



SEPTIEMBRE 2015

## **O PODER DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO CONSTITUCIONAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES**

João Gualberto Garcez Ramos<sup>1</sup>  
Carla Liliâne Waldow Esquivel<sup>2</sup>

**RESUMO:** O Estado Constitucional é aquele que encontra seu fundamento na Constituição escrita, que, por sua vez, norteia a atividade estatal estabelecendo a separação de poderes e a democracia como forma de governo, além de consagrar os direitos pessoais, políticos e sociais dos homens. Nesse sentido, o Estado Constitucional é mais que o Estado de Direito por congregar o poder do *demos* e os direitos fundamentais. Esses direitos fundamentais desempenham papel excepcional na conjuntura política do Estado Constitucional, posto que legitimam a atividade estatal e limitam o seu poder. É um Estado que, ademais, deve priorizar e respeitar a condição da pessoa e sua dignidade e promover os direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

**Palavras-chave:** Poder; Estado de Direito; Estado Constitucional; Direitos fundamentais.

### **THE POWER OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN CONSTITUTIONAL STATE: SOME CONSIDERATIONS**

**ABSTRACT:** The Constitutional State is one that finds its foundation in the written Constitution which, in turn, guides the state activity establishing the separation of powers and democracy as a form of government, and devote the personal, political and social rights of men. In this sense, the state is more than the Constitutional rule of law by bringing together the power of the *demos* and fundamental rights. These fundamental rights play an exceptional role in the political context of the Constitutional State, since the legitimate state activity and limit their power. It is a state that, in addition, must prioritize and respect the person's condition and their dignity and promote fundamental rights, individual or collective.

**Keywords:** Power; Rule of Law; Constitutional State; Fundamental rights.

**Sumário:** Introdução – 1 Estado Constitucional: uma aproximação histórica - 2 Os direitos fundamentais do Estado Constitucional – Notas Conclusivas – Referências.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Coordenador do Núcleo de Estudos Criminais – NEC na UFPR. Procurador da República no Estado do Paraná. *E-mail:* jg@penalista.pro.br.

<sup>2</sup> Professora Assistente do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE. Doutoranda em Direito do Estado na UFPR. Membro do Núcleo de Estudos Criminais – NEC na UFPR. *E-mail:* carlawaldow@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

Afirma-se, com frequência, que hodiernamente se vive sob o paradigma do *Estado Constitucional*. Para compreender e concordar com o qualificativo desse *status*, importa, preliminarmente, definir o *Estado* e localizar seu/s elemento/s essencial/is.

Essa busca, entretanto, deve incluir uma investigação da definição a partir do seu desenrolar histórico, do nascedouro da forma estatal até chegar-se ao atual estágio em que o Estado Constitucional está inserido.

À vista dessa análise preliminar, objetiva-se definir o *Estado Constitucional* e, a partir de uma concepção mais ou menos fluida, extrair os seus elementos mais característicos. Nesse sentido, é possível adiantar que entre eles se incluem os chamados direitos fundamentais do homem, vislumbrados, no primeiro momento, como direitos *perante o Estado* (*status* negativo), posteriormente ampliados para assegurar direitos *por intermédio do Estado* (*status* positivo).

Desse modo, considerando sua extrema relevância, impõe-se a discussão a respeito dos direitos fundamentais no âmbito estatal, ou seja, sua origem e sedimentação, sua importância e inevitável relação com o poder (estatal). Mais do que isso, nessa delimitação, cabe tentar estabelecer a relação entre o Estado Constitucional, a democracia e os direitos fundamentais.

E, para realizar esse trabalho, recorrer-se-á a um método de abordagem dialético, pelo qual, a partir de um diálogo entre afirmações e oposições, se infere uma síntese. Para tanto, será feita investigação bibliográfica no âmbito da Teoria do Estado e do Direito Constitucional, a fim de direcionar as futuras conclusões a respeito das propostas indicadas supra.

## 1 ESTADO CONSTITUCIONAL: UMA APROXIMAÇÃO HISTÓRICA

As concepções de *Estado*, de forma mais ou menos homogênea, acabam referindo-se à ideia de *poder*, que, por sua vez, tem “[...] um detentor, um local e um sentido muito próprios”.<sup>3</sup> O desenvolvimento dessa terminologia e a delimitação dos seus elementos constitutivos inevitavelmente se dão num desenrolar histórico, e a própria configuração da *forma* estatal aparece alterada, nesse decurso, para chegar-se ao que, a partir da Modernidade,

---

<sup>3</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004. p. 275.

se convencionou chamar de *Estado Constitucional*, consoante se verá a seguir.

Norberto Bobbio esclarece que “Por longa tradição o Estado é definido como o portador da *summa potestas*; e a análise do Estado se resolve quase totalmente no estudo dos diversos poderes que competem ao soberano”. Explica que, numa concepção subjetivista de poder, assim como “o fogo tem o poder de fundir os metais”, também “o soberano tem o poder de fazer as leis e, fazendo as leis, de influir sobre a conduta dos seus súditos”.<sup>4</sup> Outro autor italiano, Pietro Costa, em sua investigação a respeito do Estado de Direito, igualmente não se desconectou da ideia de Estado como poder político.<sup>5</sup>

No plano do direito brasileiro, os conceitos agregam basicamente os mesmos elementos e não fogem dos primados que os mais clássicos teóricos da teoria do Estado estabelecem a respeito de *poder* e de *domínio*, além de agregarem à definição a sua finalidade, ou seja, a perseguição do bem comum.<sup>6</sup> Darcy Azambuja, nesse sentido, afirma que “O Estado aparece aos indivíduos e sociedades, como um poder de mando, como governo e dominação”.<sup>7</sup> Esse conceito se relaciona ao aspecto coativo e à generalidade que distingue as normas estatais, representando o poder um dos elementos essenciais do Estado.

Joaquim José Gomes Canotilho, por sua vez, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, arremata que, atualmente, só é possível conceber o Estado como um *Estado Constitucional* e que a denominação decorre de um *desenvolvimento constitucional*.<sup>8</sup> Esse poder soberano consistiria especialmente na capacidade de elaborar leis a serem observadas pela sociedade, que poderiam estar nas mãos de uma pessoa ou de toda a coletividade (de seus representantes).<sup>9</sup>

Dos conceitos acima ressaí a noção de Estado estreitamente relacionada à ideia de *poder*, no entanto não apenas a definição está calcada nessa raiz. O próprio desenvolvimento

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 77.

<sup>5</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96.

<sup>6</sup> Nesse sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 118; CICCIO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52; AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005, p. 5-6; BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 63.

<sup>7</sup> AZAMBUJA, Darcy, op. cit., p. 05.

<sup>8</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, s/d., p. 92.

<sup>9</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004, p. 367.

contínuo ou descontínuo do instituto<sup>10</sup>, como forma de manifestação de poder ou, num momento posterior, como sua limitação. A propósito, Pietro Costa, em sua análise a respeito da *Democracia Política e o Estado Constitucional*, aduz que é antiga a celebração de um *poder supremo* e irresistível à exigência de lhe colocar limites.<sup>11</sup>

Quanto ao seu desenvolvimento histórico, embora sem essa denominação, é possível vislumbrar que existiram *formas estatais*<sup>12</sup> localizadas desde o Estado Antigo (Estado Oriental ou Teocrático), onde existia uma elevada influência religiosa sobre a autoridade dos governantes e os comportamentos coletivos, de modo a existir uma verdadeira identificação entre o poder político e o poder religioso. O monarca concentrava os *poderes* legislativo, executivo e judiciário, não havendo “[...] nenhuma forma de representação da sociedade, nem da elite, nem do povo. Era o absolutismo ou despotismo absoluto”.<sup>13</sup>

A ordem social, desse modo, era hierárquica e desigual, sendo, inclusive, reduzidas as garantias jurídicas dos indivíduos. Essa *forma estatal* igualmente pode ser encontrada no Estado Grego, sendo a *polis* a sociedade política de maior expressão. A autoridade já não possuía natureza divina, apesar de existir a influência religiosa. E os indivíduos não tinham liberdade fora do Estado, ou tinham-na reduzida, possuindo, entretanto, isonomia (os *cidadãos*) perante a lei e perante a atividade política. A maior contribuição grega deu-se no período áureo de Atenas com a sua democracia (dos antigos) em que os direitos políticos eram exercidos por homens-cidadãos de certo estrato da população.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Lenio Luiz Streck e Luiz Carlos Bolzan de Moraes referem-se a um desenvolvimento descontínuo da forma estatal (**Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63). Nesse sentido, DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 60. Argumentos sobre a continuidade ou descontinuidade histórica do Estado podem ser conferidos em BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política, op. cit., p. 65-73.

<sup>11</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 242.

<sup>12</sup> Dalmo de Abreu Dallari esclarece que a denominação *Estado* e sua particular significação - como uma sociedade política -, só pode ser concebida a partir do séc. XVI, razão pela qual muitos autores não admitiriam a sua existência no período anterior. Outros, entretanto, admitem a possibilidade considerando a essência estatal, ainda que com nomes diversos, ou seja, “[...] todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros” (DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 51-52). Nesse sentido, é extremamente relevante o magistério de Pietro Costa, para quem, na origem do denominado Estado de Direito, houve uma “pré-história”, ou seja, “[...] os contextos e os tempos nos quais, embora ainda faltasse o 'nome', já existia a 'coisa” (COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 98-99). Norberto Bobbio, contudo, esclarece que, para os que argumentam a *descontinuidade* histórica em relação à formação estatal, somente se pode falar em Estado em relação àquela formação política nascida da crise da sociedade medieval e não para os ordenamentos precedentes. O novo nome indicaria uma coisa nova, razão pela qual o termo deveria ser usado com cautela para os momentos antecedentes (**Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política, op. cit., p. 68).

<sup>13</sup> CICCIO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo, op. cit., p. 86.

<sup>14</sup> MIRANDA, Jorge. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 09-11.

O Estado Romano contém semelhanças com o Estado Grego, possuindo, igualmente, um governo monárquico gradativamente substituído por governos republicanos, não mais escolhidos por divindades, mas pelo próprio povo. Igualmente, a ordem social era hierárquica e os homens (cidadãos) possuíam direitos na medida em que faziam parte de uma comunidade política. É nesse Estado que se desenvolve a noção de poder político como *poder supremo* que deveria ser reservado a um único detentor e a consciência entre poder público e poder privado. De extrema relevância foi o cristianismo sobre o Império Romano, influência que teve como condão contestar o caráter sagrado do Imperador, além de dar ao indivíduo uma posição de destaque dentro da comunidade política, uma vez que era portador de dignidade e liberdade.<sup>15</sup>

A Idade Média foi caracterizada pela forma fragmentada de *poderes individualizados* (carismáticos) especialmente resultantes de sua forma de produção feudal.<sup>16</sup> Não obstante a apresentação de poderes fragmentados, no medievo o *soberano* representava, segundo Pietro Costa, o “vértice da pirâmide de poderes”. Assim, além de conservar a ordem (dada anteriormente por Deus), o imperador representava o juiz que declarava o direito, retratando, portanto, a própria ordem objetiva (disposição hierárquica).<sup>17</sup>

Houve, nesse *Estado Medieval*, uma grande influência do cristianismo e a aspiração à igualdade de todos os cristãos a serem integrados na sociedade política<sup>18</sup>, até porque os direitos eram considerados em relação à situação pessoal do indivíduo, ou seja, apresentavam-se como privilégios, regalias ou imunidades.<sup>19</sup>

Mesmo assim, contudo, os problemas decorrentes da sociedade política medieval<sup>20</sup> delimitaram as características fundamentais do *Estado Moderno*, além de colocarem em discussão o problema dos fundamentos do poder, ou seja, a legitimidade de um poder ilimitado exercido pela entidade estatal, investida na pessoa do soberano.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 12-14.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de Moraes. **Ciência política e teoria geral do Estado**, op. cit., p. 20-21. Nesse sentido, conferir também CICCIO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo, op. cit., p. 69.

<sup>17</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 243.

<sup>18</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 62-69.

<sup>19</sup> MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 16.

<sup>20</sup> Pietro Costa explica que a tensão entre o papel da lei (direito) e o poder já era vislumbrada antes do período medieval, não obstante tenha sido a discussão herdada, aprofundada e transformada pelo mundo medieval. Desse modo, no período que antecede o Medievo e se estende depois dele, a imagem do poder está inevitavelmente relacionada à ordem normativa. É o poder, sob essa ótica que proclama o direito (O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 100-101).

<sup>21</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política, op. cit., p. 72-73; 88-89. Pietro Costa, nessa análise, explica que a vontade do soberano ocupa, juntamente como o *polo de tensão*, a

Desse modo, as experiências passadas e o novo modo de produção (capitalismo) impulsionaram a unidade territorial e um *poder soberano* (autônomo).

O Estado Moderno, como forma de poder institucionalizado e centralizado, distingue-se do Estado Medieval porque dotado de poder independente de outros poderes e sem influência religiosa, existindo uma identificação entre o Estado e o monarca, representante da aludida soberania estatal. O soberano, nesse contexto, não se limita a declarar o direito como no Medieval: ele “[...] cria a ordem, sem que qualquer medida ou limite possa vinculá-lo, sob pena da impossibilidade de conter o conflito e garantir a paz”.<sup>22</sup>

Há, portanto, uma passagem das relações de poder concentradas, até então, em mãos privadas (senhor feudal), para a esfera pública. No entanto, a primeira manifestação do Estado Moderno, alicerçada na ideia de soberania, como poder absoluto e perpétuo, leva à concentração de poderes nas mãos dos monarcas, dando origem às *monarquias absolutistas* que se apropriaram do Estado (como direito absoluto do rei), semelhantemente aos senhores feudais do medieval.<sup>23</sup>

Uma *nova versão* do Estado Moderno<sup>24</sup> é inaugurada especialmente após o movimento revolucionário francês de 1789<sup>25</sup>, em bases liberais. Segundo Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes, caracterizou-se o *liberalismo* pela noção de *limites de poderes* e de funções, preliminarmente contra os abusos do absolutismo e à vista de aumento de poder econômico (poder) da burguesia. Primava-se, nesse contexto, pela afirmação dos valores e direitos básicos dos indivíduos (liberdade e propriedade), ou seja, por suas liberdades individuais em detrimento da intervenção do poder público (Estado mínimo), além da separação entre Estado e sociedade mediada pelo direito e pela democracia vinculada à ideia de soberania nacional, o que implicou a aceitação da origem consensual do Estado e conduziu

---

cena da modernidade (**Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 244). A respeito da tensão entre o político e o jurídico, conferir, também CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a teoria do Estado**, op. cit., p. 347 e ss.

<sup>22</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 243.

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, op. cit., p. 20-28; 89-90.

<sup>24</sup> Cláudio de Cicco e Alvaro de Azevedo Gonzaga preferem delimitar essa “nova versão” de Estado Moderno de Idade Contemporânea, justamente iniciada a partir da Revolução Francesa e que ainda marca a atualidade (op. cit., p. 229).

<sup>25</sup> Pietro Costa, em sua análise histórica, refere-se à contribuição inglesa no decorrer do século XVII, esclarecendo que no final se dará razão a Coke e não a Hobbes e em seu ideário de *sistema normativo* (independente de um único centro de vontade) do qual derivam os direitos e as liberdades dos sujeitos (COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 108-109).

à ideia de representação (decisões tomadas pelos escolhidos pelo povo).<sup>26</sup>

Assim, o soberano, nesse período, deixa de ser o monarca, de vocação absolutista, havendo a composição dos diversos órgãos do poder estatal, além da salvaguarda dos direitos e deveres dos sujeitos *iguais* (juridicamente) em um sistema normativo (garantido pela força), expressão da vontade soberana da nação. Há, dessa maneira, o deslocamento do centro de poder único para a soberania do ente coletivo<sup>27</sup>, uma verdadeira *revolução democrática* com a despersonalização do poder e a concepção de que o povo é soberano.<sup>28</sup>

Quanto a isso, Pietro Costa aduz que “[...] o sujeito se realiza como cidadão enquanto, em acréscimo aos seus direitos naturais-civís, goza de *direitos políticos*, é parte ativa e empenhada do corpo político.”<sup>29</sup> O autor reporta-se, ademais, à uma nova experiência de *poder*: o poder da nação soberana, que pode ser definido como:

[...] um absoluto poder constituinte que, com a sua força irresistível, anula o antigo regime e instaura a nova ordem da liberdade e da propriedade. Decerto, existem os direitos naturais (a liberdade, a propriedade) que a nação se limita a “declarar”: mas no momento em que os declara (e passa depois a realizá-los e coordená-los), ela demonstra, também, em relação aos direitos, toda a sua potência determinante. A ordem se funda sobre os direitos, mas a ordem é instaurada pela vontade constituinte da nação. Vontade legiferante e direitos se unem em uma relação que nunca foi tão estreita assim, mediada por uma revolução que se imagina e se legitima como um ato de destruição do Velho Mundo e de instauração de uma nova ordem.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, op. cit., p. 44-45. Dalmo de Abreu Dallari igualmente destaca, no Estado Democrático de Direito, a afirmação dos direitos fundamentais e a supremacia da vontade popular (op. cit., p. 145-151).

<sup>27</sup> Pietro Costa, em sua exposição em relação à ideia de soberania e os diferentes contextos, dá destaque à preocupação no tocante à “periculosidade” da soberania popular e de igualmente impor barreiras ao legislador (O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 111-112). Em outro momento refere-se a uma nova tensão: não mais entre o poder e o direito, mas entre a soberania popular e os direitos fundamentais, iniciada nos anos da Revolução e que dominou o debate político oitocentista. Significa dizer que a defesa da liberdade implicava na defesa da igualdade, que deveria ser apenas jurídica e não política, pois incompatível com a liberdade-propriedade. E essa maioria (da democracia) poderia transformar-se em tirânica, pois poderia acabar com os direitos fundamentais dos indivíduos. A forma de superar essa tensão seria a instauração do *Estado de Direito* e “Com o kelseniano Estado de Direito constitucional, a tensão sete-oitocentista entre poder e direito (e direitos) parece encontrar uma solução pontual. Se a lei se torna finalmente controlável, as maiorias parlamentares perdem a sua potencial periculosidade. A sua degeneração tirânica é impedida pela ação conjunta de dois elementos: o primado da norma sobre o poder (a superioridade hierárquica da constituição nos confrontos da lei) e a possibilidade de confiar a um órgão judiciário o controle da atividade legislativa. Nesta perspectiva, o Estado constitucional e a democracia parecem finalmente compatíveis, ou melhor, complementares” (COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaio de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 244, 252-258).

<sup>28</sup> KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004, p. 330.

<sup>29</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 104.

<sup>30</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de**

Decorre disso, da tradição liberal, o que se convencionou chamar de *Estado de Direito*. O mesmo autor supraindicado, a fim de delimitar o conceito de Estado de Direito, refere-se às condições de possibilidade e de sentido desse modelo estatal – o poder político, o direito e os indivíduos – e a particular conexão existente entre estes. Segundo Pietro Costa:

O Estado de Direito apresenta-se, em suma, como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do direito) no *poder* com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos. O problema do Estado de Direito pode então ser apresentado como um momento do “discurso da cidadania”: se o “discurso da cidadania” assume como próprio objeto a relação que une o indivíduo a uma comunidade política e determina a identidade político-jurídica deste, o Estado de Direito constitui uma das suas possíveis estratégias, visto que a sua razão de ser é precisamente a de influenciar a relação entre Estado e indivíduo, introduzindo, a favor do sujeito, alguma limitação (“jurídica”) do *poder soberano*.<sup>31</sup>

Impõe-se esclarecer que a ideia de Estado *Legal* (Estado e Direito como complementares e interdependentes), nasceu na Alemanha com o *Rechtstaat* e, depois, foi incorporado à doutrina francesa, que lhe acrescentou novos contornos, colocando a Declaração de Direitos de 1789 no ápice do sistema. Deu-se, no contexto liberal, a submissão e a *limitação dos poderes do Estado* (e do soberano) através de regras jurídicas dispostas hierarquicamente em detrimento da liberdade (individual e de propriedade) dos cidadãos.<sup>32</sup> Desse modo, a atividade estatal somente “[...] pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos [...] têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado”.<sup>33</sup>

Ressalte-se que, não obstante os créditos do chamado *Estado de Direito Liberal*, a

---

**Direito:** história, teoria, crítica, op. cit., p. 107.

<sup>31</sup>COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito:** história, teoria, crítica op. cit., p. 96-97.

<sup>32</sup> Segundo Canotilho, inicialmente assiste-se ao Estado de direito alemão como um *Estado da Razão*, para fins de reestruturação do princípio democrático e da soberania popular e, ao depois, a um *Estado liberal* de direito que se circunscrevia à defesa da ordem e segurança públicas, “[...] remetendo-se aos domínios econômicos e sociais para mecanismos da liberdade individual e da liberdade de concorrência. Nesse contexto, os direitos fundamentais liberais decorriam não tanto de uma declaração revolucionária de direitos mas do respeito de uma esfera de liberdade individual. [...]” Explica, ademais, que, no *Rechtsstaat* alemão, os direitos fundamentais (liberdade e propriedade) a intervenção da administração pública só poderia ocorrer se autorizada por lei, devidamente aprovada pela representação popular. No Estado de direito no constitucionalismo francês, assim como no *Rechtsstaat* alemão, a construção de um Estado Legal foi concebido como uma ordem jurídica hierárquica, tendo em seu vértice a Declaração de Direitos de 1789 e, depois, a Constituição e as leis ordinárias, de modo que o Estado francês deveria, sob a influência liberal, submeter-se ao direito para garantir aos cidadãos, primeiramente, a produção legislativa por órgão representativo da vontade geral. Em razão dessa natureza (obra dos representantes da vontade geral), a lei constitui a fonte do direito hierarquicamente superior, razão pela qual os atos do poder executivo deveriam estar conformes a ela. Além disso, de caráter geral, deveria ser garantida a observância do princípio da igualdade perante a lei, refutando-se os privilégios do Antigo Regime (CANOTILHO, Joaquim José Gomes, op. cit., p. 95-97).

<sup>33</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, op. cit., p. 86-87.

previsão de valores e direitos fundamentais era insuficiente em face da desigualdade *real* que se apresentava e do novo panorama social. Desse modo, o descontentamento popular com a conjuntura política apresentada e as mudanças sociais tão significativas desse período (crescimento de centros urbanos, desenvolvimento industrial e surgimento do proletariado, extinção dos modos de vida antigos e tradicionais, problemas sociais decorrentes desse processo) impulsionaram a intervenção estatal sobre o domínio econômico e em práticas até então reservadas à esfera privada, dando lugar a uma nova fase do Estado de Direito: o *Estado Social de Direito*.<sup>34</sup>

Assim, portanto, ao direito, conservado o conteúdo liberal, agregou-se um conteúdo social (político). A postura estatal se deu no sentido de melhoria de condições mínimas de existência dos indivíduos (prestações estatais positivas), além da intervenção na ordem econômica como agente regulador do próprio mercado e seu financiador (papel interventivo e promocional).<sup>35</sup> Surge, igualmente, segundo Pietro Costa, um paradoxo em que o Estado de Direito, ao mesmo tempo em que oferece um antídoto ao absolutismo do legislador, estimula o intervencionismo.<sup>36</sup>

Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes fazem alusão, nessa digressão histórica, à imagem estatal no século XX, que aproximaria as dimensões de conteúdo do Estado de Direito alemão e francês do modelo britânico *Rule of Law*, o qual congregaria à ideia de limitação legal a observância de *direitos individuais*, ainda que direcionados a um determinado segmento social.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Rúbia Nazari Oliveira resume bem a transição de um *status* ao outro no artigo “Do Estado moderno ao Estado Constitucional: algumas considerações”. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n] 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <[www.http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rubia%20Nazari%20Oliveira.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rubia%20Nazari%20Oliveira.pdf)>. Acesso em: 18 dez. 2012).

<sup>35</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, op. cit., p. 69-70. Nesse sentido, *vide* também SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

<sup>36</sup> COSTA, O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 196.

<sup>37</sup> No contexto inglês, o *Rule of law* desenvolveu-se após a Carta Magna Inglesa de 1215 e pode ser vislumbrada sob diferentes prismas, segundo Canotilho: Em primeiro lugar, a observância de um processo justo legalmente regulado para julgar os cidadãos sujeitos à privação da liberdade e propriedade; em segundo, a proeminência das leis e costumes do país perante a discricionariedade do poder real; terceiro, sujeição de todos os atos do executivo à soberania do parlamento e, por fim, sentido de igualdade de acesso aos tribunais por parte dos cidadãos. (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 93-94). Conferir nesse sentido COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 145-146.

É de observar-se que, na tradição liberal<sup>38</sup>, há a limitação do poder do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) pelo Direito e, de conseguinte, por uma Constituição escrita, submetendo-se a soberania estatal à lei, além de fazer-se alusão expressa à divisão de poderes ou funções e aos direitos individuais. Ao que parece, então, o Estado de Direito especialmente surgido após o movimento revolucionário de 1789, em razão da limitação estatal não apenas pelo Direito, mas por uma Carta Política, seria também um *Estado Constitucional*. Haveria, então, a identificação entre o chamado Estado de Direito e o Estado Constitucional ou o Estado Constitucional seria uma forma evoluída do Estado de Direito?

Para Jorge Miranda, não obstante referir-se às expressões Estado Constitucional, representativo ou de Direito como sinônimas, reconhece a existência de um momento de ruptura e a adoção de um novo modelo destinado a assegurar valores fundamentais. Para o autor em referência, o “Estado Constitucional significa Estado assente numa Constituição fundadora e reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos e tendente à limitação do *poder*”.<sup>39</sup>

Canotilho, por sua vez, dá ao *Estado Constitucional* a ideia de progresso, uma formatação que apresenta um *plus* em relação ao estágio anterior. O Estado Constitucional não se limita a ser *apenas* um Estado de Direito. Acrescenta, por isso, ao Estado de Direito o qualitativo democrático, no sentido moderno<sup>40</sup>, em que o poder político é exercido pelo povo.<sup>41</sup> Desse modo, a lei, substrato lógico da soberania popular, constitui a limitação constitucional do Estado, além de legitimar o poder estatal na consecução do bem comum. O

<sup>38</sup> Não obstante a ideia de limitação do poder pela lei fique mais evidenciada através da concepção de Estado de Direito, Pietro Costa adverte que essa reflexão pode-se dar a partir do mundo antigo, onde a tensão entre poder e direito já se colocava e se aprofunda na Idade Moderna (O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica** (op. cit., p. 99-101).

<sup>39</sup> MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 31, 33.

<sup>40</sup> Pietro Costa dá destaque à democracia moderna, não apenas em relação (autogoverno) à ordem política, mas relacionada à centralidade do ser humano. Ao depois, faz referência a inúmeras críticas que se fizeram em torno da democracia. Chega, porém, à conclusão, em relação a essa *tensão*, que “A democracia como pluralismo é, então, um traço característico do Estado constitucional: o *demos* é resultado de uma soma de pessoas que, exercitando os seus direitos, participam de uma multiplicidade de grupos sociais e políticos cuja interação torna possível o desenvolvimento do processo político-decisional. A antiga tensão se enfraqueceu: a democracia não põe em xeque a ordem constitucional, ameaçando, com a sobejante vontade do *demos*, o direito e os direitos existentes; nem a constituição se apresenta como gaiola que coage e aprisiona uma vontade popular pronta a inventar para si uma ordem nova a cada alternância de geração. A síntese foi alcançada: o Estado pode se dizer, ao mesmo tempo, democrático e constitucional” (**Soberania, representação, democracia**: ensaio de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 246-247; p. 270-271). Conferir também: COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**, op. cit., p. 119.

<sup>41</sup> A respeito da definição de democracia, é possível conferir BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política, op. cit., p. 135; BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 4. ed. Brasília: Editora UNB, 1985, p. 97.

Estado constitucional é aquele que se forma, ou melhor, que se conforma ao esquema de organização política previsto na Constituição, informada, por sua vez, pelos princípios materiais do constitucionalismo, quais sejam: vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantia de direitos fundamentais, separação dos poderes e democracia.<sup>42</sup>

O autor Pietro Costa concebe o Estado Constitucional no âmbito da formatação evolutiva. Leciona que a conjugação dos termos “democracia política” e “Estado Constitucional” é mais familiar do que a sua disjunção e que tanto o termo quanto sua própria origem podem ser localizadas no segundo pós-guerra, “após o colapso dos regimes totalitários”. A tarefa do soberano é, nesse contexto, de extrema relevância, posto que deve agir para respeitar e defender os princípios de liberdade, igualdade e independência que se apresentam como aqueles “princípios da razão pura” que tornam possível a justa constituição da sociedade civil”.<sup>43</sup> Há, nessa forma estatal a conjugação da democracia dos modernos e os direitos fundamentais. Segundo o autor,

[...] firmaram-se ordenamentos caracterizados por um programático enlaçamento entre a tradição democrática oitocentista e uma mista e articulada “linguagem dos direitos” de longínqua ascendência jusnaturalista. A palavra de ordem do novo constitucionalismo é uma democracia que se realiza com a promoção dos direitos fundamentais e invioláveis da pessoa: justamente um Estado democrático-constitucional, capaz de conjugar o poder do *demos*, a soberania popular, com a tutela dos direitos fundamentais.<sup>44</sup>

Para Lenio Luiz Streck, assenta-se a concepção de Estado Constitucional no desenvolvimento a partir, primeiramente, de uma faceta *liberal* para *social* e, depois, *democrática de direito*.<sup>45</sup> Seria não apenas um Estado de Direito, mas um *Estado Democrático de Direito* ou Estado Constitucional. Desse modo, a lei subordina-se à Constituição, que não é apenas formal e, sim, material, o que significa dizer que possui o papel de não apenas prever os direitos conquistados democraticamente, mas de explicitar as possibilidades para o seu resgate. Então, para o autor em referência, seria mais do que uma forma evolutiva de Estado.<sup>46</sup> Ínsita, portanto, na concepção está a ideia de transformação, ou

<sup>42</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 87. Conferir também CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999 (Coleção Cadernos Democráticos), p. 7 e ss.

<sup>43</sup> COSTA, O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**, op. cit., p. 115-116.

<sup>44</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaio de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 241; p. 249-250.

<sup>45</sup> Para Ingo Wolfgang Sarlet haveria uma transformação, de um modelo estatal a outro (op. cit., p. 37).

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2005, p. 155-161.

seja, de um direito reprodutor da realidade passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade:

Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também, sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

[...] o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.<sup>47</sup>

Pode-se afirmar que, no atual estágio, o Estado de Direito está gravado dos ideários liberal, social e democrático. Há que se fazer referência, nesse sentido, a um *novo conceito de Estado* que, conservando as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social, se direciona à transformação da realidade através da concretização das diretrizes insculpidas no texto constitucional. É possível, a partir disso, aduzir que todos esses constitutivos formam o chamado Estado Constitucional. O modelo de Estado contemporâneo não apresenta o Direito, de bases eminentemente democráticas, como único fator de legitimação e de limitação do poder. Os direitos fundamentais, nesse âmbito, apresentam elevada relevância, igualmente limitando e legitimando o exercício do *poder*.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

É de observar-se que a concepção do *ente estatal* se funda, inevitavelmente, na ideia de *poder*. Tal definição ressaí desde o primeiro momento, quando ainda não se compreendia o Estado como organização política autônoma. Esse conceito igualmente se insere na concepção de *Estado Constitucional*, ainda que o poder, nessa forma estatal, não seja monopólio de um *soberano*.

De outra parte, o Estado Constitucional aparece como forma aperfeiçoada do Estado de Direito e, portanto, como forma de limitação do poder estatal através do direito, emanado do povo (de seus representantes). Esse direito, por sua vez, congrega, inevitavelmente, além do poder do *demos* e da distribuição de poderes em diversos órgãos, os *direitos fundamentais* de todas as pessoas.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**, op. cit., p. 93; 161.

<sup>48</sup> Importa esclarecer que na doutrina podem ser vislumbrados termos diferentes indicando objetos idênticos.

Jorge Miranda refere-se ao Estado Constitucional como aquele preliminarmente guiado pela Constituição e que renuncia ao modelo anteriormente estabelecido para assegurar valores que, no seu conjunto, formam um novo modelo:

Em vez de os indivíduos estarem à mercê do soberano, eles agora possuem direitos contra ele, imprescritíveis e invioláveis. Em vez de um órgão único, o Rei, passa a haver outros órgãos, tais como Assembleia ou Parlamento, Ministros e Tribunais independentes – para que, como preconiza Montesquieu, o poder trave o poder. Daí a necessidade de uma Constituição desenvolvida e complexa: pois quando o poder é mero atributo do Rei e os indivíduos não são cidadãos, mas sim súditos, não há grande necessidade de estabelecer em pormenor regras do poder; mas, quando o poder é decomposto em várias funções apelidadas de poderes do Estado, então é mister estabelecer certas regras para dizer quais são os órgãos a que competem essas funções, quais são as relações entre esses órgãos, qual o regime dos titulares dos órgãos, etc. A ideia de Constituição é de uma garantia e, ainda mais, de uma direção da garantia. Para o constitucionalismo, o fim está na proteção que se conquista em favor dos indivíduos, dos homens e cidadãos, e a Constituição não passa de um meio para o atingir. O Estado Constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramento na observância dos seus preceitos, por ela ser a primeira garantia desses direitos.<sup>49</sup>

Em relação ao desenvolvimento histórico que permeia a “eclosão da consciência dos direitos humanos”, Fábio Konder Comparato esclarece que se deveu justamente a um longo processo preparatório direcionado à *limitação do poder político* e que o reconhecimento de que as instituições estatais devem ser utilizadas para o bem dos governados e não em benefício exclusivo dos governantes, como concessão. Foi o “[...] primeiro passo decisivo na admissão da existência de direitos que, inerentes à própria condição humana, devem ser

---

Ingo Wolfgang Sarlet esclarece, no entanto, que aparecem expressões que, embora aparentemente idênticas, designam categorias específicas de direitos fundamentais. E, nesse tocante, haveria igualmente distinção entre direitos do homem (no sentido de direitos naturais, mesmo que não positivados), direitos humanos (positivados na esfera do direito internacional) e direitos fundamentais (reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado). Por fim, explica que “[...] a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais também pode encontrar um fundamento, na circunstância de que, pelo menos de acordo com uma determinada concepção, os direitos humanos guardam relação com uma concepção jusnaturalista dos direitos, ao passo que os direitos fundamentais dizem respeito a uma perspectiva positivista. Nesse sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais essenciais, visto que apenas mediante um processo de fundamentalização [...] os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional” (op. cit., p. 30, 32).

<sup>49</sup> MIRANDA, Jorge, op. cit., p. 153. Pietro Costa refere-se à ideia de lei (o direito), liberdade e segurança (os direitos) como formas de limitação do poder (O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**, op. cit., p. 103). Norberto Bobbio identicamente se manifesta: “[...] a liberdade dos cidadãos (de fato ou de direito, civil ou política, negativa ou positiva) e não o poder dos governantes; o bem-estar, a prosperidade, a felicidade dos indivíduos considerados um a um, e não apenas a potência do Estado” (**Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**, op. cit., p. 64).

havidos como mera concessão dos que exercem o *poder*”.<sup>50</sup>

Esse desenvolvimento se aproxima da própria *definição dos direitos fundamentais*.<sup>51</sup> Nesse sentido, Robert Alexy se reporta à sua concepção clássica como “[...] destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são *direitos de defesa* do cidadão contra o Estado”. Esclarece o autor em referência que, dessa definição, ressaí um *status* negativo, no sentido de abstenção estatal. Seu contraponto seria um *status* positivo, ou seja, direitos a uma ação positiva do Estado ou a prestações estatais.<sup>52</sup>

Para Joaquim José Gomes Canotilho, a primeira função dos direitos fundamentais no âmbito desse *Estado Constitucional* é a defesa do indivíduo, sua liberdade e sua dignidade perante o Estado e seus *poderes*. De acordo com o tratadista português, na mesma linha de Robert Alexy, esses direitos representariam normas de competência negativa, ou seja, de proibição de intervenção estatal na esfera jurídica individual, ao lado da implicação positiva desses direitos com as prestações estatais. Ademais, os direitos fundamentais têm função eminentemente democrática porque permite a contribuição de todos para o seu efetivo exercício, inclui a participação livre em importantes garantias para a liberdade desse exercício e envolve a abertura do processo político para criação de novos direitos.<sup>53</sup>

No que diz respeito particularmente ao surgimento dos direitos fundamentais, haveria,

---

<sup>50</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

<sup>51</sup> Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes consideram os direitos fundamentais como o “[...] conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-física e afetiva dos seres e de seu *habitat*, tanto daqueles do presente quanto daqueles do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum ao mesmo tempo” (op. cit., p. 139). Luiz Alberto David de Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, em sua análise a respeito dos termos *direitos do homem e liberdades públicas*, esclarecem que são direitos imprescindíveis à condição humana. E sintetizam que “Podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões” (**Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108-109).

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433. A esse respeito, conferir também MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 23, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revistas-eletronicas/sumario>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

<sup>53</sup> Joaquim José Gomes Canotilho arrola as funções dos direitos fundamentais da seguinte maneira: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação (**Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 405-408). Conferir, a respeito, p. 290.

igualmente, uma *pré-história* deles localizados na Antiguidade.<sup>54,55</sup> Desse período podem ser resgatados valores que influenciaram diretamente a sua formulação posterior. Nesse sentido, segundo Fábio Konder Comparato, essa proto-história estaria precisamente localizada nos séculos XI e X a.C. Esse período refere-se inicialmente ao reino unificado de Israel (sob o reinado de Davi), que teria estabelecido, pela primeira vez, uma política de humanidade, representando o embrião daquilo que, posteriormente, seria denominado Estado de Direito.

De acordo com o mesmo autor, a experiência de *limitação do poder soberano* foi retomada no século VI a.C. com a criação das primeiras instituições democráticas em Atenas e foi na passagem do século XI ao XII, no contexto da democracia ateniense e a república romana, que foram reconhecidos os *direitos* comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social. Pode-se, ademais, aludir a importantes documentos que estariam localizados nessa história preliminar dos direitos humanos (em especial a liberdade), ainda que representados por garantias e privilégios de segmentos sociais especiais. São exemplos deles a Declaração das Cortes de Leão, de 1188, na Península Ibérica, e a Carta Magna Inglesa, de 1215, na Inglaterra, além de cartas de franquias outorgadas ainda nos séculos XII e XIII.<sup>56,57</sup>

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, merecem destaque, nesse percurso histórico, outros importantes eventos e documentos que surgiram e acompanharam esses períodos,

<sup>54</sup> A respeito da *inexistência* dos direitos humanos na Antiguidade, conferir VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81 e ss.

<sup>55</sup> Segundo Fábio Konder Comparato, a ideia de igualdade essencial entre todos os homens é oriunda do Período Axial da História (séc. VIII e II a.C.), embora tenham sido necessários vinte e cinco séculos para a primeira organização internacional com a Declaração Universal de Direitos Humanos (op. cit., p. 24). Nesse sentido, Joaquim José Gomes Canotilho explicita que a Antiguidade Clássica “não se quedou numa completa cegueira em relação à ideia de direitos fundamentais”, referindo-se ao pensamento sofista de igualdade natural e humanidade (**Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 379).

<sup>56</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 53-58; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 41.

<sup>57</sup> Em sentido diverso, o autor Darcy Azambuja esclarece que os direitos fundamentais do homem, tal como os conhecemos, não poderiam ser vislumbrados, por exemplo, na Antiguidade, não obstante a ideia de liberdade política possa ser encontrada nas aludidas formas estatais, como da Grécia e de Roma. Concorde, no entanto, que antecedentes desses direitos podem ser vislumbrados na Carta Magna Inglesa do século XIII, onde constavam garantias a alguns indivíduos e limitações à autoridade. E esclarece que, para implementar a Carta, surge o *Bill of Rights* (séc. XVII), para limitar o poder do rei e criar a liberdade dos cidadãos. E a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que surgiu no contexto da Revolução Francesa de 1789, limitando os poderes arbitrários e absolutos dos reis, proclamando a liberdade civil e política (op. cit., 155-158). Joaquim José Gomes Canotilho igualmente reconhece que a Magna Carta representaria uma “abertura” dos direitos corporativos aos direitos do homem e estaria situada na “proto-história dos direitos fundamentais” na medida em que representava carta de franquias dadas pelos reais aos vassalos. E, embora não representasse especificamente a ideia de direitos fundamentais inatos, representava a afirmação de direitos corporativos da aristocracia feudal em face do seu suserano. Estabelecia-se, através da Magna Carta, “o *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia” (**Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 380).

proporcionando a efetiva instauração dos direitos humanos fundamentais. Nessa senda, além da Magna Carta Inglesa, ganham destaque a Reforma Protestante e documentos de reivindicação de liberdade de opção religiosa e de culto, como o Édito de Nantes, em 1598, documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburgo, em 1555, e da Paz da Westfália, em 1648. Acrescente-se a Reforma e as guerras religiosas e as revoluções burguesas do século XVIII e documentos como a *Petition of Rights*, de 1628, e o *Bill of Rights*, de 1689, que desempenharam importante influência no surgimento e sedimentação dos aludidos direitos, todos objetivando a concessão de liberdade ou a *limitação do poder monárquico*.<sup>58</sup>

Consoante observado no tópico anterior, nos séculos XVII e XVIII houve, na Europa, um recrudescimento da concentração de *poderes* e grande influência das teorias da monarquia absoluta formuladas por Bodin e Hobbes. Disso seguiu-se, igualmente, o sentimento de liberdade e a ideia de limitação do poder monárquico.<sup>59,60</sup>

Eram os ideais liberais, de base jusnaturalista e jurracionalista, a “porta de entrada dos direitos fundamentais”<sup>61</sup> que avultaram a partir do século XVI, fundados na ideia de um direito natural que vincularia a atividade dos governantes e do qual se inferia a noção de dignidade própria do ser humano (valor natural, inalienável e incondicionado da personalidade do homem).<sup>62</sup> Seus sustentáculos procedem do pensamento cristão de Santo Tomás de Aquino a autores iluministas-contratualistas como Hobbes, Locke e Rousseau, merecendo destaque o *Lord Edward Coke*, que, como jurista e parlamentar, sustentou a existência de direitos fundamentais dos cidadãos ingleses na *ordem normativa* (a *Common*

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 42.

<sup>59</sup> Explica Fábio Konder Comparato que o espírito da Revolução Francesa era mais a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais e, em relação à liberdade política, antes como forma de libertação da “tirania monárquica”. Em relação à Declaração Norte-Americana, esta deu mais ênfase às garantias judiciais do que aos direitos propriamente ditos (op. cit., p. 148-152).

<sup>60</sup> Quanto a isso, esclarece Pietro Costa que lei e liberdade não aparecem, nesse contexto, de forma separada: “O indivíduo é livre enquanto age nos trilhos da lei e esta, por sua vez, é o único instrumento capaz de protegê-lo do arbítrio. É exatamente do nexo entre liberdade e lei que nasce a possibilidade de conter o arbítrio do príncipe e de tutelar a segurança dos sujeitos. A liberdade e a segurança (da pessoa, dos bens) são os valores finais que a lei permite alcançar na medida em que impede o arbítrio. A lei não é apenas um momento interno à organização da soberania: extrai sentido da sua destinação funcional, da conexão com um indivíduo que nela encontra a moldura e a tutela da sua ação. É nesse contexto que são formulados aqueles princípios de legalidade [...] e de igualdade jurídica [...]” (COSTA, Pietro. *O Estado de Direito: uma introdução histórica*. In: COSTA, Pietro; ZELO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**, op. cit., p. 103).

<sup>61</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaio de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 248.

<sup>62</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 38. Conferir também COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 248; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 92-111.

*Law inglesa*).<sup>63</sup>

Esse sentimento de liberdade-limitação oriundo de movimentos de contestação deu lugar a documentos emancipatórios, como a Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), onde constava, além do primado da liberdade, a igualdade.<sup>64</sup> Ambas têm, no âmbito do surgimento dos direitos fundamentais, importância inestimável, pois marcam (especialmente a Declaração Americana), a transição dos direitos de liberdade legais para direitos fundamentais constitucionais, ou seja, pela primeira vez os ditos direitos naturais do homem foram “[...] acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais”.<sup>65</sup> Joaquim José Gomes Canotilho avalia a importância da constitucionalização dos direitos fundamentais nos seguintes termos:

Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de fundamentalidade para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis. A constitucionalização dos direitos revela a fundamentalidade dos direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça.<sup>66</sup>

Desse modo, após referidas Declarações, houve a constitucionalização-positivação dos direitos e das liberdades fundamentais pelo poder constituinte, vindo a integrar o rol das Constituições do século XIX, devendo o Estado (e o soberano) respeitar e realizar seus princípios.<sup>67</sup>

Marca, portanto, a origem dos direitos fundamentais, sua base jusnaturalista. São direitos de cunho individualista, como direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, implementados posteriormente por liberdades individuais e direito à participação política, que, por sua vez, afirmam a relação existente entre os direitos fundamentais e a

---

<sup>63</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 41. Conferir também COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 259.

<sup>64</sup> MIRANDA, Jorge, op. cit., 32.

<sup>65</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., 43. Conferir nesse sentido VILLEY, Michel, op. cit. p. 3; CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O Estado de Direito**, op. cit., p. 19 e COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 111.

<sup>66</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **O Estado de Direito**, op. cit., p. 19-20.

<sup>67</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 248-249; COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 110-116.

democracia.<sup>68</sup> Igualmente permeia o seu surgimento o pensamento liberal do século XVIII, caracterizando-se como direitos do indivíduo em face do Estado, ou seja, como direitos de defesa em oposição à intervenção estatal, ao seu *poder*.<sup>69</sup>

De acordo com a locução de Michel Villey, não obstante a origem pouco desinteressada, diante das excessivas desigualdades e da abusiva sujeição ao poder estatal desse período surgem, como *antídoto*, os direitos humanos. Desse modo, essa nova literatura jurídica foi transformada em uma arma defensiva contra as formas de absolutismo ou de desumanidades.<sup>70</sup>

As declarações norte-americana e francesa, consoante mencionado, representaram emancipação dos indivíduos perante os grupos sociais a que se submetiam (v.g. família, igreja, estamento) e essa emancipação foi “preparada”, segundo Fábio Konder Comparato, por mais de dois séculos antes. Mesmo assim, apesar da liberdade e da igualdade adquiridas, as relações de produção no período que se seguiu fizeram surgir graves problemas sociais e econômicos, gerando o empobrecimento das massas proletárias na primeira metade do século XIX, o que permitiu que, mais tarde (já no século XX), fossem afirmados novos direitos, ou seja, direitos não apenas de caráter formal, mas material, impondo um comportamento estatal positivo: “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”. Ademais, depois da Segunda Guerra Mundial e após os hediondos acontecimentos que marcaram essa época (em que a proclamada liberdade havia sido aviltantemente atacada), pleiteava-se um retorno do controle do direito sobre o *poder*.<sup>71</sup> Diferentes são os direitos atribuídos aos sujeitos após esse período, direitos que se espargem nas constituições e nos diversos documentos internacionais que passaram a consagrá-los.<sup>72</sup>

Quanto a isso, ou seja, em relação à cultura constitucionalista do segundo pós-guerra, que dá lugar a uma nova fase do Estado de Direito, Pietro Costa obtempera:

Domina nesta cultura político-jurídica a convicção de que democracia e direitos são conceitos necessariamente complementares: contra o aniquilamento totalitário da

---

<sup>68</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 63. Segundo o autor em referência, a democracia dos modernos, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, não foi a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais.

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 47.

<sup>70</sup> O autor reconhece que os direitos humanos foram o produto da filosofia moderna surgida no século XVII, mas esclarece que a expressão *direitos do homem* surge em meados do século XVII e seus pródromos já se encontram na Idade Média, no seio da teologia. Por isso se diz que os direitos humanos seriam uma conquista devida ao cristianismo, que exaltava mais a dignidade do homem do que os filósofos gregos (VILLEY, Michel, op. cit. p. 3, 16-17, 107, 137).

<sup>71</sup> COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito**: história, teoria, crítica, op. cit., p. 186.

<sup>72</sup> COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 65-69; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 47-48.

autonomia individual a base do ordenamento se torna a pessoa, tida como o centro de imputação de uma multiplicidade de direitos diversos. A democracia que se quer instaurar não deseja ser um simples retorno ao parlamentarismo oitocentista, com algumas “correções” devidas à introdução do sufrágio universal (masculino e feminino). Ela será muito mais a forma política de uma ordem centrada sobre a pessoa e sustentada pela convicção de que apenas a atribuição a todos os cidadãos de iguais direitos permite a eles uma completa realização humana. No constitucionalismo do segundo pós-guerra são os direitos dos sujeitos que adquirem uma inédita relevância.<sup>73</sup>

A partir de então, reforçando a centralidade do indivíduo na cultura política novecentista, passam a integrar as constituições tanto os direitos civis, quanto políticos e sociais, proclamando “a sua estreita complementariedade e mútua compatibilidade”, contra qualquer manifestação de *poder* arbitrário.<sup>74</sup>

Assim, portanto, considerando a origem do Estado de Direito permeado pela tradição liberal-burguesa, poder-se-ia concordar que o Estado de Direito se identifica com o Estado Constitucional. Nesse sentido, as constituições ancoram a ideia da lei como limitadora do *poder* estatal, limites esses agregados aos valores da separação de poderes e de participação popular. Os direitos fundamentais passam a possuir, nesse contexto, importância excepcional. Todos esses valores estão intimamente conectados e dão forma ao chamado Estado Constitucional.

Reitere-se, entretanto, que o Estado Constitucional é mais do que o Estado Direito, como afirma Canotilho. Desse modo, concebe-se o Estado Constitucional sob a ótica evolutiva e até mesmo transformadora, posto que reúne o poder do *demos* e os direitos fundamentais, estes que vão além dos valores individuais consagrados pela tradição liberal. Assim, os direitos, a princípio naturais, necessitam da intervenção da nação soberana (o poder constituinte) para transformá-los em direitos civis, além de agregá-los ao rol individualista de direitos, outros de matiz política e social.<sup>75</sup> Dessarte, além do direito à não-intervenção do Estado na esfera pessoal (direitos de defesa), firma-se o direito às prestações positivas estatais e aos mecanismos que possibilitem o efetivo exercício dos direitos fundamentais. Há, nas palavras do Ministro Gilmar Mendes, liberdade perante e por intermédio do Estado.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> COSTA, Pietro, **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 261. O autor reforça a ideia de centralidade da pessoa após o período da Segunda Guerra Mundial na obra “Estado de Direito: história, teoria, crítica (op. cit., p. 187).

<sup>74</sup> COSTA, Pietro, **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 261.

<sup>75</sup> Conferir, nesse sentido, COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 110-111.

<sup>76</sup> MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 23, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revistas-eletronicas/sumario>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

Assim o Estado Constitucional não é apenas aquele Estado limitado pelo direito e que indica expressamente no texto constitucional os direitos fundamentais de todos os indivíduos. Por um lado, a concepção formal dá lugar à concepção material no sentido de respeito e de realização dos direitos fundamentais pelo ente estatal, ou seja, os direitos fundamentais somente poderão ser realizáveis no âmbito do Estado Constitucional.<sup>77</sup> De outro, a ideia de fundamentalidade material dos ditos direitos deve permear as *estruturas* do Estado e da própria sociedade de modo que o Estado, no exercício de seu *poder*, está vinculado e limitado pelas diretrizes constitucionais, ao respeito e à promoção dos direitos fundamentais.<sup>78</sup> De mecanismos de defesa como foram concebidos preliminarmente, passam a ser concebidos como fundamento material da ordem jurídica. A ideia de Estado de Direito dá, portanto, lugar à concepção de *Estado Constitucional* em seu caráter evoluído-transformador. Ingo Wolfgang Sarlet, após a análise do desenvolvimento dos direitos fundamentais no âmbito estatal, resume:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do *Estado constitucional*, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais. [...] o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente. [...] entre os direitos fundamentais e a democracia se verifica uma relação de interdependência e reciprocidade.<sup>79</sup>

Verifica-se, assim, que os direitos fundamentais não nasceram em um único instante ou todos de uma só vez e não se apresentam como realidades estáticas, o que pode ser vislumbrado com a própria transformação desde a sua formulação no decurso do século XVIII.<sup>80</sup> São, portanto, direitos *históricos* que se conformam com as circunstâncias sócio-histórico-políticas de uma dada comunidade. E o mais significativo é que igualmente, nesse desenrolar histórico, mudam a sua feição, de modo que, além do caráter de instrumentos defensivos contra o *poder* estatal inicialmente atribuído, passam a fundamentar a própria ordem jurídica e direcionam a atividade estatal. Vinculam todos os poderes; limitam e legitimam o poder no contexto do Estado Constitucional.

---

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de, op. cit., p., p. 88; COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico, op. cit., p. 110-111; SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 59.

<sup>78</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., 377.

<sup>79</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, op. cit., p. 59-61.

<sup>80</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do Estado**, op. cit., p. 135-136.

## NOTAS CONCLUSIVAS

O presente artigo teve como propósito delimitar, num primeiro momento, a própria concepção de Estado, fazendo um retorno histórico para chegar a uma possível definição de *Estado Constitucional*. Nesse percurso buscou-se, para além da definição de Estado Constitucional, identificar seus elementos caracterizadores, entre os quais ganham destaque os direitos fundamentais.

Nesse sentido, verificou-se que, na expressão *Estado*, em tese cunhada pela primeira vez por Maquiavel, sempre estiveram presentes elementos que denotavam uma forma de *poder* desempenhado por uma pessoa, num determinado contexto territorial e em favor (ou desfavor) de um grupo. Desse modo, esse poder é, preliminarmente, desempenhado exclusivamente por um poder soberano, passando a ser exercido por poderes fragmentados e, posteriormente, pelo povo soberano, caracterizando-se, nesse caminho, como forma de poder ilimitado ou limitado, privilegiando ou não a situação dos sujeitos.

No que concerne ao desenvolvimento histórico, embora sem essa denominação, o Estado, como forma de organização política regida por um *poder* soberano, já poderia ser vislumbrado no Estado Antigo (Oriental ou Teocrático), embora não exista consenso a respeito disso na doutrina. Entende-se que o chamado Estado de Direito surge tão somente na Modernidade e foi instaurado para conter os abusos (de poder) praticados em nome da lei ou visando o bem comum (não comum). Os propósitos liberais-burgueses tiveram como mérito apresentar direitos aos indivíduos (liberdade-propriedade), em que pese tenham sido outorgados como alternativa privilegiadora de grupos particularizados da sociedade. Em razão de períodos de crise social e após alguns movimentos que, no texto, preferimos denominar de contestação, surgem documentos declaratórios de direitos, aumentando inclusive os direitos preliminarmente ansiados pelos indivíduos. Desse modo, e nessa evolução, nota-se primeiramente a quase ausência de direitos que dá lugar aos direitos individuais e depois aos direitos políticos e sociais. Tais direitos imbricados (pessoais, políticos e sociais) foram, no período do segundo pós-guerra, constitucionalizados e articulados contra o poder despótico.

Verifica-se que desse contexto exsurge, primeiramente, a instituição do Estado de Direito, como Estado limitador do poder do soberano através da lei. Ao depois, com a ideia de poder não mais centralizado nas mãos do soberano mas do povo (*demos*) e o surgimento e sedimentação dos direitos fundamentais, ocorre o advento do Estado Constitucional. Assim, é

possível conceber o Estado Constitucional, num primeiro momento, como um Estado *evoluído*, como algo mais que o Estado Legal. Melhor dizendo: o Estado Constitucional é aquele que possui um *plus* em relação ao Estado de Direito que nasceu após a Revolução de 1789. Esse *plus* inclui, consoante mencionado supra, a conjugação entre o poder do *demos* (a democracia) e o *poder* dos direitos fundamentais, todos indicados e delineados na Constituição. O Estado Constitucional é, portanto, aquele que se funda e se conforma à Carta Política do país. É a Carta Política, de orientação democrática, que regula a organização estatal e limita o poder, inclusive *por meio* dos direitos fundamentais.

Dessarte, importância excepcional possuem os direitos fundamentais dos homens no interior do Estado Constitucional. Surgiram, a princípio, para atribuir certas prerrogativas a determinados segmentos sociais, passando, com o tempo e eventos que aviltaram profundamente a humanidade, a diretrizes fundamentadoras da própria organização estatal, presentes na maioria das Constituições do mundo (universalização dos direitos).

Evidencia-se aquilo que a doutrina identificou como sendo uma *tensão* que marca o poder (e poder do *demos*) e o direito (e os direitos). Esse *poder*, concentrado nas mãos do soberano (a princípio de forma arbitrária, não levando em consideração os interesses do grupo, mas, principalmente, de alguns segmentos privilegiados) dá lugar ao *poder* do povo (a democracia) e o direito, que impõe preliminarmente limites à atividade estatal e cede espaço aos direitos fundamentais amparados constitucionalmente, que, além de colocarem o indivíduo no centro da cultura política, limitam e legitimam a atuação estatal. Poder-se-ia dizer que há uma transição dos centros de *poder*, sobrelevando-se a importância do indivíduo e dos seus direitos e, portanto, do *poder* dos direitos fundamentais do homem.

Em síntese e para concluir, apesar da identificação entre Estado de Direito e Estado Constitucional realizado por alguns teóricos, é certo que se deve, numa concepção hodierna de Estado Constitucional, vincular as ideias de Constituição, Estado de Direito, democracia e direitos fundamentais. Desse modo, o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) tem limitadas as suas atividades à vista, necessariamente, de uma Constituição escrita, na qual, inevitavelmente, estão consagrados os direitos ditos fundamentais do homem (pessoais, políticos e sociais). Referidos direitos igualmente norteiam e limitam a atividade estatal, ao mesmo tempo em que legitimam sua atuação. Dessa caracterização ressaí a centralidade ocupada pelo indivíduo no espaço político (estatal). Esse Estado Constitucional, outrossim, apresenta-se como Estado que respeita esses limites e promove os direitos fundamentais, individuais ou coletivos. Cuida-se de uma concepção material de Estado em que os direitos fundamentais serão efetivados nesse âmbito. Dessa forma, o Estado Constitucional é aquele

em que a democracia se realiza com a promoção dos direitos fundamentais e estes, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, são *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 4. ed. Brasília: Editora UNB, 1985.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra/Portugal: Almedina, s/d.

\_\_\_\_\_. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999 (Coleção Cadernos Democráticos).

CHUEIRI, Vera Karam de. Nas trilhas de Carl Schmitt (ou nas teias de Kafka): soberania, poder constituinte e democracia (radical). In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004. p. 347-377.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Alvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**. Curitiba, PR: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95-197.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEROA, Alfonso García. Princípios e direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5-34.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O poder entre o direito e a “norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004. p. 347-377.

KOZICKI, Katya. Democracia radical e cidadania: reflexões sobre a igualdade e a diferença no pensamento de Chantal Mouffe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Repensando a teoria do Estado**. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2004. p. 326-346.

MARX, Karl. **O 18 Brumário de Luís Bonaparte**. In: Manuscritos econômico-filosóficos. Trad. José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os Pensadores).

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 23, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/revistas-eletronicas/sumario>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Rúbia Nazari. Do Estado moderno ao Estado Constitucional: algumas considerações. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 1, n. 1, 3º quadrimestre de 2006. Disponível em: <[www. http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rubia%20Nazari%20Oliveira.pdf](http://siaibib01.univali.br/pdf/Artigo%20Rubia%20Nazari%20Oliveira.pdf)>. Acesso em: 18 dez. 2012.

PERISSINOTTO, Renato Monseff; CODATO, Adriano Nervo. O Estado como instituição: uma leitura das “obras históricas” de Marx. **Crítica Marxista**, Campinas, 1. ed., maio 2001. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/apres13.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de Moraes. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-185.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.