescimento do país e os ganhos de produtividade das empresas, uma vez que aludidas leis encontravam-se em flagrante descompasso com as diretrizes da economia mundial.

4.5 – CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE (PROGRAMÁTICA) – PRINCIPAL CARACTERÍSTICA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Em âmbito doutrinário, podemos afirmar que a atual Constituição brasileira caracteriza-se por ser escrita (quanto à forma), rígida (quanto à mutabilidade), formal (quanto ao conteúdo) e promulgada (quanto à origem). Todavia, o traço mais marcante desta Constituição, reside no fato dela ser uma Constituição – dirigente.¹⁸⁷

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I. 2ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006. p. 398.

¹⁸⁷ O constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho traz uma interessante classificação das Constituições quanto à sua Função, dividindo-a em : (a) *Constituição – garantia* – aquela que visa garantir a liberdade, limitando o poder; (b) *Constituição – balanço* – aquela que reflete cada estágio do compromisso socialista, ou seja, a cada novo degrau da evolução socialista, haveria um novo texto constitucional e, por último, (c) a *Constituição – dirigente* – que traz um projeto de Estado, apresenta compromissos sociais e fornece meios

A construção da idéia de Constituição–dirigente nasceu da tese de doutoramento do Professor José Joaquim Gomes Canotinho defendida na Alemanha e intitulada “*Constituição-Dirigente e vinculação do legislador*”. Aludida dissertação foi escrita sob o impacto da Constituição portuguesa influenciando sobremaneira a Constituição Federal de 1988.

Constituição Dirigente, também denominada diretiva ou programática, é aquela que define fins e programas de ação futura no sentido de sedimentar uma orientação social democrática. Trata – se de um bloco de normas constitucionais abertas que buscam definir fins e tarefas para o Estado que, paulatinamente, foram esvaziados pelo Modelo de Estado Liberal.

De acordo com o próprio Canotilho:

*A magna carta de um país não se deveria reduzir a um esqueleto organizatório dos poderes do estado, antes devia fixar os fins e tarefas da ação dos poderes públicos e radicam os direitos fundamentais dos indivíduos, desde os clássicos direitos individuais de defesa até os modernos direitos a prestações sociais e econômicas.*¹⁸⁸

A Constituição Dirigente tem por origem a filosofia iluminista que aspira propor, em âmbito Constitucional, um programa político racional e um plano de realização da sociedade como forma de atingir a tão almejada justiça Social.

para sua execução. (FERREIRA FLHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 13.

¹⁸⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*”. Coimbra: Almedina. 2006. p.208-209

As normas previstas na Lei Maior que mostram o seu caráter dirigente são traduzidas em princípios, esquemas genéricos ou simplesmente programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade do legislador ordinário.

Acerca da Constituição Dirigente, aduz Celso Ribeiro Bastos:

Querem ser – e efetivamente o são – objetos úteis na antecipação do futuro. Almejam um papel conformador do porvir. Procuram fornecer parâmetros para a atuação do Estado, de molde a que os fins fundamentais da organização política já estejam definidos na Lei Maior. É, sem dúvida, uma tentativa de subjugar a política numa intensidade que não ousaram as primeiras Constituições. Surge para o legislador o dever de legiferar, e não apenas a competência para tanto. De tudo emerge uma Constituição denominada diretiva ou dirigente, com o que se pretende significar este seu caráter de elemento consubstanciador de diretrizes, rumos e vetores a serem impressos na ação estatal ¹⁸⁹

Todavia, os postulados preconizados por Canotilho sobre a Constituição-Dirigente não se encontra isento de críticas.

Seus críticos aduzem que várias das práticas sociais insculpidas no Texto Magno não podem ser efetivadas em razão da falta de recursos materiais para implementá-las. Em razão disso, o Estado não pode ser indiferente aos novos atores sociais (multinacionais, ordens profissionais, ONGs e etc) e ao surgimento de novas forças

¹⁸⁹ *Op. cit.* p. 124/125.

emergentes (mercado, empresa, sistema de telecomunicações, informática etc), todas aptas a implementar os direitos implementados na Constituição.¹⁹⁰

Aduzem ainda que, com a supranacionalização e a internacionalização do direito, muito da força do Estado e, conseqüentemente, da Constituição, encontram – se esvaziados.

De acordo com o próprio Canotilho, a Constituição – dirigente somente deixará de existir quando ela tornar-se alheia aos processos de abertura do Direito Constitucional, ao Direito Internacional e aos direitos supranacionais. Ela não pode mais se assentar numa dinâmica de “Proibição de efeitos externos”, mas sim aceitar a idéia de um outro - os outros indivíduos, os outros homens, a sociedade.

Neste sentido o entendimento do constitucionalista Canotilho:

A este propósito, penso que as Constituições nacionais, agrade-nos ou não esta idéia, estão hoje em rede. Em termos de inter-organizatividade, elas vêm ‘conversando’ com outras Constituições e com esquemas organizativos supranacionais, vão desbancando algumas normas, princípios das próprias Constituições Nacionais. Neste aspecto, pode falar-se de fraqueza das constituições nacionais: quem passa a mandar, quem passa a ter poder são os textos internacionais. Mas a directividade

¹⁹⁰ Alguns constitucionalistas vão mais além ao afirmar que a Constituição – dirigente é um produto acabado de um projeto da modernidade onde o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, devendo mover-se dentro do enquadramento constitucional. Com esse dirigismo, ela deixa de se atentar para a para a complexidade da sociedade originando o chamado “ *imperialismo programático – constitucional*”.

*programática permanece, transferindo para estes*¹⁹¹

Com essa posição, entende-se que o constitucionalista Canotilho retirou o aspecto revolucionário da Constituição – Dirigente, não mais colocando seus postulados dentro de um país soberano, mas sim dentro de um tratado internacional, de convenções nacionais.

Os direitos sociais insculpidos na atual constituição possuem eficácia limitada (efeito típico das Constituições – dirigentes) uma vez que, para que possam ser plenamente eficazes (possam ser aplicados a casos concretos e produzir todos os seus efeitos jurídicos) necessitam de legislação infraconstitucional.

Acerca do caráter programático das normas que estatuem direitos de conteúdo social, Jacqueline Sophie P. G. Frascati é bastante clara ao aduzir:

Levando-se em consideração as classificações das normas jurídico – constitucionais, tais normas são da classe programática e não exeqüíveis por si mesmas. Programática porque sintetizadoras dos fins ou objetivos do Estado e direcionadas à transformação da ordem jurídica e das estruturas sociais, e não exeqüíveis por si mesmas porque a realização de tais objetivos não está suficientemente determinada nas referidas normas – ou seja, as normas não contêm os elementos mínimos necessários para assegurar a sua aplicabilidade -, dependendo de outras normas que

¹⁹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003. 15 p.

*venham dispor dos instrumentos e vias adequadas para levá-las a efeito.*¹⁹²

Em razão dessa característica maior do nosso Texto Constitucional, a lei se tornou o mandamento de maior destaque na vida política do país. Com isso, a lei deixa de ser um mero regulador das situações de conflito que porventura surjam no seio da sociedade, para ser um agente transformador, apto a impor mudanças sociais e democráticas.

Conforme Maria Garcia:

*No moderno ‘Estado Social’, ‘Estado de Prestações’, ‘Estado Distribuidor’, ou como se queira chamar, enfatiza Bachof, vamos encontrar a lei como ato de conformação política orientado para um fim, uma medida determinada para superar a situações concretas e por isso planejada a curto prazo e negociada comumente no conflito de grupos contrapostos de interesses.*¹⁹³

Todavia, as constituições dirigentes pagam um alto preço em virtude da baixa densidade semântica de seus enunciados, o que as tornam muitas vezes inaptas a gerar os efeitos normais de uma regra jurídica.¹⁹⁴

¹⁹² “ *A força jurídica dos direitos sociais, econômicos, e culturais a prestações : apontamentos para um debate*”. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 63. São Paulo : RT. 2008. p. 81-129.

¹⁹³ GARCIA, Maria. *Desobediência Civil*. 2.ed. São Paulo: RT. 2004. p. 284-285.

¹⁹⁴ José Afonso da Silva faz uma classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia da seguinte forma: (a) Normas de eficácia plena – São aquelas que contém todos os elementos necessários e suficientes para sua imediata e integral aplicação, sem que haja necessidade de qualquer integração legislativa infra constitucional. São , portanto, sob este ponto de vista , normas fortes, que não podem ser enfraquecidas , quer pelo legislador ordinário, quer pela Administração Pública. (b) Normas de eficácia contida - são aquelas dotadas de eficácia prospectiva, ou seja, possuem eficácia total e imediata, porém, com o advento de norma infraconstitucional integradora, haverá uma restrição no seu campo de abrangência. Em suma, são normas fortes que podem ser reduzidas pelo legislador infraconstitucional. (c) Normas de eficácia limitada – são aquelas que não produzem todos os seus efeitos de imediato, necessitando de um comportamento legislativo

Para muitos juristas, a crise das normas constitucionais programáticas que permeiam o nosso texto Constitucional se deve à relutância do Poderes Legislativo e Executivo em cumprir com os seus ditames.

4.6 - A INEFICIÊNCIA DO MODELO DE CONSTITUIÇÃO – DIRIGENTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.

Os direitos sociais, enquanto direitos sujeitos a prestações positivas por parte do Estado possuem um custo elevado, principalmente quando comparados com os direitos, liberdades e garantias de primeira dimensão que exigem uma prestação negativa, de não atuação por parte do Estado. Em virtude disso, entende-se que há um limite fático intransponível que dificulta sobremaneira a efetivação dos direitos sociais.

Este limite fático encontra guarida no chamado Princípio da Reserva do Possível – que tem especial incidência no terreno da saúde e da educação – onde se entende que a efetivação dos direitos sociais ficam na dependência das forças do erário público e de previsão em lei orçamentária.¹⁹⁵

Flávio Pansieri explicita de forma bastante didática o Princípio da Reserva do Possível ao aduzir:

infraconstitucional para seu integral cumprimento. São, portanto, normas de eficácia fraca (mediata) que somente serão fortalecidas com o advento de norma intercalar infraconstitucional. Estas normas de eficácia limitada, por sua vez, e subdivide em “normas constitucionais de princípio institutivo” e “normas constitucionais de princípio programático”.(SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2.ed. São Paulo: RT. 1982. p.55 -116.)

¹⁹⁵ De acordo com o artigo 196 e 205 da Constituição Federal: “art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”; “ art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Neste momento surge outro condicionante importante a implementação dos Direitos Sociais a chamada reserva do possível, ou seja, a implementação dos Direitos Sociais dependerá do nível de desenvolvimento econômico, social, científico e cultural de cada Estado, por esta razão se diz que os Direitos Sociais são de satisfação progressiva. Porém, a reserva do possível não significa que os Direitos Sociais somente serão implementados de acordo com os recursos ditos disponíveis pelos administradores, verificar-se-á a aplicação dos mínimos exigidos pela Constituição, bem como a impossibilidade de retrocesso social¹⁹⁶

No mesmo sentido o entendimento de Carlos Flávio Venâncio Marcilio:

De fato, os recursos da sociedade, incluindo-se aí a disponibilidade financeira, são escassos, o que significa que o Estado não pode atender a todos os anseios da sociedade. Surge, então a necessidade de administrar de maneira adequada e eficiente os recursos escassos da sociedade para promover o maior bem social possível. Porém, como não é possível satisfazer todos os desejos sociais, o Estado, como administrador dos recursos, deve fazer escolhas acerca de quais

¹⁹⁶ PANSIERI, Flavio. *Condicionantes à Sindicabilidade dos Direitos Sociais*. Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo, e desenvolvimento em países periféricos. (Orgs.) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e, Martonio Mont'alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar. 2006. p. 188.

*necessidades atender e de quais necessidades abrir mão ou de atender de maneira deficiente. Como consequência da escassez de recursos financeiros, deve-se admitir que os direitos não são absolutos. Os direitos não podem ser absolutos porque os recursos financeiros do Estado são limitados, o que implica a impossibilidade de concretização e efetivação de todos os direitos, ou seja, existirão direitos sacrificados pela reserva do financeiramente possível. Reconhece-se que o sacrifício de direitos é lastimável, porém é uma consequência natural da escassez de recurso.*¹⁹⁷

Os doutrinadores que pugnam pela plena efetivação dos direitos sociais alegam que a excessiva importância dada aos recursos financeiros, além de impossibilitar a realização desses direitos criam uma acomodação do Estado nos seus diversos níveis, estendendo seus efeitos para todos os setores que tratam diretamente com esta espécie de direitos.

Alegam ainda que, quando o Estado alega falta de recursos para implementação desses direitos ele recai num erro duplo: desrespeito aos direitos sociais (que é uma das espécies de Direitos Humanos) e desrespeito às normas constitucionais de planejamento orçamentário de curto, médio e longo prazo. Com isso, ele não pode valer-se da própria torpeza para se beneficiar.

Todavia, o Princípio da Reserva do Possível tem prevalecido em vários tribunais do país, limitando a efetivação desses direitos.

¹⁹⁷ MARCILIO, Carlos Flavio Venâncio. *O custo dos direitos e a concretização dos direitos sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT. Vol 66. jan-mar. 2009. p.162

Neste sentido, a decisão do TJMG:

1.0000.06.443.869-0/000(1) Ementa. Mandado de segurança. Fornecimento de medicamento. Prova do direito líquido e certo. Legitimidade passiva do estado. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder.(...) Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso por parte da autoridade que não fornece medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública. A competência para decidir sobre alocação de recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes. Dês. Albergaria Costa.04.07.2007

Os direitos sociais, para que sejam efetivados na sua plenitude, vinculam todos os Poderes constituídos, cada um em diferente grau. O legislador, à sua concretização (e não lesão), e o administrador e o juiz à sua observância (seja para o fim de realizá-los ou não lesioná-los). Em suma, o legislador deve proceder à sua concretização, enquanto que o administrador e o juiz à sua realização.¹⁹⁸

¹⁹⁸ Conforme amplo entendimento doutrinário, os direitos sociais possuem duas dimensões: (a) *dimensão subjetiva* - nesta dimensão, os direitos sociais possuem eficácia jurídica limitada, reduzida, tendo em conta que, para que sejam plenamente aplicáveis, devem ser concretizados pelo legislador; (b) *dimensão objetiva* -

4.7 - A INEFICIÊNCIA DO MODELO DE CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE EM FACE DO MANDADO DE INJUNÇÃO E DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.

Sob o ponto de vista jurídico, dois instrumentos legais foram criados para forçar os legisladores a criarem as normas necessárias para dar concretude às normas constitucionais de eficácia limitada de conteúdo social e coletivo. Trata-se do **mandado de injunção** e da **ação direta de inconstitucionalidade por omissão**.¹⁹⁹

Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Exacerbação do papel prospectivo da Constituição é o modelo chamado de Constituição – Dirigente, que entre nós ganhou acolhida como instrumento visando a implantação do socialismo. De fato, na elaboração da Lei Magna de 1988 houve quem pretendesse, inspirando-se no texto da Constituição Portuguesa promulgada em 1976 e nas idéias expostas por Canotilho, em “Constituição Dirigente e vinculação do legislador”, assumir-se ela este caráter dirigente. Uma constituição Dirigente caracteriza-se por preordenar a atuação dos governos que assumam o Poder num sentido predeterminado.

sob este aspecto, os direitos sociais possuem eficácia vinculativa, o que significa dizer que, independentemente de tais direitos serem suscetíveis ou não de aplicação direta, todos os órgãos constituídos se encontram, em diferentes medidas a ele vinculados.

¹⁹⁹ No pese que a existência de outros instrumentos legais para dar concretude às normas constitucionais limitadas de conteúdo social, o presente trabalho restringirá seu estudo a apenas estes dois *writs* constitucionais.

*Para tanto, hão de existir nela mecanismos como a ação de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de injunção, que dêem caráter cogente a seus programas e planos*²⁰⁰

O Mandado de Injunção é um remédio constitucional de natureza civil que busca suprir uma omissão do Poder Público com o objetivo de tornar viável o exercício de um direito, uma liberdade ou das prerrogativas respeitantes à nacionalidade, soberania e cidadania previstos em âmbito constitucional.²⁰¹

Trata-se de um *writ* constitucional introduzido pelo Constituinte originário de 1988 onde não existe paradigma no direito alienígena.²⁰²

Conforme o disposto no artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

Aludido *writ* destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais frustrados pela inércia do Poder Público. Embora não haja previsão legal, a jurisprudência vem admitindo a impetração de Mandado de Injunção Coletivo, sendo legitimados para sua interposição as mesmas entidades às quais a Constituição Federal de 1988 deu possibilidade para o ajuizamento do Mandado de Segurança Coletivo.

²⁰⁰ *Op. cit.* p. 72.

²⁰¹ A soberania referida no Mandado de Injunção é a soberania popular, expressa no artigo 14 da Constituição Federal e não a Soberania do Estado, invocável apenas pelo próprio Estado no exercício deste seu atributo.

²⁰² Alguns invocam o *writ of injunction* do direito norte-americano como origem histórica do Mandado de Injunção. Nada tem este de semelhante com *writ americano*, exceto o termo injunção. O *writ of injunction* consiste num mecanismo jurídico pelo qual se determina a alguém que se abstenha de fazer alguma coisa ou de continuar a exercer dada atividade, uma vez que isto produziria dano irreparável.

De acordo com Hely Lopes Meirelles:

*O objeto, portanto, desse mandado é a proteção de quaisquer direitos e liberdades constitucionais, individuais ou coletivos, de pessoa física ou jurídica, e de franquias relativas à nacionalidade, à soberania popular e à cidadania, que torne possível a sua fruição por inação do Poder Público em expedir normas regulamentadoras pertinentes.*²⁰³

Em âmbito constitucional, injunção seria o ato de exigir o suprimento, através do Poder Judiciário, de lacuna normativa infralegal.²⁰⁴

Conforme Walter Ceneviva:

*Mandado significa ordem escrita expedida por magistrado. Injunção sempre correspondeu ao ato de impor, de exigir. A finalidade da ordem judicial possível no mandado consiste e determinar o suprimento da falta de norma regulamentadora, sob pena de vir a se emitida pelo Poder Judiciário.*²⁰⁵

A competência para o julgamento do Mandado de Injunção encontra-se disposta nos artigos 102, I, “q” e II “a”, artigo 105, I, “h” e 121, parágrafo 4º, V da Constituição Federal. Com isso, o Constituinte optou por concentrar o julgamento do Mandado de

²⁰³ MEYRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 24 ed. São Paulo: Malheiros. 2002. p.243

²⁰⁴ A omissão que enseja a propositura do Mandado de Injunção pode ser de duas formas: (a) *Omissão Absoluta*, quando há ausência de norma infralegal e (b) *Omissão Parcial*, quando há cumprimento imperfeito ou insatisfatório do dever constitucional de legislar.

²⁰⁵ CENEVIVA Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p.88.

Injunção nos Tribunais Superiores por dois motivos: evitar a dispersão do poder decisório e manter uma uniformidade de critérios na integração das lacunas.²⁰⁶

A repartição da competência levou em consideração a fonte de onde deveria ter emanado a norma faltante.

O legitimado ativo é o titular do direito cujo exercício encontra-se obstado por ausência de norma regulamentadora. O legitimado passivo, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, é a autoridade ou órgão omissor, sem incluir a parte privada ou pública devedora da prestação.

Quanto ao conteúdo, o significado e a amplitude das decisões proferidas no Mandado de Injunção doutrina e jurisprudência tratam deste assunto de forma diferenciada. Em virtude dessa divergência, surgiram duas correntes para tentar explicar os seus efeitos: uma chamada de “Teoria Concretista” e a outra chamada de “Teoria Não Concretista”.

Os defensores da Teoria Concretista defendem que a sentença prolatada no Mandado de Injunção teria natureza constitutiva, no sentido de permitir ao autor lesado que, em não sendo criada a norma regulamentadora no prazo fixado, o Tribunal outorgaria ao mesmo o direito obstado pela lacuna normativa ou autorizaria o lesado a ajuizar ação de indenização com base no direito comum.

²⁰⁶ Artigo 102. “Compete ao Supremo Tribunal federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: q) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, Da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal, II – julgar, em recurso ordinário: a) o habeas corpus, o mandado de segurança, o hábeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão;” Artigo 105. “Compete ao Superior Tribunal de justiça: I – processar e julgar originariamente: h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;” Artigo 121. “Lei Complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais. Parágrafo 4º Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando: V- denegarem habeas corpus, mandado de segurança, hábeas data ou mandado de injunção.

Os defensores da Teoria Não Concretista, por sua vez, preconizavam que o provimento judicial no Mandado de Injunção teria natureza mandamental, onde se buscava apenas estimular o órgão omissor a produzir a norma faltante. Para eles, aludido *writ* não se destina a constituir direito novo nem a forçar o Poder Judiciário a desempenhar funções normativas.²⁰⁷

No início dos julgamentos envolvendo o Mandado de Injunção, haja visto o julgamento do Mandado de Injunção 107-3-DF, considerado um *leading case* na matéria, preponderou o entendimento propalado pelos Não Concretistas.²⁰⁸

De acordo com o teor do acórdão, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves:

É ele (o MI)... ação que se propõe contra o Poder, órgão, entidade ou autoridade omissos quanto à norma regulamentadora necessária à viabilização do exercício dos direitos, garantias e prerrogativas a que alude o artigo 5º. LXXI, da Constituição, e que se destina a obter sentença que declare a ocorrência da omissão constitucional, com a finalidade de que se dê ciência ao omissor dessa declaração, para que adote as providências necessárias, à semelhança do que ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, da Carta Magna), com a determinação, se for o caso, da suspensão de processos judiciais ou administrativos, se tratar de

²⁰⁷ Para os Não Concretistas, os efeitos da sentença no Mandado de Injunção deveriam ser semelhantes aos efeitos da sentença prolatada nas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade por Omissão (Adin por Omissão).

²⁰⁸ Acerca do MI – 107, asseverou Kaline Ferreira Davi que: “O grande obstáculo a essa tarefa realizadora das prestações sociais advém do esvaziamento do instrumental que foi posto à disposição do povo pela Constituição Federal, o que ocorre com a colaboração ativa do judiciário brasileiro, como se deu no caso do Mandado de Injunção, importante remédio constitucional contra a omissão do legislativo e que, por força de uma decisão do Supremo Tribunal Federal foi reduzido a um nada jurídico.” DAVI, Kaline Ferreira. *O direito administrativo, os atos de governo e os direitos sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT. Ano 16. jan./mar. 2008. vol. 62.p. 212.

direito constitucional oponível ao Estado, mas cujo exercício está inviabilizado por omissão deste.

Com isso, além do reconhecimento formal da omissão normativa, a concessão do *writ* implicava, tão somente, na cientificação do estado de mora ao órgão inadimplente, não competindo ao Poder Judiciário prover a medida normativa requerida pela Constituição.

Todavia, após o julgamento deste acórdão, o Supremo Tribunal Federal passou a promover alterações significativas neste instituto, conferindo-lhe, por conseguinte, conformação mais ampla do que até então era admitida.

No Mandado de Injunção nº 283 (Relator Ministro Sepúlveda Pertence), o Supremo Tribunal Federal estipulou prazo para que fosse suprida a lacuna relativa à mora legislativa, sob pena de assegurar ao prejudicado a satisfação dos direitos negligenciados.²⁰⁹

No Mandado de Injunção nº 232 (Relator Ministro Moreira Alves) o Tribunal reconheceu que, passados 6 (seis) meses sem que o Congresso Nacional editasse a lei referida no artigo 195, parágrafo 7º da Constituição Federal, o requerente passaria a gozar da imunidade constitucionalmente assegurada.²¹⁰

Através desses dois acórdãos, percebe-se que o Supremo Tribunal federal afastou-se da orientação inicialmente perfilhada, sinalizando para uma nova compreensão do instituto no sentido de buscar uma solução “normativa”, o que o aproxima do entendimento da corrente Concretista.

²⁰⁹ “Mando de Injunção : mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8º, parágrafo 3º, ADCT : deferimento parcial, com estabelecimento de prazo para purgação da mora e, no caso subsista a lacuna, facultando o titular do direito obstado a obter, em juízo, contra a União, sentença líquida de indenização por perdas e danos” (DJU, 14.11.91,p.16.355-6.

²¹⁰ “Mandado de Injunção conhecido, em parte e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, parágrafo 7º, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (DHU, 27.03.92. p.3800)

Apesar desta nova postura da principal Corte do país no sentido de dinamizar o *writ* em comento, não se deve perder de vista que os efeitos da sentença por ele produzidos alcançará apenas as partes em litígio (efeito *inter partes*). Em razão disso não se pode falar, pelo menos no presente momento, que os efeitos da sentença no Mandado de Injunção são aptos a dar concretude aos direitos sociais positivados na atual Constituição.

A ação de inconstitucionalidade por omissão, por sua vez, tem por objetivo dar plena eficácia às normas constitucionais que dependam de complementação infraconstitucional para produzir efeitos.

Trata-se de um instituto jurídico originário da Constituição da Iugoslávia de 1974, previsto nos seus artigos 376 e 377. Possui influência direta na Constituição Federal de 1988 através do disposto no artigo 283 da Constituição de Portugal bem como do Direito Alemão.

Aludido *writ* em comento é mais abrangente que o Mandado de Injunção uma vez que pugna pela defesa da ordem jurídica além de apresentar caráter abstrato (genérico), exercer o controle concentrado de inconstitucionalidade e produzir sentença com efeito *erga omnes*.

De acordo com Pedro Lenza:

A ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão tem por escopo a defesa da ordem fundamental contra condutas com ela incompatíveis. Não se destina, pela própria índole, à de situações individuais ou de relações subjetivas, mas visa precipuamente, à defesa da ordem jurídica. Os legitimados agem como advogados do interesse público ou, para usar

*expressão de Kelsen, como advogados da Constituição.*²¹¹

Aludido remédio constitucional busca combater as omissões de cunho normativo fazendo com que todas as normas constitucionais obtenham eficácia plena. Busca-se com isso combater a chamada “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, efeito colateral das Constituições- Dirigentes.

A ação de inconstitucionalidade por omissão é cabível quando ocorre inércia absoluta na edição da norma infraconstitucional ou quando há atuação insuficiente ou deficiente do legislador infraconstitucional. Neste último caso, a norma existe, todavia, não a ponto de satisfazer plenamente o mandamento constitucional.²¹²

De acordo com o disposto no artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, a competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é do Supremo tribunal Federal.

O artigo 103 da Constituição Federal, por sua vez, legitima à propositura da ação o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Partido Político com Representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quanto ao objeto da ação, o artigo 103, parágrafo 2º da Constituição elenca duas possibilidades: se o sujeito passivo for um dos Poderes, o pedido é limitado a que se lhe seja dada ciência da ocorrência da omissão constitucional para que sejam adotadas as medidas necessárias. No caso da omissão ser imputável a um dos órgãos administrativos, a

²¹¹ *Op. cit.* p. 260.

²¹² Sob o ponto de vista doutrinário existem duas espécies de omissões parciais: (a) *Omissão parcial propriamente dita*, onde a lei infralegal existe mas regula de forma deficiente o Texto Constitucional e (b) *Omissão parcial relativa*, que ocorre quando a lei outorga determinado benefício a certa categoria, mas deixa de concedê-lo a outra, que deveria ser contemplada.

decisão terá caráter de ordem, cabendo a ao ente administrativo adotar as providências necessárias em 30 (trinta) dias, sob pena de responsabilização.²¹³

A própria formulação empregada pelo Constituinte Originário não deixa dúvida de que se teve em vista aqui não só a atividade legislativa, mas também a atividade tipicamente administrativa que pudesse, de alguma maneira, afetar a efetividade de uma norma constitucional.

Todavia, a redação constitucional do artigo 103, parágrafo 2º bem como a resistência do Supremo Tribunal Federal em dar um sentido mais amplo às suas decisões nestas questões de lacuna constitucional, tornaram a ação direta de inconstitucionalidade por omissão um remédio de baixíssima eficácia.

A reduzida valia da mera ciência ao Poder omissor, sob pena de afronta ao Princípio da separação dos poderes fixada no artigo 2º da Constituição Federal, bem como a ausência de qualquer precedente no Supremo Tribunal Federal em relação à ordem ao órgão administrativo em mora, deram à ação direta de inconstitucionalidade por omissão um efeito meramente moral, político, de mera “*exortação à legalidade*”.

Conforme Roque Antonio Carrazza:

À vista do exposto, temos que a decisão, na ação de inconstitucionalidade por omissão, tem eficácia basicamente declaratória. Dizemos basicamente declaratória (e não exclusivamente declaratória) porque ela também possui, em relação ao Executivo, eficácia mandamental média, pois o concita a praticar o ato, sob pena

²¹³ No que diz respeito aos Poderes Executivo e Legislativo, o Supremo Tribunal Federal ao julgar uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão poderá estipular prazo para a atuação legislativa com o intuito de fixação de um *parâmetro temporal razoável*.

*de responsabilidade, e, em relação ao Legislativo, eficácia mandamental mínima, já que, como vimos, embora não o compila a editar a lei, atesta publicamente sua omissão, aplicando-lhe, grosso modo, uma sanção de natureza política.*²¹⁴

No mesmo sentido o entendimento de Luís Roberto Barroso:

*A reduzida valia da mera ciência dá ao instituto um efeito essencialmente moral ou político, próprio para quem busca uma declaração de princípios, mas insuficiente para a tutela objetiva do ordenamento constitucional, quando vulnerado em sua soberania*²¹⁵

No mesmo sentido de Roque Antonio Carrazza e Luis Roberto Barroso, o acórdão da Adin 1.458/DF, tendo como relator o Ministro Celso de Mello:

“As situações configuradoras de omissão inconstitucional – ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário – refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança na Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Contudo, assiste ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, em

²¹⁴ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributária*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2005. p.391.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de Constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2004. p. 209.

face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art, 103, parágrafo), o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional” (STF, Adin 1.458/DF, rel. Min. Celso de Mello, RDA, 206:248)

Cumprido ressaltar que os casos de omissão absoluta serão cada vez mais raros uma vez que, paulatinamente, vêm sendo promulgada a maioria das leis expressamente reclamadas pelo Texto Constitucional.

Com isso, o Mandado de Injunção, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão são considerados remédios constitucionais de pouco efeito prático, inaptos a forçar o legislador infraconstitucional a dar efetividade às normas constitucionais de eficácia limitada de conteúdo social.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho:

Por último, como as normas constitucionais programáticas se reconduzem amiúde a apelos de concretização pelo legislador, é fácil verificar que a problemática acaba por enfrentar a complexa questão do comportamento silente dos órgãos legislativos. Daí a tormentosa quaestio da inconstitucionalidade por omissão e dos Mandados de Injunção e do carácter tendencialmente infrutuoso das tentativas doutrinárias apostadas na sua operacionalidade prática.²¹⁶

Ainda que a Constituição Federal tenha dado grande relevo aos direitos sociais, fruto de um compromisso do legislador constituinte em operar mudança social por meio

²¹⁶ *Op. cit.* p. 213.

principalmente, da atuação do legislador infraconstitucional, estas promessas esbarram nos limites da realidade fática (alto custo de sua implementação) bem como na pouca efetividade dos remédios constitucionais do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.²¹⁷

4.8 – AVALIAÇÃO CRÍTICA DO ESTADO NEOLIBERAL

Os grandes méritos do neoliberalismo consistiram em derrotar a inflação galopante que abatia a economia de muitos países e em sepultar de vez o comunismo, colocando um ponto final na bipolarização que dividia o mundo entre capitalistas de um lado e socialistas do outro.

Todavia, o modelo neoliberal de Estado acumulou sérias críticas desde que foi implantado.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), os resultados sociais, com o passar os anos, ficaram cada vez mais minguados e negativos. A concentração de poder de decisão, até então atributo incontestado do Estado, paulatinamente foi sendo passado para as mãos dos grandes conglomerados econômicos.²¹⁸

Em razão dessa inversão, o econômico, tanto o financeiro como o comercial, lideram hoje o ponto de referência de todos os interesses em que se desenvolvem as relações internacionais.

²¹⁷ A respeito do alto custo de implementação dos direitos sociais, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco são enfáticos ao afirmarem: “*Em contraponto ao humanitarismo da Constituição de 1988, não são poucos os que, no mais suave dos reparos, ironizam os autores da nova carta política, dizendo que, no afã de se mostrarem modernos e politicamente corretos, eles acabam esquecendo de calcular o custo desses novos direitos, de fazer as previsões dos direitos que estavam a constitucionalizar, contrariando, assim, a regra elementar de que, nesse terreno – os dos direitos a prestações positivas – não se deve comprometer o que não se pode cumprir, que nada se pode fazer além do financeiramente possível, daquilo que os financistas clássicos chamariam de as forças do erário*” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.* p.205)

²¹⁸ Com esta mudança de cenário, o poder econômico deu azo à desregulamentação financeira, criando condições propícias para o surgimento das políticas econômicas especulativas, em detrimento das políticas econômicas produtivas. Essa tendência contribuiu, de forma decisiva, para que não houvesse distribuição de riquezas.

Com essa mudança de referência, os Estados já não são mais capazes de impor soluções aos problemas sociais e econômicos atuais, seja de um modo autoritário ou mediante negociação.²¹⁹

O Ex - Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em suas memórias, avalia de forma bastante elucidativa esta perda de importância do Estado ao aduzir:

Os antigos Estados- Nação do século XIX, embora não desapareçam e mantenham o controle sobre o território, perdem preeminência como pólos aglutinadores de esperanças. As instituições políticas que deram base à democracia (os partidos, os parlamentos e a ideologia liberal) e mesmo as instituições clássicas da sociedade civil (como os sindicatos e as Igrejas) tornaram-se insuficientes para encaminhar as demandas e dar legitimidade à ação dos políticos. A difusão da Internet e a formação do que o sociólogo espanhol Manuel Castells, professor nos EUA, qualificou como as “ sociedades em rede” criam novas formas de sociabilidade que saltam as muralhas dos territórios nacionais e as barreiras de lealdade dos grupos de interação primária, nos quais as relações se dão face a face, como a família, os grupos de trabalho ou os partidos e igrejas.²²⁰

²¹⁹ Esta diminuição do poder de coação dos Estados, trouxe como consequência a perda de soberania e a perda da autonomia dos entes estatais em formular políticas públicas internas.

²²⁰ CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política – a história que vivi*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2006. p.60-61.

Para os neoliberais, os sindicatos eram considerados os grandes responsáveis pelo desemprego estrutural uma vez que impunham grande resistência às propostas que ofereciam redução dos salários nominais dos trabalhadores. Para eles, a diminuição do salário era considerada condição indispensável e decisiva para a redução do desemprego e a conseqüente promoção do pleno emprego.²²¹

Na atualidade, por força da globalização e pela adoção do ideário neoliberal por vários países, os antigos “sindicatos de porta de fábrica” se transformaram em “sindicatos de colaboração”, de viés negociador, onde se apresentam como promotores de um diálogo com o setor patronal.

Em razão desta nova postura, os sindicatos vêm diminuindo sua capacidade de resistência, aceitando os projetos das grandes empresas no sentido de flexibilizar as relações de trabalho e desregulamentar direitos trabalhistas adquiridos às duras penas como forma de manter a estabilidade no emprego de seus representados.²²²

Com isso, houve, por parte da classe trabalhadora, uma perda gradual e contínua do sentimento de pertencimento individual a uma classe coletivamente organizada bem como a perda de identificação para com os sindicatos como depositários dos interesses dos representados.

Todavia, o amortecimento do movimento sindical não conduziu os trabalhadores ao tão esperado pleno emprego. Houve sim um aumento substancial do desemprego.

Com seu desprezo pelos direitos sociais e pelo “*welfare state*”, o neoliberalismo não conseguiu resolver o problema social, econômico e político da desigualdade – tão cara

²²¹ Para os neoliberais, os “agressivos monopólios sindicais” juntamente com os modernos métodos de tributação contribuíram sobremaneira para a restrição do número de postos de trabalho, bem como para o desencorajamento do investimento privado em equipamento produtivo.

²²² Alguns doutrinadores de viés esquerdista acusam os neoliberais de tentar expurgar do mercado direitos básicos dos trabalhadores como o subsídio de desemprego, a garantia do salário mínimo e algumas regalias de segurança social.

ao modelo de Estado Liberal e, ainda, colocou em cheque o poder político e jurídico dos Estado.

Conforme José Martins Catharino:

*A competição desenfreada e a especulação dominante no mercado, considerado o supremo regulador, incrementado pela máxima redução da intervenção do Estado na economia trouxe como consequência lógica uma transferência de custos sociais para os setores populares e marginalizados da sociedade. Proclamar a livre competição entre pessoas e setores tão desiguais, é o mesmo que permitir a luta entre lobos e ovelhas, que nunca termina empatada. Os resultados são trágicos, em crescendo.*²²³

De um modo geral, a política econômica neoliberal conduziu o nivelamento por baixo dos direitos sociais, salários, garantias de emprego, proteção dos desempregados e dos aposentados e a defesa do meio ambiente.

Em suma, o neoliberalismo segue a tendência secular da diminuição da figura do Estado no seu poder político e no seu poder de controle jurídico. Tudo isso em prol de uma sociedade civil burguesa cada vez mais forte perante o Estado.²²⁴

De acordo com os economistas José Luis Fiori e Maria da Conceição Tavares:

²²³ CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e seqüela*. São Paulo : Ltr. 1997. p. 20

²²⁴ Esta “desconcentração do aparelho estatal traz como consequência a descentralização de suas obrigações, as desformalização de suas responsabilidades e a privatização de empresas públicas. Todavia, o seu maior efeito colateral consiste na “deslegalização” da legislação social.

*Não basta desregular, privatizar e tentar reduzir o tamanho do Estado, como ensina a doutrina liberal. Há que se tentar reestruturá-lo e mudar seus padrões de financiamento (fiscal, financeiro e patrimonial), além de mudar a forma de gestão e regulação pública. É verdade que se requer um Estado forte e ágil e não um gíg government paralisante, mas sua capacidade de intervenção e regulação eficientes não deveria desaparecer e sim, ao contrário, fortalecer-se para poder encaminhar reformas institucionais necessárias, tanto do mercado quanto do próprio Estado.*²²⁵

Com essa política, a sociedade civil está perdendo espaço quando o seu embate se dá contra as forças do mercado. O desemprego e a desativação do poder sindical são exemplos disso.

Diante de um Estado cada vez mais desprovido de poder político, o seu poder jurídico fica também ameaçado.

Neste sentido, a globalização neoliberal fundada na expansão desenfreada das empresas transnacionais e no culto exacerbado às leis de mercado tem causado, de forma mais impactante nos países periféricos, como o Brasil, não somente a desconstrução dos valores da cidadania e da razão democrática, bem como o aprofundamento da desordem social, a exacerbção dos conflitos e o aumento da concentração de riquezas nas mãos de uma minoria.

De acordo com o historiador Eric Hobsbawm:

Essa ideologia baseia-se no pressuposto de que a liberalização do mercado otimiza o crescimento e

²²⁵ TAVARES, Maria da Conceição; FIORI, José Luís. *Desajuste Global e Modernização Conservadora*. Rio de Janeiro : Paz e Terra. 1993. p.79

a riqueza do mundo, e leva à melhor distribuição desse incremento. Toda tentativa de controlar e regulamentar o mercado deve, portanto, apresentar resultados negativos, pois restringem a acumulação de lucros sobre o capital e, portanto, impedem a maximização da taxa de crescimento. Em minha opinião, ninguém nunca conseguiu justificar de maneira satisfatória essa concepção. Talvez fosse possível dizer que um mercado capitalista livre produz uma taxa de crescimento maior que a de qualquer outro sistema, mas ainda assim permaneceria a dúvida quanto a este ser o melhor mecanismo para distribuir a riqueza.

Para os profetas de um mercado livre e global, tudo o que importa é a soma da riqueza produzida e o crescimento econômico, sem qualquer referência ao modo como tal riqueza é distribuída²²⁶

Em razão dessa gama de efeitos colaterais trazidos pela adoção dessa nova política adotada por muitos Estados, a aceleração do crescimento econômico não pode ser visto como um fim em si mesmo. Antes, deve estar a serviço de outros objetivos fundamentais como: redução da pobreza, educação das pessoas, redução das desigualdades e satisfação das necessidades básicas da grande maioria da população.

De acordo com António José Avelãs Nunes:

²²⁶ HOBBSAWN, Eric. *O novo século – entrevista a Antonio Polito*. 3º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.78

Os autores falam também de desenvolvimento perverso ou desenvolvimento maligno, para traduzir situações em que se registra um crescimento (por vezes) acelerado da produção industrial e uma modernização e diversificação das estruturas produtivas, mas sem que estas mudanças arrastem consigo a rotura com o subdesenvolvimento. Isto porque esse crescimento industrial se verifica em condições que não permitem a generalização dos benefícios do progresso técnico; não promovem um sistema económico progressivamente homogêneo, em que o nível de salários vá acompanhando, em todas as actividades económicas, a melhoria da produtividade média da economia; não se traduzem na criação das estruturas económicas e sociais adequadas aos recursos internos disponíveis e à satisfação das necessidades da grande maioria da população desses países. Em vez de promover a difusão dos frutos do crescimento económico, o estilo de desenvolvimento veiculado pelas multinacionais acentua muitas vezes as desigualdades sociais e a concentração do rendimento²²⁷

Para tentar reverter este processo, a ideia de desenvolvimento económico deve passar por caminhos que respeitem a dignidade do homem, o desenvolvimento de sua personalidade, a conquista do bem estar material e o seu desenvolvimento no plano profissional, cultural e lazer. Deve-se buscar ainda o direito a um grau razoável de

²²⁷ NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003. p.108.

igualdade no que diz respeito à repartição do rendimento e ao acesso às condições básicas de desenvolvimento e de promoção social.

Deve-se, ainda, rejeitar a “ditadura do pensamento único”, imposta por um mundo unipolar e globalizado, no sentido de rejeitar a lógica que reduz à dimensão de simples mercadoria os valores sociais, a cultura e todos os valores que constituem a essência da identidade dos povos.

Este objetivo somente será alcançado com o fortalecimento à resistência da infiltração - quase irresistível - da cultura de massas que pretende igualar tudo e a todos, ao mesmo tempo, descaracterizando cada um dos indivíduos tornando-os sem rosto, sem identidade e sem referências.

CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, que o modelo de Estado Social adotado pela Constituição Federal de 1988 encontra-se em flagrante descompasso com a política econômica Neoliberal predominante no mundo globalizado o que, de certa forma, dificultou a inclusão do país no atual contexto geopolítico.

Todas as demais Constituições editadas no país, de certa forma, acompanharam o ambiente político-econômico que imperava no mundo. Quando perdiam a marcha da história passavam por profundas reformas ou eram simplesmente substituídas por outra.

Esta defasagem entre o contexto político interno e externo, somente pôde ser amainada com a edição de sucessivas Emendas à Constituição(hoje num total de 57) que procuraram alinhar o país com o resto do mundo ao facilitar a entrada no país do capital estrangeiro, bem como ao promover a privatização de vários serviços essenciais, até então reservados ao monopólio estatal.

Outro fator que contribuiu para o fracasso do modelo de Estado Social adotado pela Constituição Federal de 1988 reside na perda de prestígio da sua principal característica, ou seja, o seu caráter dirigente. Constituição – dirigente é aquela que se caracteriza por possuir em seu cerne várias normas de conteúdo programático que, para que possam produzir efeitos no mundo concreto, necessitam que sejam editadas normas infraconstitucionais.

Esta perda de prestígio reside no fato de que o Mandado de Injunção e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão (Adin por Omissão), não são instrumentos processuais eficientes o suficiente para cobrar uma postura ativa do Poder Legislativo no sentido de elaborar as normas infraconstitucionais integradoras dos mandamentos Constitucionais de conteúdo social.

No que pese a mudança de postura da mais alta Corte Constitucional em fazer prevalecer a Teoria Concretista no sentido de tornar a sentença do Mandado de Injunção

mais contundente, esta produz efeitos apenas entre as partes em litígio (*inter partes*), não fazendo com que seus efeitos alcancem os anseios de toda a coletividade. Para que se alcance tal desiderato, torna-se necessário que o Mandado de Injunção se equipare ao Mandado de Segurança Coletivo no que diz respeito aos seus efeitos, alcance e conteúdo.

A Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por omissão, que deveria forçar o Poder Legislativo a legislar no sentido de elaborar norma infraconstitucional a fim de dar efetividade às normas de efeito limitado e o Poder Executivo a garantir seu cumprimento, restringe seus efeitos em cientificar o órgão omissor que ele se encontra em “*mora constitucional*”.

Toda esta inocuidade dos remédios constitucionais acima citados busca evitar a invasão das decisões do Poder Judiciário na esfera de competência do Poder Legislativo, preservando –se com isso a harmonia e o equilíbrio que deve reinar nas relações entre os três Poderes.

Deve-se ressaltar que os casos de omissão de norma infraconstitucional absoluta serão cada vez mais raros uma vez que, paulatinamente, vêm sendo elaboradas a maioria das leis, expressa e tacitamente, reclamadas pela Constituição Federal.

Em razão disso, a ineficiência das normas constitucionais e das normas infraconstitucionais de conteúdo social e de caráter coletivo, vem fazendo com que o Estado perca, paulatinamente, a sua força de agente normativo regulador da economia além de fazer com que o ato normativo deixe de exercer função transformadora da sociedade.

Isso tudo se deve à postura do ideário neoliberal, cujos postulados impregnam o mundo e o país, que prega o esvaziamento dos Poderes do Estado, relegando a este ente político o simples papel de organizar-se política e administrativamente, cabendo às grandes corporações organizar as atividades econômicas onde a lei que imperaria seria apenas a do mercado.

Com isso, a lei deixa de ser o mandamento de maior realce da vida política do país no sentido de implementação de políticas públicas, requerendo de seus postulados uma leitura mais flexível de acordo com uma visão mais moral e política. Esta nova visão do papel da lei enseja a abertura de novos espaços onde o poder público deve buscar espelhar-se para a implementação dessas políticas públicas tão caras à coletividade.

Apesar da adoção do modelo de Estado Social, o modelo de Estado que se encontra atualmente em voga tem buscado atuar como regulador da atividade privada, deixando de ser um poderoso instrumento de implementação de políticas públicas.

Aliado às circunstâncias supra citadas, não se deve perder de vista os limites impostos pela realidade brasileira onde, apesar de fazermos parte de uma economia globalizada em face da adesão às políticas de ajuste econômico impostas pelos Estados Neoliberais e seus grupos de apoio - FMI, BID, Empresas transnacionais dentre outros agrupamentos - grassa em nosso país a ausência crônica de recursos públicos e investimentos privados de caráter não especulativo, consideradas as condições essenciais para que os órgãos executivos possam ter autonomia suficiente para implementar políticas públicas eficientes.

A implementação do ideário neoliberal em sua totalidade, certamente aumentará o abismo que hoje existe entre ricos e pobres, dismantelará o já combalido direito dos trabalhadores conquistados às duras penas.

A atual crise global certamente redefinirá alguns destes conceitos Neoliberais em relação à função do Estado.

Para que estes direitos sociais e coletivos - adquiridos às duras penas por meio de um longo processo de sedimentação histórica - possam ser exercitados e efetivados em sua plenitude torna-se necessário que o Estado assuma uma nova postura no sentido de

buscar uma parceria com estes novos atores sociais que surgiram com a globalização, sob pena de colocar em risco a sua própria existência.

Devido a estas particularidades, a política econômica mais adequada à realidade brasileira não pode deixar de ter caráter pluralista, combinando-se a livre iniciativa, reconhecida como base ou norma essencial, aliada à ação complementar ou supletiva do Estado, o qual, como agente regulador econômico, não pode descurar de sua competência fiscalizadora, repressiva e supletiva.

Cumprido, ainda, salientar que muitos dos direitos sociais e coletivos exaustivamente delineados na Constituição Federal representaram a forma encontrada pelo Congresso Constituinte para extirpar o ranço totalitário que permeou a história constitucional do país por longos anos.

Diante de todos esses fatores aplicados de forma conjunta, pode-se afirmar que, sob o aspecto legal, foi adotado o modelo de Estado Social mas que, em razão das contingências geopolíticas, da necessidade de nos adequarmos a uma economia globalizada à qual não podíamos fazer vistas grossas, da ineficácia das normas de conteúdo social e coletivo asseguradas constitucionalmente, bem como das sucessivas Emendas à Constituição editadas que buscavam remodelar o modelo econômico inicialmente desejado, opera o Estado brasileiro, sob o aspecto político e econômico, como um típico Estado Neoliberal.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA., Marcus Cláudio. *Instituições Políticas – Subsídios ao estudo da Teoria Geral do Estado, preâmbulo ao Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 1982.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; **NUNES JÚNIOR**, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 1998.

ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX*. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Unesp. 1996

AZAMBUJA , Darcy. *Teoria Geral do Estado*. Rio de Janeiro: Ed. Globo. 1963.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

___ *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I. 2ed. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife : Renovar. 2006.

___ *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor. 2002.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 6.ed. São Paulo: Brasiliense. 1994.

BOBBIO, Norberto; **MATTEUCCI**, Nicola; **PASQUINO**, Gianfranco. *Dicionário de Política* 7ed.. UNB: Brasília.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8.ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

___ *Teoria do Estado*. 6.ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos e interconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina. 2006.

CAETANO, Marcelo. Vol. 2. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 1977.

CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política – a história que vivi*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 21.ed. São Paulo: Malheiros. 2005.

CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e seqüela*. São Paulo: LTR. 1997.

CAVALLAZI FILHO, Túlio. *A função social da empresa e seu fundamento constitucional*. Florianópolis: OAB/SC. 2006.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional Brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O futuro do Estado*. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

_____. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27.ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

DANTAS, Ivo. *Teoria do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro : Forense. 2008.

DAVI, Kaline Ferreira. *O direito administrativo, os atos de governo e os direitos sociais: uma análise a partir do neoconstitucionalismo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT. Ano 16. jan./mar.2008. vol. 62.

DE CICCIO, Cláudio; **GONZAGA**, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. São Paulo: RT. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22.ed. São Paulo: Saraiva. 1995

_____ *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. Saraiva: São Paulo. 2003.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 2.ed. São Paulo: Atlas. 2007.

FILHO, Agassiz Almeida. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

FRASCATI, Sophie P.G. A força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais a prestações: apontamentos para um debate. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 63. 2008

FRIEDE, Reis. *Curso de ciência política e Teoria Geral do Estado- Teoria Constitucional e Relações Internacionais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006

GARCIA, Maria. *Desobediência Civil*. 2.ed. São Paulo: RT. 2004.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras. 2002.

GOMES, Luis Flávio; **VIGO**, Rodolfo Luis. *Do Estado de Direito Constitucional e Transnacional – Riscos e Precauções – Navegando pelas ondas evolutivas do Estado, do Direito e da Justiça*. São Paulo: Premier Máxima. 2008

GUIDDENS, Anthony. *Mundo em (des)controle*. Rio de Janeiro: Record. 2000.

GORBACHEV, Mikhail. *Perestroika – novas idéias para o meu país*. 5.ed. São Paulo: Círculo do Livro. 1998.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos – O breve século XX – 1914-1991*. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995

 O novo século – Entrevista a Antonio Polito. 3ed. São Paulo: Companhia das Letras. 2000.

IANNI, Octavio. *A sociedade Global*. 3ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1995

IKAWA, Daniela. Implicações Jurídicas da Globalização Econômica. *Direitos Humanos, Globalização Econômica e Integração Regional*. Desafios do Direito Constitucional Internacional. Org. Flávia Piovesan. São Paulo: Max Limonad. 2002.

JUDT, Tony, *Pós – Guerra. Uma história da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva. 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MACHIAVELLI, Niccolò . *O príncipe*. São Paulo:Hemus.1977.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado* 20ed. São Paulo:Saraiva . 1990.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. Os custo dos direitos e a concretização dos direitos Sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: RT. Vol. 66. Jan-Mar.2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 24 ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; **COELHO**, Inocêncio Mártires; **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ed. São Paulo: Saraiva. 2009

MENEZES, Anderson de. *Teoria Geral do Estado*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense 1993.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 26.ed. 2 vol. São Paulo: Saraiva. 1988.

MORAES, Alexandre de.*Direito Constitucional* 11.ed. São Paulo:Atlas. 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan. *Crises do Estado, democracia política e possibilidades de consolidação da proposta constitucional*. Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont´Alverne Barreto Lima. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife : Renovar. 2006.

NAPOLITANO, Carlos José. *Do tratamento da matéria econômica nas constituições brasileiras e o histórico das restrições à atividade econômica imposta aos estrangeiros*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos tribunais.V. 54. jan./mar. 2006. p. 163-191.

NUNES, José Antonio Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2003.

__*O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio*. Constituição e Estado Social – os obstáculos à concretização da Constituição. Constituição e Estado Social. . Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto (Org.). São Paulo:RT; Coimbra: Coimbra. 2008

PANSIERI, Flávio. *Condicionantes à Sindicabilidade dos Direitos Sociais*. Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos. Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Martonio Mont´alverde Barreto Lima. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar. 2006.

PASSOS, J.J. Calmon. *Hermenêutica, Cidadania e Direito*. Campinas: Milenium:. 2005.

PEREIRA, José Matias. Repensando a Administração Pública. O futuro do Estado do Bem Estar. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Vol. 142. ano 36 (abril/junho).1999.

REALE, Miguel. *Filosofia e Teoria Política – Ensaio*. São Paulo: Saraiva. 2003

__*O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias*. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2005

Revista Veja. Editora Abril. Ed. 2081. ano 41.nº 40. 8 de outubro de 2008.

SANTOS, Milton. *Por outra Globalização*. Rio de Janeiro: Record. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros.1994.

___ *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2005.

___ *Poder Constituinte e Poder Popular. Estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros. 2007.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; **MACHADO DE OLIVEIRA**, Miguel Augusto. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo:RT. 2007.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado—Novos paradigmas em face da globalização*. 3.ed.São Paulo : Atlas. 2008.

SOARES, Orlando. *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil – O constitucionalismo sob diversos prismas*.11.ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

SKIDMORE, Thomas. *Brasil: De Getúlio a Castelo*. 12 ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2.ed. São Paulo: Método. 2006.

TAVARES, Maria da Conceição; **FIORI**, José Luís. *Desajuste Global e Modernização Conservadora*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1996.