

O Estado de Direito na Constituição Brasileira de 1988*

Juliana Silva

Acadêmica do Curso de Direito na Universidade de Brasília

– UnB.

DOI: 10.11117/22361766.06.01.05

SUMÁRIO: Introdução; 1 A construção histórica do conceito de Estado: do Estado de polícia ao estado social e democrático de direito; 2 O Estado de direito nas três épocas constitucionais brasileiras: da Carta de 1824 à Constituição Federal de 1988; 3 O panorama prescritivo concernente ao Estado de direito na Constituição Federal de 1988; 4 Panorama descritivo do Estado de direito brasileiro: o desafio da superação das barreiras entre o *dever ser* constitucional e o *ser* da realidade prática; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Estado de direito brasileiro, visto pelo ângulo da Constituição Federal de 1988, é produto de um processo histórico pelo qual as decisões políticas preponderantes são tomadas no País. Em outras palavras, a organização estatal visualizada por meio da Carta Magna hodierna refere-se a um conjunto de opções políticas da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, que foram transpostas para o âmbito jurídico. Desse modo, características precípua do Estado brasileiro atual, tais como a forma federativa e o sistema republicano, são prioritariamente escolhas daqueles que foram incumbidos de elaborar o texto constitucional em vigor. A fim de que se torne nítida essa idéia de Estado de direito como produto histórico, e não apenas normativo, far-se-á neste trabalho uma breve exposição, dividida em quatro tópicos principais.

Primeiramente, será abordada a construção histórica do conceito de Estado pela teoria política moderna, com os esclarecimentos conceptuais imprescindíveis a uma abordagem sobre o Estado de direito na Constituição brasileira atual. Nesse sentido, é importante esclarecer o que significa um Estado de direito, como ele foi concebido e quais são suas peculiaridades

* Monografia classificada em 1º lugar no I Concurso Brasiliense de Monografia Jurídicas, quando da realização do VII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional, nos dias 21 e 22 de outubro de 2004.

fundamentais, para uma posterior análise acerca da conformação estatal brasileira estipulada pela Carta de 1988.

No segundo tópico, mencionar-se-ão as três grandes épocas constitucionais brasileiras, com seus caracteres marcantes, de modo a enfatizar como a instabilidade política inerente à História do Brasil tem contribuído para uma instabilidade da própria trajetória constitucional no País. Nesse sentido, cumpre salientar eventuais resquícios deixados pelas constituições brasileiras antigas sobre o modo de organização do Estado de direito pela Constituição atual.

Nos dois últimos tópicos, será feito um contraponto entre os panoramas *prescritivo* e *descritivo* do Estado brasileiro contemporâneo, a partir das informações propiciadas pelos tópicos anteriores. Quanto ao panorama prescritivo, frisar-se-á o conjunto de normas constitucionais que estabelecem o modo pelo qual o Estado de direito brasileiro deve se comportar e agir. Já no que concerne ao panorama descritivo, serão feitas algumas observações atinentes aos reais comportamentos e atos do Estado brasileiro, o que implica uma certa discussão acerca da própria eficácia do texto constitucional em vigor.

1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE ESTADO: DO ESTADO DE POLÍCIA AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como tema fundamental de diversas áreas do conhecimento, dentre as quais a Ciência Política e o Direito, o conceito de Estado passou por constantes modificações ao longo da trajetória histórica do Ocidente. Pensado minuciosamente por filósofos como MAQUIAVEL, HOBBS, ROUSSEAU e MONTESQUIEU (entre outros), o Estado constitui uma abstração humana que foi adquirindo diferentes conotações até a atualidade. Tendo em vista a abrangência de tal tema, far-se-á aqui uma breve análise sobre as concepções e características que vêm sendo atribuídas ao Estado.

Conforme elucidam distintos cientistas políticos, a designação *Estado* foi prioritariamente utilizada pelo teórico MAQUIAVEL. De fato, esse pensador, em sua obra *O príncipe* (escrita em aproximadamente 1513), salientava: “todos os Estados, todos os domínios que têm havido e que há sobre os homens são repúblicas ou principados”.¹

A fim de que se possa compreender como se solidificou na tradição jurídica ocidental todo o significado que esse termo “Estado” encerra, é necessário que se recorra às concepções da teoria política moderna, inicialmente no âmbito do contratualismo. Nesse sentido, observa MIGUEL REALE:

1 MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe; escritos políticos/Nicolau Maquiavel*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 5. Coleção “Os pensadores”.

“Representando, de início, uma simples justificação, muitas vezes implícita, da origem e da autoridade do governo (*pactum subjectio-nis*), a idéia de contrato social veio se transformando, aos poucos, na explicação originária da própria sociedade e do Estado.”²

Assim, tal pensamento contratualista trouxe contribuições significativas para a concepção de Estado durante a modernidade. Em meio à crise do governo misto na Inglaterra do século XVII, o autor inglês THOMAS HOBBS (1588-1679) escreveu a obra *Leviatã*, de modo a evidenciar as causas, a geração e a definição de Estado (considerado aqui no âmbito do absolutismo):

“O fim último, causa final e desígnio dos homens (...), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação (...). Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra que é a consequência necessária (...) das paixões naturais dos homens (...).”³

Ainda na linha de pensamento contratualista, o filósofo francês JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778), em sua obra clássica *Do contrato social*, salientava que os homens seriam naturalmente capazes de se associarem mediante um pacto social. Tal pacto seria constituído entre o povo e os governantes, de modo a estabelecer a subserviência dos mesmos à chamada “vontade geral”, que se subordinaria ao bem comum. Nesse sentido, as leis nada mais seriam do que lídimas expressões da vontade geral. Desse modo, ROUSSEAU apresenta a “semente” do que viria a ser um princípio fundamental do Estado de direito: a *superioridade das leis*. Quanto a essa idéia de proeminência legal, ROUSSEAU mencionava: “as leis não são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor.”⁴

Ressalte-se que essas concepções políticas de ROUSSEAU tinham um acentuado cunho iluminista e se contrapunham ao absolutismo, contra o qual já havia fortes questionamentos na França do final do século XVIII, e ao Estado de polícia característico de tal regime. Desse modo, o Estado de polícia, que se erguera naquele período, tinha peculiaridades inconciliáveis com os anseios sociais, em especial os da ascendente burguesia da época. Como ressalta SUNDFELD, tais peculiaridades do Estado de polícia eram basicamente as seguintes:

“a) O Estado, sendo o criador da ordem jurídica, não se submetia a ela;

2 REALE, Miguel. *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 1956, p. 146.

3 HOBBS, Thomas. *Leviatã*, ou, matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 103-106. Coleção “Os pensadores”.

4 ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. 3. ed. Trad. brasileira de Lourdes Santos Machado, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

- b) O soberano, e, portanto, o Estado, era indemandável pelo indivíduo;
- c) O Estado era irresponsável juridicamente: *le roi ne peut mal faire, the king can do no wrong* (...).
- d) O Estado exercia, em relação aos indivíduos, um poder de polícia;
- e) Dentro do Estado, todos os poderes estavam centralizados nas mãos do soberano (...).⁵

Contraopondo-se à idéia de que uma mesma pessoa (o soberano) estaria apta a legislar, julgar e administrar, o pensador francês MONTESQUIEU lançou (com influências da filosofia grega) outro princípio fundamental de um Estado de direito: a *separação dos poderes*. Em sua obra clássica *Do espírito das leis*, MONTESQUIEU ressalta que “há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e executivo das que dependem do direito civil”.⁶

É sob as influências desse pensamento iluminista que advêm a Revolução de independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa (1789-1799), rompendo com os paradigmas ideológicos e políticos do Antigo Regime. Nesse contexto, a derrocada do absolutismo francês, com a morte de Luís XVI, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão marcam o início de um período de primazia das concepções liberais burguesas. Tais acontecimentos históricos são imprescindíveis para a compreensão do modo pelo qual ocorreu a passagem de um Estado de polícia, cujas características eram bastante atreladas ao absolutismo, para um Estado de direito, de cunho fortemente liberal.

Em relação a essa passagem, pode-se dizer que o referido Estado de direito foi concebido no bojo do liberalismo econômico e, em certa medida, veio em resposta às demandas da burguesia por segurança jurídica e por direitos individuais que fossem inclusive oponíveis ao próprio Estado. Desse modo, a concepção de Estado de direito, ou de Estado que se submete ao direito, está intrinsecamente relacionada às transformações econômicas, políticas e sociais que eram verificadas no contexto histórico da transição do século XVIII para o XIX.

Convém ainda ressaltar que o Estado de direito, no âmago das concepções liberais, deveria se ocupar primordialmente da limitação de abusos por parte do poder público e da garantia dos chamados direitos individuais de primeira geração (vida, liberdade, propriedade etc.). Daí vem a designação corrente de “Estado mínimo”, no sentido de que o mesmo deveria inter-

5 SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 34.

6 MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985, p. 148-149.

vir pouco no âmbito da iniciativa privada (havia uma prestação estatal *negativa*, ou seja, o Estado limitava-se a não macular os direitos individuais). Tal Estado de direito baseia-se em quatro preceitos fundamentais, como salienta SUNDFELD:

- a) a supremacia da Constituição;
- b) a separação dos Poderes;
- c) a superioridade da lei; e
- d) a garantia dos direitos individuais.”⁷

Ao referido Estado liberal, com suas características de supremacia da constituição, separação de poderes, soberania, entre outras, sucedeu-se o Estado democrático de direito (já no limiar do século XX). Nesse sentido, BOBBIO assevera: “o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático”.⁸

O Estado democrático assim se denomina por pressupor a participação popular no exercício do poder político em geral. E, dessa forma, não só incorporou peculiaridades que eram inerentes ao Estado de direito (as garantias individuais, a superioridade das leis etc.), mas também possibilitou a emergência dos direitos políticos. A fim de evidenciar os elementos essenciais desse Estado, SUNDFELD explicita:

“Em termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).”⁹

Em decorrência de diversas transformações sociais, econômicas e políticas verificadas em contextos ocidentais dos séculos XIX e XX, emergiu o Estado social e democrático de direito. Tal concepção pode ser compreendida pelo acréscimo ao Estado democrático de um conjunto de prestações estatais *positivas*, no sentido da manutenção da justiça e do desenvolvimento sociais. Esse Estado, chamado por alguns de Estado de bem-estar social, é analisado por GORDILLO da seguinte forma:

“A diferença básica entre a concepção clássica de liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado.”¹⁰

7 SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 40.

8 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia – uma defesa das regras do jogo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 20.

9 SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 54.

10 GORDILLO, Augustín. *Princípios gerais de direito público*. São Paulo: RT, 1977, p. 74.

Todas essas considerações históricas revelam-se oportunas para que sejam analisadas as características do Estado de direito brasileiro na trajetória constitucional do País, desde o advento da Carta imperial de 1824 até a Constituição de 1988.

2 O ESTADO DE DIREITO NAS TRÊS ÉPOCAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS: DA CARTA DE 1824 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Analisar o Estado de direito brasileiro no âmbito da Constituição Federal em vigor demanda, inequivocamente, não só uma abordagem prévia acerca do significado histórico de Estado, mas também um estudo relativo à própria trajetória constitucional no Brasil. Desse modo, o modelo estatal implementado pela Carta Magna de 1988 se insere em um processo historicamente dinâmico que denota, *prima facie*, a instabilidade intrínseca às instituições políticas brasileiras. De fato, se a constituição for aqui compreendida tal como conceituava SCHMITT, ou seja, como a decisão política fundamental de uma nação ou país,¹¹ a existência de sete constituições, além da importante emenda de 1969, em um período de 180 anos (de 1824 até a atualidade) evidencia contextos políticos bastante instáveis na História do Brasil.

Torna-se necessário, portanto, vislumbrar as épocas constitucionais brasileiras, a fim de que sejam compreendidos eventuais resquícios de constituições antigas sobre a Carta Magna atual relativamente à organização do Estado de direito. Assim, como elucida o autor PAULO BONAVIDES, houve três grandes épocas constitucionais no Brasil:

“A primeira [época], vinculada ao modelo constitucional francês e inglês do século XIX; a segunda, representando já uma ruptura, atada ao modelo norte-americano e, finalmente, a terceira, em curso, em que se percebe (...) a presença de traços fundamentais presos ao constitucionalismo alemão (...).”¹²

Durante a primeira época constitucional brasileira (1824-1891), o Estado concebido para o País possuía como características precípuas: a) a forma unitária; b) a adoção da religião católica como oficial; c) a separação de quatro poderes (Executivo, Legislativo, Judicial e Moderador), entre outras. Quanto à primeira característica aludida, o autor SAHID MALUF explana:

“Estado Unitário é aquele que apresenta uma organização política singular, com um governo único de plena jurisdição nacional, sem divi-

11 Vide SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madri: Alianza, 1992.

12 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 361.

sões internas que sejam simplesmente de ordem administrativa. O Estado unitário é o tipo normal, o Estado padrão.”¹³

Além de erigir um Estado unitário, a Constituição brasileira de 1824, outorgada por D. Pedro I, ainda estabeleceu um modelo estatal regido pela separação de quatro poderes, dentre os quais se destacava o poder moderador (art. 98 da Carta de 1824), atribuído exclusivamente ao monarca. Ademais, saliente-se que se vislumbrou nesta primeira época constitucional uma forma de governo parlamentar, típica do Estado brasileiro de então. Nesse sentido específico, o autor PAULO BONAVIDES assevera:

“A monarquia constitucional do Império no Brasil foi um equilíbrio relativamente estável, pois durou 65 anos, entre o princípio representativo, gerador de um parlamentarismo *sui generis* (...) e o princípio absolutista, dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal, de que era titular o Imperador (...).”¹⁴

Com a instauração da República, no ano de 1889, advém a segunda época constitucional brasileira, que se prolongou até o início da década de 1930. Desse modo, o Estado de direito que se verificava no bojo da Constituição promulgada em 1891 tinha como características preponderantes: a) a forma federativa; b) a separação com quaisquer religiões (Estado laico); c) o presidencialismo como forma de governo; d) o sistema republicano; e) contornos liberais mais nítidos, entre outras. Essa segunda época constitucional no Brasil teve nítidas influências norte-americanas, como se vê, por exemplo, com a introdução do controle de constitucionalidade de leis e com o advento da federação brasileira (instaurada por meio do Decreto nº 1 da República). A respeito do sistema federativo da época e da relativa autonomia de cada Estado-membro, ALIOMAR BALEEIRO salienta:

“Cada Estado se regeria pela Constituição e leis que adotasse, ‘respeitados os princípios constitucionais da União’ (...). A violação desses princípios era um dos casos de intervenção federal nos Estados (...). Os Estados receberam pelo art. 64 (...) as minas e terras devolutas de seu território. Até hoje (...) as terras devolutas são estaduais.”¹⁵

Com a derrocada da dita “política do café com leite”, que alternava as oligarquias paulistas e mineiras no poder durante a segunda época constitucional brasileira, ruiu a chamada República velha. Nesse sentido, a Constituição de 1934, promulgada sob a égide do governo de Getúlio Vargas, inaugurou a terceira época constitucional no Brasil, consubstanciada na idéia de Estado social. Com nítidas influências da Constituição de Weimar (de

13 MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 165.

14 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 364.

15 BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, MCT, CET, 2001, p. 40.

1919), a Carta de 1934 evidenciou como aspectos inovadores as prestações estatais positivas, com a introdução dos chamados *direitos de igualdade*. Desse modo, a terceira época constitucional, cuja abertura foi realizada pela Constituição já aludida, é assim descrita pelo jurista PAULO BONAVIDES:

“É período complexo e não raro tumultuário; estende-se por mais de 50 anos. Constatam-se nele (...) fatos políticos de extrema importância para a compreensão do sentido coerente da história constitucional do Brasil (...). Desse acidentado período (...) vamos destacar os estatutos fundamentais expedidos (...) que durante certo espaço de tempo mantiveram as aparências de um regime normal de governo, debaixo do princípio representativo e das regras inerentes ao Estado de Direito (...). Aí se inserem, por exemplo, as Constituições de 1934 e de 1946, bem como a recém-promulgada Constituição de 5 de outubro de 1988.”¹⁶

Tal perquirição acerca das três épocas constitucionais brasileiras, já explanadas, é importante para que se perceba que o Estado de direito no âmbito da Carta de 1988 não é uma entidade estanque e incólume a quaisquer influências das constituições anteriores. O Estado de direito atual é, sobretudo, produto de um processo histórico que denota a instabilidade das opções políticas implementadas pelo Brasil durante décadas. Nesse sentido, o Estado brasileiro hodierno possui, em tese, as duas grandes qualidades de um Estado constitucional, ressaltadas por CANOTILHO como provenientes de movimentos constitucionalistas: “o constitucionalismo procurou (...) estruturar um *Estado com qualidades* (...). Eis aqui as duas grandes qualidades do Estado constitucional: Estado de *direito* e Estado *democrático*”.¹⁷ De fato, o próprio art. 1º, *caput*, da Constituição de 1988, preceitua que a República do Brasil constitui-se em Estado democrático de direito.

3 O PANORAMA PRESCRITIVO CONCERNENTE AO ESTADO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como Constituição analítica, a Carta de 1988 apresenta um amplo rol de artigos que versam sobre preceitos fundamentais do Estado de direito, especialmente sobre a garantia dos direitos individuais, a separação de poderes e a superioridade da lei. Ao serem analisados, tais artigos denotam o modo pelo qual o Estado de direito brasileiro *deve ser* estruturado, no sentido de resguardar os direitos subjetivos e a ordem jurídica no País, além de implementar as atividades e os serviços que lhe são próprios.

16 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 366-367.

17 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 87.

No Título II da Constituição Federal estão estabelecidos os direitos e garantias fundamentais, com alusão aos direitos individuais e coletivos (art. 5º), aos direitos sociais (arts. 6º ao 11), à nacionalidade (art. 12), bem como aos direitos políticos (arts. 14 ao 16). Assim, o Constituinte de 1988 disciplinou um amplo rol de direitos subjetivos a serem amparados e protegidos pelo Estado de direito brasileiro, que se caracteriza, em princípio, como um Estado social. Nesse sentido, vale frisar as seguintes elucidações de BONAVIDES:

“A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões uma Constituição do Estado social (...). Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.”¹⁸

Assim, percebe-se que diversos preceitos constitucionais possuem como características a idealização de um Estado social e democrático de direito. É o que se vê pela leitura de artigos do Título I da Constituição (princípios fundamentais), do Título II já mencionado, bem como do Título VIII, que trata da ordem social, de modo a normatizar os temas concernentes à educação (arts. 205 a 214), à saúde (arts. 196 s 200), à previdência (arts. 201 e 202), ao meio ambiente (art. 205), entre outros.

Além de preceituar os referidos direitos individuais e coletivos no bojo das concepções inerentes a um Estado social, a Constituição de 1988 estabelece em seu Título IV a organização dos poderes, aspecto esse imprescindível ao implemento de atividades estatais. Saliente-se, antes de qualquer outra consideração, que tanto os direitos e garantias individuais quanto a separação de poderes são cláusulas pétreas consagradas pelo art. 60, § 4º da Carta de 1988 e, portanto, limitações materiais expressas à reforma do texto constitucional.

Desse modo, faz-se uma divisão de competências entre Poder Legislativo (arts. 44 a 75), Executivo (arts. 76 a 91) e Judiciário (arts. 92 a 126), não de uma forma estanque, mas coordenada. Tal divisão de competências não é estanque, pois cada um dos poderes possui uma série de atribuições típicas e atípicas. Ao Poder Legislativo, mais especificamente ao Senado Federal, por exemplo, cabe processar e julgar o Presidente da República em crimes de responsabilidade (art. 86, *caput*). Enquanto ao Judiciário, em determinadas circunstâncias, é dada a incumbência de exarar atos normativos, como no caso da elaboração de regimentos internos de tribunais. Assim, a separação de poderes, pensada em âmbito constitucional de acordo com a idéia clássica de MONTESQUIEU de que apenas o poder de-

18 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 371.

tém o poder¹⁹ eficientemente, é um dos pilares mais sólidos de um Estado de direito. A respeito das razões pragmáticas e jurídicas que fundamentam a divisão orgânica de poderes, o autor JÜRGEN HABERMAS assevera:

“O princípio da legalidade da administração esclarece o sentido nuclear da divisão dos poderes. Superando uma diferenciação funcional, que se explica a partir da lógica da argumentação que introduz uma diferença entre fundamentação e aplicação de normas, a diferenciação institucional que se expressa na constituição de poderes separados tem por finalidade amarrar a aplicação do poder administrativo ao direito normatizado democraticamente (...).”²⁰

No que concerne aos vínculos existentes entre administração pública e separação de poderes, é necessário analisar a forma pela qual o Estado brasileiro se organiza, de acordo com o Título III da Carta de 1988. Nesse sentido, a forma federativa do Estado brasileiro traz em seu bojo uma descentralização não só administrativa, mas também legislativa e política. Cada ente federado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), portanto, possui autonomia em distintas esferas de poder, ressaltando-se que não há propriamente uma hierarquia constitucional entre tais pessoas jurídicas de direito público interno. Em âmbito legislativo, as atribuições da União são expressas pelo art. 22 da Constituição Federal, enquanto as dos Estados e do Distrito Federal são remanescentes. Saliente-se ainda que o poder constituinte derivado decorrente possibilita que cada Estado federado tenha sua própria constituição e, no caso do DF, uma lei orgânica, com a condição de que sejam respeitados os princípios da Carta Magna.

Na esfera do Judiciário, cada ente federativo possui seus próprios tribunais e juízes, com exceção dos municípios. Analogamente, no âmbito do Poder Executivo, cada pessoa política tem ingerência administrativa própria, ou seja, os Estados-membros e o DF possuem seus próprios governadores (art. 28 da CF), os Municípios estão sob a égide dos prefeitos (art.29), de modo a não serem hierarquicamente inferiores ao governo federal. Assim, a própria forma federativa do Estado brasileiro confere aos seus entes uma descentralização no âmbito dos três poderes já analisados. A respeito do significado inerente a uma comunidade jurídica descentralizada, tal como se verifica no Estado brasileiro, o autor HANS KELSEN elucida:

“Uma comunidade jurídica descentralizada é, idealmente, aquela cujo ordenamento consta de normas que apenas vigoram para domínios (territoriais) parcelares. Dizer que uma comunidade jurídica se desmembra em regiões ou parcelas territoriais significa que todas as

19 Vide MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

20 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997, p. 216.

normas ou apenas certas normas deste ordenamento apenas vigoram para territórios parcelares.”²¹

A descentralização supramencionada ainda pode ser aferida no que tange ao sistema tributário nacional. Basta que se analise o Título VI da Constituição Federal em vigor para se constatar a repartição de competências entre União (art. 153), Estados-membros, DF (art. 155) e Municípios (art. 156) no ato de instituir impostos. Enquanto à União compete instituir impostos sobre importação de produtos estrangeiros (art. 153, I), por exemplo, aos Estados cabe instituir imposto sobre propriedade de veículos automotores.

Além da descentralização estatal brasileira, já frisada, impende salientar os mecanismos de defesa do Estado estabelecidos pela Carta de 1988, em seu Título V. São esses mecanismos basicamente três: o estado de defesa (art. 136), o estado de sítio (arts. 137 a 139) e a intervenção federal (art. 34), todos limites circunstanciais ao poder constituinte derivado reformador (vide art. 60, § 1º).

A partir de todas as considerações já delineadas acerca das características precípua do Estado de direito na Constituição brasileira de 1988, cabe indagar até que ponto as normas referentes a esse Estado eminentemente abstrato são, de fato, efetivadas.

4 PANORAMA DESCRITIVO DO ESTADO DE DIREITO BRASILEIRO: O DESAFIO DA SUPERAÇÃO DAS BARREIRAS ENTRE O DEVER SER CONSTITUCIONAL E O SER DA REALIDADE PRÁTICA

No âmbito do Estado constitucional brasileiro, surge recorrentemente o problema da aplicabilidade dos direitos sociais, por vezes atrelada ao empecilho da má prestação de serviços estatais básicos. De fato, vários fatores econômicos, políticos e sociais confluem para um nítido descompasso entre o Estado brasileiro que, de acordo com a Constituição de 1988, *deve ser* efetivamente social, democrático e prestativo, mas que é tantas vezes mínimo, ineficaz ou omissivo. Inserido em um contexto de globalização e de neoliberalismo econômico, o Estado de direito brasileiro se encontra atualmente em uma crise institucional, verificada tanto no plano interno quanto externo. Acerca dos efeitos inerentes à crise institucional no plano interno do Estado de direito, o autor CELSO CAMPILONGO explica:

“No mundo globalizado, o esvaziamento do Estado significa (...) o enfraquecimento da capacidade do sistema político para: a) regular o

21 Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 348.

trabalho (daí a flexibilização dos direitos trabalhistas...); b) promover o bem-estar social (daí a expansão dos serviços privados de saúde e educação); c) garantir a segurança pública e controlar a violência (daí o crescimento da impunidade, da violação dos direitos humanos e do descrédito da política e da Justiça)."²²

Assim, no âmbito interno do Estado de direito brasileiro, ou seja, dentro do território do País, verifica-se um constante esvaziamento do poder político com sérias repercussões na esfera pública de atividades. Apesar de os serviços sociais (educação, saúde etc.) não serem propriamente de titularidade estatal, tais serviços constituem deveres intrínsecos ao Estado e direitos subjetivos públicos constantemente negligenciados. Além disso, os freqüentes casos de corrupção e improbidade administrativa têm demonstrado a hipertrofia dos interesses eminentemente privados em detrimento do interesse geral, na medida em que verbas são desviadas por muitos agentes públicos no país a fim de satisfazerem às próprias intenções egoístas. Tais atos acentuam ainda mais a crise de um Estado constitucional que, paradoxalmente, vê-se cada vez mais distante dos preceitos estabelecidos por sua própria constituição. Nesse sentido, vale frisar as seguintes elucubrações de DARCY AZAMBUJA: “o Estado (...) produz e distribui os benefícios do bem público, mas essa distribuição não deve ser arbitrária, ao bel-prazer e ao capricho dos titulares do poder”.²³

Se por um lado a crise interna do Estado brasileiro atual denota um mau desempenho da administração pública do país, por outro reflete as disparidades de hegemonia no sistema econômico internacional. A respeito da crise institucional verificada nos planos interno e externo de Estados subdesenvolvidos, como o Brasil, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS elucida:

“O Estado constitucional (...) integrou-se num sistema inter-estatal onde a soberania efectiva era uma função da posição de cada um dos Estados nesse sistema hierarquicamente estruturado (...). Enquanto os países centrais tenderam a ser externa e internamente fortes, os países periféricos tenderam a ser débeis externa e internamente (...).”²⁴

Não se trata aqui de fazer uma correlação unívoca entre Estado de direito e economia internacional, como se o primeiro fosse influenciado exclusivamente pela segunda. O importante é que se compreenda por que o Estado constitucional brasileiro apresenta dúplice aspecto: o aparente e o real. Em aparência, há um Estado brasileiro que é caracterizado como social e democrático pela Constituição de 1988. Já na realidade prática, esse mesmo Estado se comporta como se fosse um Estado mínimo, de características

22 CAMPILONGO, Celso Fernandes. Globalização e democracia. In: *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 118.

23 AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. 27. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1988, p. 385.

24 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 170-171.

liberais, no sentido de se omitir diante das prestações básicas que deve à sociedade. Assim, é cada vez mais necessário que o Estado constitucional brasileiro supere essa incongruência, pois, como observa LOEWENSTEIN: “*para ser real y efectiva, la constitución tendrá (...) que estar integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella*”.²⁵

CONCLUSÃO

Verifica-se, especialmente em países com complexos problemas sociais (como o Brasil), uma distância cada vez maior entre os enunciados normativos e os fatos cotidianos. Trata-se, sobretudo, de uma certa incongruência histórica entre o *dever ser* estampado nas leis e o *ser* visto na realidade fática. Apesar de serem direitos constitucionalmente garantidos, saúde, educação e segurança pública de qualidade significam, na maioria dos casos, verdadeiras pretensões normativas que ainda não foram concretizadas.

Diante disso, terá o Estado social e democrático de direito, no âmbito brasileiro, sucumbido frente aos complexos problemas que se apresentam constantemente? Ou será que o Estado brasileiro vem se eximindo de forma tão reiterada de seus deveres para com sua população que nem sequer mereceria esses adjetivos de “social” e “democrático”? Enquanto não houver uma revisão profunda acerca das próprias funções estatais, historicamente delimitadas, é provável que as referidas indagações somente tenham respostas utópicas e evasivas. Não se trata aqui de uma mera análise conceptual sobre o que deveria ser um Estado “social” e “democrático”, mas sobre o que ele realmente é e representa.

Nesse sentido, talvez o célebre *Leviatã*, idealizado por HOBBS, nem sequer tenha superado ainda o estado da guerra de todos contra todos, uma vez que a realidade demonstra uma nítida violência tanto no âmbito intersubjetivo quanto no internacional. O que diferiria a realidade de opressão vivida por milhões de pessoas atualmente do estado de natureza descrito por HOBBS? O homem não continua sendo o lobo do homem?

Diante desse panorama, urge a necessidade de reconstrução dos paradigmas estatais, de modo que haja uma efetivação daquilo que os teóricos outrora designaram de Estado social e democrático de direito. Não se trata mais de conceituar estritamente o Estado como uma pessoa jurídica territorial soberana; é preciso repensá-lo, de modo amplo e pragmático, a fim de que suas bases sejam reformuladas e adequadas às crescentes necessidades sociais. Caso contrário, todo e qualquer famigerado contrato social padecerá de nulidade e ineficácia patentes.

25 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Trad. espanhola de Alfredo Gallego. Barcelona: Ariel, p. 217.