

Ministério da Educação – MEC
Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES
Diretoria de Educação a Distância – DED
Universidade Aberta do Brasil – UAB
Programa Nacional de Formação em Administração Pública – PNAP
Bacharelado em Administração Pública

INSTITUIÇÕES DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

João Rezende Almeida Oliveira
Tágor Figueiredo Martins Costa



2010

© 2010. Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Todos os direitos reservados.

A responsabilidade pelo conteúdo e imagens desta obra é do(s) respectivo(s) autor(es). O conteúdo desta obra foi licenciado temporária e gratuitamente para utilização no âmbito do Sistema Universidade Aberta do Brasil, através da UFSC. O leitor se compromete a utilizar o conteúdo desta obra para aprendizado pessoal, sendo que a reprodução e distribuição ficarão limitadas ao âmbito interno dos cursos. A citação desta obra em trabalhos acadêmicos e/ou profissionais poderá ser feita com indicação da fonte. A cópia desta obra sem autorização expressa ou com intuito de lucro constitui crime contra a propriedade intelectual, com sanções previstas no Código Penal, artigo 184, Parágrafos 1º ao 3º, sem prejuízo das sanções cíveis cabíveis à espécie.

O48i Oliveira, João Rezende Almeida
Instituições de direito público e privado / João Rezende Almeida Oliveira, Tágory Figueiredo Martins Costa. – Florianópolis : Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília] : CAPES : UAB, 2010.
160p. : il.

Inclui bibliografia
Bacharelado em Administração Pública
ISBN: 978-85-7988-077-3

1. Direito público. 2. Direito privado. 3. Direito constitucional. 4. Administração pública.
5. Educação a distância. I. Costa, Tágory Figueiredo Martins. II. Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Brasil). III. Universidade Aberta do Brasil. IV. Título.

CDU: 342

Catálogo na publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

PRESIDENTE DA REPÚBLICA

Luiz Inácio Lula da Silva

MINISTRO DA EDUCAÇÃO

Fernando Haddad

PRESIDENTE DA CAPES

Jorge Almeida Guimarães

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

REITOR

Alvaro Toubes Prata

VICE-REITOR

Carlos Alberto Justo da Silva

CENTRO SÓCIO-ECONÔMICO

DIRETOR

Ricardo José de Araújo Oliveira

VICE-DIRETOR

Alexandre Marino Costa

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS DA ADMINISTRAÇÃO

CHEFE DO DEPARTAMENTO

Gilberto de Oliveira Moritz

SUBCHEFE DO DEPARTAMENTO

Marcos Baptista Lopez Dalmau

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

SECRETÁRIO DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

Carlos Eduardo Bielschowsky

DIRETORIA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

DIRETOR DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

Celso José da Costa

COORDENAÇÃO GERAL DE ARTICULAÇÃO ACADÊMICA

Liliane Carneiro dos Santos Ferreira

COORDENAÇÃO GERAL DE SUPERVISÃO E FOMENTO

Grace Tavares Vieira

COORDENAÇÃO GERAL DE INFRAESTRUTURA DE POLOS

Joselino Goulart Junior

COORDENAÇÃO GERAL DE POLÍTICAS DE INFORMAÇÃO

Adi Balbinot Junior

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO E ACOMPANHAMENTO – PNAP

Alexandre Marino Costa
Claudinê Jordão de Carvalho
Eliane Moreira Sá de Souza
Marcos Tanure Sanabio
Maria Aparecida da Silva
Marina Isabel de Almeida
Oreste Preti
Tatiane Michelin
Teresa Cristina Janes Carneiro

METODOLOGIA PARA EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA

Universidade Federal de Mato Grosso

COORDENAÇÃO TÉCNICA – DED

Tatiane Michelin
Tatiane Pacanaro Trinca
Soraya Matos de Vasconcelos

AUTORES DO CONTEÚDO

João Rezende Almeida Oliveira
Tágor Figueiredo Martins Costa

EQUIPE DE DESENVOLVIMENTO DE RECURSOS DIDÁTICOS CAD/UFSC

Coordenador do Projeto
Alexandre Marino Costa

Coordenação de Produção de Recursos Didáticos
Denise Aparecida Bunn

Supervisão de Produção de Recursos Didáticos
Érika Alessandra Salmeron Silva

Designer Instrucional
Andreza Regina Lopes da Silva
Denise Aparecida Bunn
Silvia dos Santos Fernandes

Auxiliar Administrativo
Stephany Kaori Yoshida

Capa
Alexandre Noronha

Projeto Gráfico e Finalização
Annye Cristiny Tessaro

Diagramação
Rita Castelan

Revisão Textual
Barbara da Silveira Vieira
Claudia Leal Estevão Brites Ramos

PREFÁCIO

Os dois principais desafios da atualidade na área educacional do País são a qualificação dos professores que atuam nas escolas de educação básica e a qualificação do quadro funcional atuante na gestão do Estado brasileiro, nas várias instâncias administrativas. O Ministério da Educação (MEC) está enfrentando o primeiro desafio com o Plano Nacional de Formação de Professores, que tem como objetivo qualificar mais de 300.000 professores em exercício nas escolas de Ensino Fundamental e Médio, sendo metade desse esforço realizado pelo Sistema Universidade Aberta do Brasil (UAB). Em relação ao segundo desafio, o MEC, por meio da UAB/CAPES, lança o Programa Nacional de Formação em Administração Pública (PNAP). Esse Programa engloba um curso de bacharelado e três especializações (Gestão Pública, Gestão Pública Municipal e Gestão em Saúde) e visa a colaborar com o esforço de qualificação dos gestores públicos brasileiros, com especial atenção no atendimento ao interior do País, por meio dos Polos da UAB.

O PNAP é um Programa com características especiais. Em primeiro lugar, surgiu do esforço e da reflexão de uma rede composta pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), pelo Ministério do Planejamento, pelo Ministério da Saúde, pelo Conselho Federal de Administração, pela Secretaria de Educação a Distância (SEED) e por mais de 20 instituições públicas de Ensino Superior (IPES), vinculadas à UAB, que colaboraram na elaboração do Projeto Político Pedagógico dos cursos. Em segundo lugar, esse Projeto será aplicado por todas as instituições e pretende manter um padrão de qualidade em todo o País, mas abrindo margem para

que cada IPES, que ofertará os cursos, possa incluir assuntos em atendimento às diversidades econômicas e culturais de sua região.

Outro elemento importante é a construção coletiva do material didático. A UAB colocará à disposição das IPES um material didático mínimo de referência para todas as disciplinas obrigatórias e para algumas optativas. Esse material está sendo elaborado por profissionais experientes da área da Administração Pública de mais de 30 diferentes instituições, com o apoio de equipe multidisciplinar. Por último, a produção coletiva antecipada dos materiais didáticos libera o corpo docente IPES para uma dedicação maior ao processo de gestão acadêmica dos cursos; uniformiza um elevado patamar de qualidade para o material didático e garante o desenvolvimento ininterrupto dos cursos, sem paralisações que sempre comprometem o entusiasmo dos estudantes.

Por tudo isso, estamos seguros de que mais um importante passo em direção à democratização do Ensino Superior público e de qualidade está sendo dado, desta vez contribuindo também para a melhoria da gestão pública brasileira.

Celso José da Costa
Diretor de Educação a Distância
Coordenador Nacional da UAB
CAPES-MEC

SUMÁRIO

Apresentação.....	11
-------------------	----

Unidade 1 – Noções Preliminares do Direito

Noções de Direito.....	15
Norma jurídica e outras normas sociais.....	16
Direito Público e Direito Privado.....	18
Subdivisões do Direito Público.....	19
Subdivisões do Direito Privado.....	21
Fontes do Direito.....	23

Unidade 2 – Teoria Geral do Estado

O que é Estado.....	31
Origem.....	32
Formação.....	34
Elementos.....	35
Estado de Direito.....	38
Estado de Democrático de Direito.....	39
Poder e funções do Estado.....	40
Formas de Estado.....	41
Formas de Governo.....	44
Sistemas de Governo.....	45

Unidade 3 – Direito Constitucional

O que é constituição?.....	53
Poder constituinte.....	55
Classificação das constituições.....	58
Quanto ao conteúdo.....	58
Quanto à estabilidade.....	59
Quanto à forma.....	59
Quanto à sua origem.....	60
Quanto ao modo de elaboração.....	61
A supremacia da constituição e o controle de constitucionalidade.....	61
As constituições brasileiras.....	63
A Constituição vigente.....	68

Unidade 4 – O Estado brasileiro

A organização do Estado brasileiro.....	75
Forma de Estado.....	77
Forma de Governo.....	77
Sistema de Estado.....	79
Poder Legislativo.....	80
Poder Judiciário.....	82
Poder Executivo.....	88

Unidade 5 – A Administração Pública

O que é Administração Pública.....	95
Princípios da Administração Pública.....	100
Organização Administrativa: Administração Direta e Indireta.....	106
Das Autarquias.....	110
Das Fundações Públicas e das Fundações Privadas Governamentais.....	113
Das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista.....	115
Novas figuras administrativas.....	118
Contratos de Gestão.....	121
As Organizações Sociais e os Contratos de Gestão.....	123
As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs).....	127
As Parcerias Público Privadas (PPPs).....	128

Unidade 6 – Direitos do Homem

O desenvolvimento histórico dos Direitos Humanos.....	135
Direitos Humanos: gerações e polêmica.....	142
A Constituição Brasileira e sua fundamentação nos Direitos Humanos e fundamentais.....	147
As Parcerias Público Privadas (PPPs).....	127
Considerações finais.....	154
Referências.....	156
Minicurriculo.....	160

APRESENTAÇÃO

Prezado estudante,

Dando continuidade ao nosso curso de Administração Pública, modalidade a distância, é com satisfação que lhe apresentamos mais uma disciplina: *Instituições de Direito Público e Privado*, mas você não precisa se assustar com o nome. A única coisa a ser instituída aqui nesta seção é o seu conhecimento sobre temas importantes e básicos no mundo do Direito.

Por intermédio desta leitura você vai ampliar seu conhecimento quanto a algumas noções de direito, de Estado e de governo. Vai entender melhor também o que é a constituição e, sobretudo, a Constituição brasileira. E, ao final, vai conhecer os direitos e as garantias fundamentais do homem.

E então? Vamos ao trabalho?

*Professores João Rezende Almeida Oliveira e
Tágory Figueiredo Martins Costa*

UNIDADE 1

NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE APRENDIZAGEM

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- ▶ Diferenciar as normas jurídicas de outras normas;
- ▶ Distinguir Direito Público de Direito Privado; e
- ▶ Conceituar e identificar as fontes do Direito.

NOÇÕES DE DIREITO

Caro estudante,

A primeira coisa que você precisa saber para começarmos a nossa conversa é que a expressão “direito” pode ser utilizada em vários contextos diferentes. Isso se deve ao fato de ela possuir muitos significados, isto é, diferentes acepções. É uma palavra rica em sentidos e, por esse motivo, quando alguém a utiliza deve saber transmitir ao interlocutor exatamente qual deles está sendo empregado. Então, vamos entender os seus significados?

Para Montoro (1983), existem pelo menos cinco acepções diferentes para o vocábulo “**direito**”. Você perceberá facilmente essas diferenças analisando as cinco frases apresentadas a seguir:

- ▶ O Direito brasileiro proíbe o duelo.
- ▶ O Estado tem o direito de cobrar impostos.
- ▶ O salário é direito do trabalhador.
- ▶ O estudo do Direito requer métodos próprios.
- ▶ O Direito constitui um setor da vida social.

Quem pronuncia a primeira frase, quer dizer que as normas instituídas pelo Direito não permitem o duelo. A segunda expressão quer falar de uma faculdade, ou seja, uma prerrogativa que o Estado tem. No terceiro caso, a palavra “direito” quer dizer justiça – ou você que trabalha honestamente acha justo não receber salário no fim do mês? Na quarta hipótese, Montoro (1983) se refere a uma ciência academicamente estudada cujo nome também é Direito. E finalmente, na quinta frase, a palavra “direito” é utilizada com o sentido de fato social.

Há ainda várias outras formas de utilizarmos a palavra “direito”. Essas cinco apresentadas, porém, são as principais para a compreensão das instituições de Direito Público e Privado. Sendo assim, vamos começar o nosso trabalho falando sobre a primeira das cinco acepções: o Direito como norma.

NORMA JURÍDICA E OUTRAS NORMAS SOCIAIS

O conceito mais clássico de Direito nos ensina que ele se constitui em um conjunto de normas que são impostas para regular as condutas humanas e assim prevenir os conflitos. Seu objetivo, portanto, é prevenir a paz social de qualquer ameaça. Você pode agora estar pensando – com um pouco de descrédito na atual realidade social – que a nossa sociedade não tem vivido uma paz assim tão evidente. E, de fato, não é difícil compreender que há vários motivos para que possamos fazer essa afirmação. Acontece que o Direito não é exatamente a solução dos conflitos. Ele é um entre vários outros métodos pelos quais a sociedade pode se organizar. O Direito é o que se produz a partir da solução dos conflitos sociais.

Mas, ainda assim, imagine que a humanidade não houvesse criado nenhum limite à liberdade de todos. Imagine que as pessoas pudessem ir e vir em qualquer direção quando bem entendessem. Por exemplo, como seria o nosso trânsito? Pois então, quando um determinado grupo social define um padrão a ser seguido por todos os seus componentes, cria-se nesse instante o que chamamos de norma social.

As normas sociais são sadias à medida que sua importância resida na manutenção da ordem e da própria estrutura da convivência humana.

Agora é com você, responda: na sua opinião, o indivíduo que tomar a decisão de não respeitar uma norma imposta pelo seu grupo pode sofrer alguma punição?

Nós acreditamos que a sua resposta foi afirmativa pois a realidade nos mostra que o grupo social pode decidir punir o indivíduo que não respeita as normas com a exclusão do círculo de convivência – **“Você não respeita as normas do grupo, então não pode permanecer nele”**.

Pois bem, como as normas jurídicas também são normas de natureza social, sua função também é regular a conduta do homem. Entretanto, elas se diferenciam das demais normas sociais – como a **moral**. E isso pode ser facilmente percebido quando lembramos que para garantir a eficiência das normas jurídicas o Estado pode utilizar sua força e exercer a coerção. Não são todas as normas sociais que contam com essa proteção.



São aquelas protegidas
só pela própria
consciência.

DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

Historicamente, o Direito tem sido dividido em dois grandes grupos. De um lado está o Direito Público e do outro, o Direito Privado. É bem verdade que essa distinção não é perfeita. Em alguns ramos do Direito Privado, podem ser encontradas características do Direito Público e vice-versa. A distinção é importante, todavia, para que nós possamos compreender dois conceitos extremos e, a partir deles, entender as variações. É como, após conhecer o preto e o branco, estar apto a classificar as coisas em vários tons de cinza.

- ▶ **Direito Público:** compreendido como aquele em que um dos sujeitos da relação jurídica é o próprio Estado.
- ▶ **Direito Privado:** compreende os ramos do Direito em que se disciplinam as relações entre os particulares.

Assim, é bem verdade que há situações em que o Estado se relaciona com o particular como se fosse outro indivíduo no mesmo plano jurídico (relações contratuais privadas). Mas, regra geral, as relações entre o Estado e os demais são chamadas de relações de Direito Público.

Nas relações de Direito Privado, os indivíduos se encontram em pé de igualdade, o que não acontece nas relações de Direito Público – já que o Estado pode exercer prerrogativas pelo simples fato de representar os interesses da coletividade. Ademais, nessas relações, as normas jurídicas concedem uma série de privilégios ao Estado e aos seus agentes, nas relações com os particulares. Conforme Montoro (2009, p. 457):

Poderíamos continuar a enumeração de critérios propostos. Mas nenhum é, inteiramente, satisfatório. O que revela o caráter não rigorosamente lógico, mas sim prático e histórico dessa divisão, que acompanha desde Roma a evolução do Direito e, apesar das críticas que recebeu durante séculos, não foi hoje substituída com vantagem por qualquer outra.

Como havíamos antecipado, o critério de distinção não é perfeito, mas tem sido historicamente utilizado já que é suficiente ao menos para ressaltar as peculiaridades das relações em que o Estado participa daquelas em que somente indivíduos (pessoas físicas e/ou jurídicas privadas) integram.

SUBDIVISÕES DO DIREITO PÚBLICO

Quando subdividimos o Direito Público (e mesmo o Direito Privado), temos por objetivo compreender as diversas áreas específicas as quais se pode perceber o uso do Direito na produção de normas sociais. Nesse sentido é que a literatura jurídica expressa – com algumas pequenas variações de livro para livro – que os principais ramos do Direito Público são:

- ▶ o Direito Constitucional;
- ▶ o Direito Administrativo;
- ▶ o Direito Tributário;
- ▶ o Direito Processual;
- ▶ o Direito Penal; e
- ▶ o Direito Internacional Público.

Para entender melhor, vamos ver cada um deles. O **Direito Constitucional** é o ramo encarregado das normas jurídicas que constituem um Estado, definem a sua estrutura e sua forma de

organização, além de versar sobre os direitos e as garantias das pessoas. Vamos falar sobre isso mais adiante em capítulo próprio.

O **Direito Administrativo** é compreendido como aquele ramo do Direito que se ocupa das normas jurídicas, dos princípios que regem as atividades administrativas do Estado e também da sua organização administrativa. É dele que são obtidos, por exemplo, os limites dos gestores da coisa pública, as prerrogativas e as sujeições da administração e a forma pela qual os interesses sociais serão geridos pelos nossos representantes, mediante a ação das atividades administrativas. É uma esfera extremamente importante para a conclusão do nosso curso, já que trata da expressão jurídica dos limites e das prerrogativas da Administração Pública.

Vale a pena destacarmos que: a Administração Pública, ao exercer suas atividades administrativas, deve sempre buscar a satisfação do interesse público, mesmo que para isso tenha de sacrificar algum interesse ou direito privado.

O **Direito Tributário** cuida dos critérios pelos quais o Estado arrecadará os valores necessários (tributos) para bem administrar os interesses sociais. É nesse campo que o cidadão poderá conhecer os limites da capacidade de o Estado coletar impostos, taxas e contribuições. É também nessa seara que os representantes do Estado compreenderão os procedimentos a serem adotados na aplicação das receitas públicas para a concretização das atividades estatais de interesse público.

Já o **Direito Processual** consiste em um ramo específico do Direito que congrega as normas que orientam as pessoas (físicas e jurídicas – incluindo a própria figura estatal) sobre o modo pelo qual podem obter uma solução do Estado em relação aos conflitos específicos. Quando uma pessoa fere o direito de outra, dá também a ela o direito de exigir a reparação de seus danos. São as normas de natureza processual que regem a maneira

pela qual essa cobrança será realizada: qual a ação judicial a ser apresentada, quais os prazos processuais, as hipóteses em que se admitirão recursos etc.

O **Direito Penal** também apresenta as normas jurídicas de natureza pública. Essa afirmação decorre do fato de caber ao Estado a titularidade pela punição àqueles que cometem crimes. Houve um tempo em que as coisas eram diferentes: os homens faziam justiça com as próprias mãos. Esse tempo era chamado de justiça privada. Nos dias de hoje, a sociedade e o Direito entendem que somente o Estado tem a prerrogativa de aplicar uma pena ao indivíduo que resolve cometer um crime, ou seja, transgredir uma norma de natureza penal. Por possuir princípios e métodos próprios, o Direito Penal é também considerado como ramo autônomo do Direito Público.

Finalmente nos resta o **Direito Internacional Público**. As suas normas jurídicas são bastante peculiares. Partem de princípios e de pressupostos específicos. A sua alocação entre os ramos do Direito Público se deve ao fato de as suas normas versarem sobre o relacionamento entre o Estado e outras pessoas jurídicas de Direito Internacional (como os outros Estados e os organismos internacionais).

SUBDIVISÕES DO DIREITO PRIVADO

As normas jurídicas de Direito Privado são aquelas, como vimos, que regulamentam as relações entre particulares, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas que não integram a estrutura do Estado.

Entre os diversos ramos de Direito Privado, ganha destaque o **Direito Civil** que por muitos é chamado de Direito Privado Comum, já que congrega as normas jurídicas gerais sobre as relações pessoais, familiares e patrimoniais (MONTORO, 1983). No Brasil, grande parte dessas normas estão dispostas no conhecido **Código Civil**.

Para conhecer mais sobre a Lei n. 10.406, de 2002, acesse <www.planalto.gov.br/ccivil.../Leis/2002/L10406.htm>.



O **Direito Comercial** já possuiu uma legislação própria – como vários outros ramos do Direito possuem. Ele era denominado Código Comercial. Entretanto, com a promulgação do **novo** Código Civil, publicado em 2002, grande parte das normas de Direito Comercial passaram a figurar junto às demais normas de Direito Civil. O Código Comercial que temos hoje trata apenas de algumas normas do comércio marítimo. As que versavam sobre as empresas, por exemplo, estão no Código Civil.

O **Direito do Consumidor** regulamenta um ramo específico das relações comerciais. Por meio de um contrato se pressupõe, geralmente, que as partes possuam capacidades equivalentes, ou seja, igualdade de condições. Mas isso não ocorre com tanta frequência nas relações de consumo. Nessas relações o consumidor contrata o fornecimento de um bem ou a prestação de um serviço, como usuário final, é comum que o fornecedor esteja mais bem aparelhado economicamente que o cliente. Por essa razão, o Direito brasileiro postulou em uma legislação própria, um conjunto de normas que procuram restabelecer o equilíbrio da relação de consumo. Essa norma é chamada de Código de Defesa do Consumidor.

O **Direito do Trabalho** regulamenta relações sociais entre particulares. E, assim como no Direito do Consumidor, as relações são comumente estabelecidas de maneira desigual. Enquanto nas relações cíveis comuns as partes têm igualdade de condições, nas relações trabalhistas geralmente uma das partes (o empregador) possui um aparato econômico-financeiro que supera a capacidade do trabalhador de negociar equilibradamente. Para restaurar tal equilíbrio, é que suas normas são interpretadas da maneira mais eficaz a compensar a **hipossuficiência*** do trabalhador. No Brasil existem duas normas principais – o que não exclui a existência de diversas outras. São elas: a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que regulamenta, principalmente, as relações trabalhistas privadas, e a **Lei n. 8.112/90** que, embora tenha sido criada para regular as relações estatutárias dos servidores públicos no serviço público federal, poderá ser aplicada em diversas outras esferas federativas da Administração Pública como norma de referência, obviamente se for aprovada pelas respectivas Assembleias Legislativas.

***Hipossuficiente** – aquela pessoa mais frágil em uma relação jurídica. Trata-se, nesse caso, de uma fragilidade gerada pelo fato de o empregador, geralmente, ser aquele que possui maiores recursos econômicos e por isso com uma tendência maior à dominação do trabalhador. Fonte: Elaborado pelos autores.

Para conhecer detalhadamente a Lei n.º 8.112/90, acesse: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>.

Finalmente, há o **Direito Internacional Privado**. Suas normas tratam dos conflitos de legislações estrangeiras. É nessa esfera do Direito que vamos encontrar normas que nos ajudam a resolver o conflito que se estabelece, por exemplo, quando duas pessoas casadas – sendo que uma é de um país e outra de outro – resolvem se divorciar.

Para entender melhor, vamos imaginar um argentino e uma brasileira, casados na Austrália e residentes em Londres. Qual é a lei a ser aplicada no caso de uma separação judicial não amigável?

No Brasil, as normas de Direito Internacional Privado estão em grande parte concentradas na chamada Lei de Introdução ao Código Civil – que é uma lei geral de interpretação da norma jurídica. Seus artigos não podem ser negociados pelas partes, devem ser aplicados conforme estão escritos. O juiz inclusive aplica a referida Lei de Introdução já de plano, quando perceber a necessidade da aplicação. Por essa natureza impositiva do Estado quanto a essas normas, o Direito Internacional Privado é entendido por muitos doutrinadores como ramo do Direito Público. A discussão não está muito pacificada entre os escritores do assunto, os doutrinadores. Mas vamos deixar essa celeuma para uma ocasião mais oportuna.

FONTES DO DIREITO

Fonte é sinônimo de origem, causa, princípio, procedência. O Direito, como qualquer outra área das ciências sociais aplicadas, possui fontes próprias. Isso quer dizer que as normas jurídicas proveem de fontes específicas que por sua vez coincidem com os fatos próprios da realidade humana que produzem as normas jurídicas.

Existem dois tipos principais de fontes do Direito:

- ▶ **Fontes formais:** aquelas que conferem ao Direito a sua obrigatoriedade. Quando se fala em um direito positivo, imposto, de obediência necessária, sua origem perpassa quase que invariavelmente pelas suas fontes formais. São exemplos de fontes formais:
 - ▶ A lei: a expressão **lei** aqui deve ser entendida em sentido estrito. Compreende-se como fonte formal do Direito o conjunto de normas que provém de um processo legislativo juridicamente reconhecido e socialmente legitimado.
 - ▶ Os costumes jurídicos: os atos humanos de relevância para o Direito, à medida que vão se repetindo na história, criam entre os homens o dever de observá-los. Entretanto, não é toda e qualquer prática reiterada que cria um costume jurídico, somente aquelas que coincidem com os valores sociais e jurídicos de um determinado grupo.
 - ▶ A jurisprudência: a expressão **jurisprudência** é proveniente do Direito romano que, já àquela época, compreendia que o Direito se constrói também a partir do raciocínio prudente das autoridades julgadoras de um povo. Hoje não é diferente. Os juristas do nosso tempo também se utilizam das decisões já tomadas pelo Poder Judiciário para fundamentar suas teses em ações judiciais novas.
 - ▶ A doutrina: esse é o nome que se dá ao conjunto bibliográfico de raciocínios jurídicos. Quando uma pessoa se torna experiente no campo do Direito, ou seja, um jurista apto a ensinar aos outros a ciência do Direito, diz-se dele um doutrinador. Os entendimentos entabulados pela doutrina também são, por isso, fonte formal do Direito.
- ▶ **Fontes materiais:** aquelas cujo conteúdo se confunde historicamente com as normas jurídicas. A sua essência é jurídica, independentemente da forma

como se apresenta à sociedade. As fontes materiais emergem da realidade social e dos valores. São exemplos de fontes materiais do Direito:

- ▶ A história: a análise e interpretação dos fatos históricos, do comportamento de uma dada sociedade ao longo das eras relativamente a determinado assunto, serve para constituir o Direito do dia de hoje.
- ▶ Os valores religiosos: a compreensão humana da sua relação com os fenômenos relacionados à sua espiritualidade. Serve também para influenciar a tomada de decisões na hora de construir uma norma jurídica.
- ▶ A moral: os valores morais, a ética e a delimitação do homem sobre a aceitabilidade ou não das suas atitudes e dos seus pensamentos também influenciam no conteúdo de uma norma jurídica, na sua matéria. Por isso a moral também pode ser compreendida como fonte material do Direito.

Perceba que as fontes do Direito são, na verdade, a sua origem. E essa percepção é extremamente importante, pois caso uma lei seja considerada injusta, poderá ter a sua aplicação negada pelo Poder Judiciário – caso este entenda ter sido agredida alguma fonte do Direito. Isso significa dizer que para a correta interpretação do Direito é preciso levar em consideração o conteúdo das suas fontes, tanto as formais como as materiais.

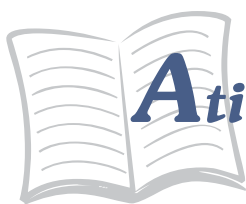
Resumindo



Como você pôde ver nesta Unidade, há várias formas de se utilizar a palavra **direito**. A principal delas, entretanto, é para designar um conjunto de normas que são impostas para regular as condutas humanas e assim prevenir os conflitos. A essas normas denominamos **normas jurídicas**.

Tais normas, entretanto, distinguem-se em diversos grupos relativos à matéria que procuram disciplinar. Uma das distinções mais relevantes – embora imperfeita – para o assunto que vamos tratar é a que separa o Direito Público do Direito Privado. Enquanto o primeiro se compõe de normas que disciplinam as relações jurídicas mantidas com o Estado, o segundo compreende os ramos do Direito que disciplinam as relações entre particulares.

Em um ou em outro caso, as normas jurídicas originam-se de fatos próprios da realidade humana que são capazes de produzi-las. A esses chamamos fontes do Direito, que se agrupam em formais e materiais, conforme seu conteúdo se apresente historicamente no Direito.



Atividade de aprendizagem

Agora é a sua vez. Para verificar se você teve um bom entendimento dos temas abordados nesta Unidade, realize a atividade a seguir e em caso de dúvidas entre em contato com seu tutor.

1. Redija um texto explicando como pode o Direito contribuir para a sociedade em que você vive. Lembre-se de fazê-lo com fundamento no que nós acabamos de estudar. Compartilhe o arquivo que você elaborou com seu tutor por meio do Ambiente Virtual de Ensino-Aprendizagem (AVEA).

UNIDADE 2

TEORIA GERAL DO ESTADO

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE APRENDIZAGEM

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- ▶ Conceituar o Estado, a sua origem, a sua formação e os seus elementos constitutivos;
- ▶ Diferenciar Estado de Direito e Estado Democrático de Direito;
- ▶ Diferenciar os seus poderes e as suas funções;
- ▶ Identificar as formas de Estado e de Governo; e
- ▶ Identificar os sistemas de Governo.

O QUE É ESTADO?

Caro estudante,

Agora que você compreendeu as noções básicas sobre a norma jurídica, está na hora de conhecer um pouco sobre o Estado. Nesta Unidade, vamos estudar o que significa esse termo que utilizamos com tanta frequência. Você, provavelmente, já sabe que as nossas normas jurídicas são instituídas pelo Estado brasileiro, mas você já parou para pensar sobre o que é um Estado? De onde vem essa expressão? Quais são os elementos que permitem a formação de um Estado?

Outro tema importante para discutirmos nesta seção é a expressão *Estado Democrático de Direito*. Você já deve ter percebido o quão grande número de pessoas desejam arduamente que o Brasil seja cada vez mais evidentemente um Estado Democrático de Direito. Mas quantos de nós sabemos o que isso significa realmente? Quem não sabe aonde quer chegar, não chegará a lugar nenhum. Sem saber exatamente como é e como se forma esse Estado que queremos tanto, como será que vamos conquistá-lo? Vamos aos estudos?

Vejamos: há várias formas de explicar o conceito de Estado. Vamos apresentar a você, entretanto, a forma mais conhecida. Para isso precisamos lhe contar uma história bastante interessante, então precisamos que você exercite um pouquinho a sua imaginação. Se quiser, reduza um pouco a iluminação, estoure umas pipocas e se prepare para ler mais essa história superatrativa.

ORIGEM

Muitos anos atrás, o homem vivia em um mundo ainda por ser descoberto. Imagine o planeta Terra inteiro quase nada povoado! Era muito chão para pouca gente. O homem – chamado nessa época de **homem natural** – entendia que ele não podia ser limitado nos seus direitos. Mal sabia ainda se comunicar, e o homem já começava a pensar sobre os seus direitos – chama-se esse período de **estado de natureza**.

Além do direito à vida, o que o homem mais valorizava até então era a sua liberdade. Nada o podia impedir de viajar para as terras mais longínquas, visitar lugares desconhecidos e extravasar a sua natureza livre. Todo canto era de ninguém. Salve o direito à liberdade!

Aos poucos, o homem começou a dominar a natureza. O frio e a chuva já não vinham mais do acaso. O homem percebeu que, de tempos em tempos, os períodos meteorológicos parecidos se repetiam, então descobriu as estações do ano. Assim, a agricultura deixou de ser um mistério divino e gradativamente ele aprendeu a colher o seu alimento da terra na estação apropriada.

Esses são apenas alguns dos motivos pelos quais o homem percebeu que não precisava mais passar a sua vida viajando. Uma vida cheia de saudades sem fim começava a dar lugar à estabilidade de um lar, a sua terra própria.

“Mas nem tudo são flores”. De vez em quando aquele terreno que um homem talvez houvesse cultivado com tanto carinho, com tanta devoção, era simplesmente transpassado por outro homem, seu semelhante, que assim o fazia com o argumento de estar exercendo a sua liberdade. Você consegue imaginar essa situação? Uma pessoa gasta uma vida cultivando uma terra para obter o seu sustento e, de repente, alguém diz: “Todos temos direito à liberdade! Eu sou livre para passar por cima do seu terreno cultivado e não me importa se ele está tão bem cultivado!”.

E você, não acha isso no mínimo intolerável?

O homem natural também começou a achar. Por isso ele começou a perceber que, mesmo que todos sejam de fato livres, todos também têm o direito de reservar um pedaço de chão para chamar de seu. E o direito à liberdade começou a ser limitado pelo direito à propriedade privada.

Nessa época não havia alternativa a não ser entrar em um acordo. Se continuassem brigando entre si para impor os seus próprios direitos, os homens corriam um sério risco de se aniquilarem. Então, ao reconhecerem a necessidade de se delimitar os direitos de cada um, os homens começaram a sair daquele **estado de natureza** assinando um contrato em que decidiam delimitar um pouco as suas liberdades em benefício da liberdade dos outros.

Dessa forma, mesmo os direitos considerados mais importantes para eles, o direito à propriedade privada e o direito à liberdade, foram limitados um pouquinho em cada um para que, no geral, todos saíssem ganhando (a sobrevivência da espécie humana). Esse acordo é conhecido com o nome **contrato social**, pois, para muitos autores, foi esse contrato que deu início à sociedade como conhecemos hoje.

E, nesse sentido, Rosseau (1973, p. 42-43) fala sobre o momento em que o homem percebeu a necessidade de estabelecer um contrato social para garantir a sua liberdade, a sua propriedade e, mais do que isso, a sobrevivência da espécie humana. Para ele,

[...] o que o homem perde através do contrato social é a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo aquilo que causa desejo e que ele pode obter. O que ele ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo aquilo que possui.

FORMAÇÃO

Gostou da história? Agora pode acender novamente as luzes antes de continuarmos a conversar mais sobre esse assunto. O que destacamos, e você deve ter percebido, é que: ninguém sabe se esse contrato social realmente existiu de verdade. Nos séculos XVII e XVIII, vários escritores buscavam justificar o porquê de todas as pessoas respeitarem as normas jurídicas. Como vimos na Unidade 1, as normas jurídicas contam com a proteção do Estado, mas a pergunta que não quer calar é: por que respeitamos o Estado?

Por que pagamos os nossos impostos ao Estado? Por que respeitamos as Leis de trânsito formuladas pelo Estado? Por que permitimos que um homem, exatamente como nós, prenda uma pessoa e a leve obrigada à cadeia quando é condenada por um crime? Vamos ver as respostas a essas perguntas?



Saiba mais

Contratualista

É a corrente teórica mais comumente utilizada para explicar a origem de uma sociedade organizada como nós conhecemos. São expoentes dessa corrente John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Thomas Hobbes, entre outros. Fonte: Elaborado pelos autores.

Essas perguntas foram respondidas, como já dissemos, por vários autores diferentes. Muitos deles viveram nesses dois séculos que mencionamos e explicaram a origem do Estado com a história que contamos. E, pelo fato de todos eles terem em comum a crença em um contrato social, esses autores ficaram conhecidos como contratualistas.

Com algumas diferenças entre si, todos os contratualistas utilizavam essa mesma história para explicar a origem da sociedade nessa configuração que conhecemos hoje.

Sobre esse mesmo assunto, Locke (*apud* BOBBIO, 2000) acrescenta que o **homem natural**, que era livre por natureza, submeteu-se ao poder político estabelecido pelo Estado por vontade própria, consciente da necessidade desse acordo com os demais homens, estabelecendo o **contrato social**. Vejamos:

Porque os homens são [...] livres por natureza, iguais e independentes, ninguém pode ser tirado dessa condição e sujeitado ao poder político de um outro, *sem o próprio consenso*. O único modo pelo qual uma pessoa se despe da sua liberdade natural e se investe dos vínculos da sociedade civil, consiste no *acordo com outros homens* para juntar-se e unir-se numa comunidade, para viver em união com comodidade, segurança e paz, a posse segura das próprias propriedades, e com uma garantia maior contra quem não pertence à mesma. (BOBBIO, 2000, p. 62).

Diante deste cenário, o homem percebeu que essa delimitação de direitos, necessária para garantir a sobrevivência da espécie humana, só seria feita equilibradamente se houvesse uma pessoa jurídica, uma organização, especialmente formulada para administrar os interesses do conjunto.

Assim surgiu o Estado: uma pessoa jurídica de direito público. A isso equivale dizer que o Estado é uma pessoa jurídica, com autonomia para tomar suas próprias decisões, cujo objetivo é única e exclusivamente cuidar dos direitos e dos interesses da sociedade que o formou. Daí então a relação do contrato social e do Estado.

ELEMENTOS

Falar sobre os elementos que compõem um Estado é tarefa que merece uma observação. Há várias maneiras de se compreender esse assunto. Existe a visão política, a sociológica, a antropológica, entre outras. Há também a posição do Direito e, para esse, o Estado surge quando são reunidos o seu povo, o seu território e o seu governo soberano.

Povo

A palavra povo pode ser utilizada em vários sentidos. Geralmente essa expressão pode ser entendida como um conjunto de moradores de uma nação ou de uma localidade, uma pequena povoação, um lugarejo ou mesmo como um conjunto de grande número de pessoas.

Para o nosso estudo, entretanto, é importante ressaltar que para a formação de um Estado não basta simplesmente agrupar um grande número de pessoas em um lugar. É necessário que entre os indivíduos haja um elemento de ligação. Esse elemento pode ser, por exemplo, o fato de possuírem uma mesma origem histórica ou, quem sabe, possuírem costumes semelhantes ou serem de uma mesma etnia.

É essa identidade cultural que pode levar um grande número de pessoas a ser compreendida como povo. Sem esse liame, em vez de povo, a expressão mais apropriada seria população – que é uma palavra utilizada mais no sentido demográfico ou econômico.

Pense, por exemplo, no caso do povo brasileiro. De Norte a Sul do Brasil muitos são os sotaques e as expressões típicas de cada região. Em todos os cantos, contudo, nota-se a mesma língua portuguesa, a mesma história política, entre outras coisas. Por essa razão é que podemos ser chamados de povo.

Território

O espaço físico e geográfico em que uma nação se instala é chamado território. Havíamos compreendido anteriormente que o objetivo de um Estado é agir para promover a defesa dos direitos e interesses da sociedade. O local onde tais ações são empenhadas é chamado território. Não é diferente a opinião de um famoso jurista dos séculos XVIII e XIX, Hans Kelsen (1998, p. 208). Segundo ele:

[...] o território é o espaço dentro do qual é permitido que os atos do Estado e, em especial, os seus atos coercitivos, sejam efetuados, é o espaço dentro do qual o Estado,

No momento em que um povo com essas características em comum se une com o firme propósito de formar um Estado, já está suprido o primeiro requisito.

e isso significa, os seus órgãos, estão autorizados pelo Direito Internacional a executar a ordem jurídica nacional.

O território é, acima de tudo, o local onde um povo reside, uma terra para chamar de sua. Nesse sentido é que o Brasil possui limites geográficos bem definidos, com as suas fronteiras igualmente bem determinadas. Da nascente do Rio Ailã, em Roraima, às curvas do Arroio Chuí, no Rio Grande do Sul, e da Ponta do Seixas, na Paraíba, às nascentes do Rio Moa, no Acre, esse território continental de belas terras e grandes riquezas naturais é o território do povo brasileiro. A nossa terra. Portanto, temos também, além de um povo, o segundo requisito para a formação de um Estado: o território.

Soberania

A literatura jurídica define que para ser considerado Estado um povo precisa ter no seu território a autonomia para tomar as suas próprias decisões sem se submeter à autoridade de outro Estado, necessitando de soberania.

De que adianta um povo viver no seu próprio território se as suas decisões políticas, administrativas e sociais forem desprovidas de valor? Você consegue imaginar o povo brasileiro, em seu próprio território, obedecendo às ordens políticas de uma outra nação? Não lhe parece absurdo?

Eis então a importância da soberania já que essa é a capacidade de um povo de impor a sua vontade própria por intermédio de uma instituição nomeada e legitimada por ele mesmo – que é o Estado. É o exercício do seu poder, interna e externamente, para controlar seus recursos, decidir seus rumos políticos, econômicos e sociais, além de não depender de nenhum outro país.

ESTADO DE DIREITO

Estado de Direito é a expressão com que se denomina uma nação em que o Direito deve ser observado por cada um. Houve ao longo da história casos de nações em que o governante não tinha de se submeter às normas jurídicas impostas. Ele era livre para fazer o que bem entendesse. Quando uma nação proíbe essa espécie de fenômeno, fazendo com que toda e qualquer pessoa, sem distinção, esteja obrigada a respeitar o Direito estabelecido naquela nação, tem-se então um Estado de Direito.

A principal característica de um Estado de Direito é a importância dada ao fenômeno da lei. Sua relevância histórica se dá no combate ao autoritarismo e à desigualdade de classes sociais. Em um Estado de Direito (também chamado por alguns de Estado Liberal de Direito), a lei é para todos.

Essa teoria reflete a luta da Revolução Francesa no século XVIII para combater a tirania com que os súditos do rei eram até então tratados.

Entretanto, há um enorme problema nesse modelo de Estado. Trata-se da frieza com que o legalismo leva as autoridades a tratarem os indivíduos. Em nome da lei, crua e seca, o governante pode ser conduzido a uma perda da sensibilidade para tratar dos casos com um parâmetro que é superior a ela: a justiça.

Estado Social de Direito

A humanidade começou a perceber, já no século XX, que faltava ainda aos governantes um tratamento mais presente do Estado no combate às desigualdades sociais. Dessa forma, nas décadas de 1920 e 1930 surgiu o chamado Estado Social – muito

embora a Constituição Mexicana de 1917 já trouxesse lampejos do que seria esse modelo.

A característica mais marcante do Estado Social de Direito é que os direitos sociais eram cultivados como ponto central da Administração Pública. Nesse sentido, Bonavides (2004, p. 186) preleciona o seguinte:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas [...] confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

O que o autor demonstra é que o Estado Social de Direito tem por principal característica a luta para garantir a todos os direitos sociais. Mais do que o rigor da lei, para além da sua postura neutra, fria e distante, esse modelo estatal intenta uma intervenção proativa na sociedade com o objetivo de assegurar as garantias básicas da sociedade.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O homem, que é inclinado a transformar o mundo para buscar uma sociedade melhor, percebeu que havia algo no Estado

Social de Direito que não ia bem. Nesse modelo, muito embora os direitos sociais fossem exaltados, o povo não possuía significativa participação no controle da máquina do governo. Tanto foi assim que alguns países, mesmo com a proposta de se governarem por esse modelo, encaminharam-se para regimes totalitaristas, ou seja, o poder concentrado nas mãos de um ou de poucos governantes.

Sobre o tema, Bonavides (2004, p. 184) afirma que

A Alemanha nazista, a Itália Fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram “Estados sociais”. Da mesma forma, Estado social foi a Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930.

Dessa forma e em movimentos espalhados que aos poucos confluíam nessa mesma direção, a humanidade começou a lutar pelo direito de participar das decisões sobre os assuntos importantes para o futuro e o presente das suas nações. O termo utilizado para designar a participação popular no governo é **democracia**. Assim, o modelo estatal anterior começou aos poucos a dar lugar para o que posteriormente foi chamado de Estado Democrático de Direito.

Mas não é somente isso. São características marcantes de um Estado Democrático de Direito o respeito às liberdades civis e fundamentais. Nesses Estados, os direitos humanos são geralmente a base da sociedade e não raramente reconhecidos pelo seu texto constitucional.

PODER E FUNÇÕES DO ESTADO

Todo poder emana do povo. Essa expressão quer dizer que a autoridade e a soberania de um Estado decorrem – ou devem decorrer – da vontade suprema do povo que o compõe. Um Estado

cujo poder não provenha do seu povo não pode ser chamado de Estado Democrático de Direito. Mais além do que isso, ainda precisamos destacar que o poder também deve ser exercido com o propósito único de assegurar os direitos e interesses do povo.

Essa finalidade principal é alcançada por meio da ação efetiva do Estado que organiza a sua atividade em três funções: a de fazer as leis, a de julgar os conflitos e a de realizar a Administração Pública. Por essa razão é que hoje grande parte dos países têm os chamados três poderes.

- ▶ O primeiro, o **Poder Legislativo**: é o que se encarrega de elaborar as leis em conformidade com o que o povo deseja.
- ▶ O segundo, o **Poder Judiciário**: aquele que julga os conflitos. Sua função é aplicar a lei e o direito a cada caso.
- ▶ O terceiro, o **Poder Executivo**: cuja função não é simplesmente executar as leis. Se assim fosse, ele seria um mero cumpridor do que o Poder Legislativo determina. A sua função é, na verdade, tomar conta de uma importante atividade do Estado: a Administração Pública.

FORMAS DE ESTADO

Para compreendermos cada vez melhor o Estado, precisamos analisar ainda outro fator importante: a forma pela qual ele organiza o seu povo e a sua soberania sobre o seu território. Segundo a classificação mais tradicional, existem ao menos duas principais formas de Estado: a **unitária**, que também pode ser chamada **simples**, e a **composta**. O critério que as distingue é efetivamente o grau de concentração do poder popular com eficácia no território

como um todo ou, por outro lado, a sua descentralização em esferas menores de poder. Por isso, Silva (1976, p. 101) ensina que:

O modo de exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de *forma de Estado*. Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se *Estado unitário*. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente, encontramos-nos diante de uma *forma de Estado composto*, denominado *Estado federal* ou *Federação de Estados*.

Os Estados unitários são aqueles em que um poder central é exercido em todo o território. Não se impõe limites a esse exercício amplo e irrestrito por parte de outras fontes de poder. É por essa razão que em Estados unitários só encontraremos um Poder Legislativo, um Poder Executivo e um Poder Judiciário – os três atuando ilimitadamente em todo o território nacional. É o caso da França e de Portugal, no continente europeu, e do Peru, na América do Sul. Mesmo que esses países possuam uma subdivisão em municípios, distritos ou departamentos, somente a organização política central pode ser considerada politicamente autônoma, conforme a lição de Maluf (2010).

Os Estados compostos também possuem um poder central. Suas atribuições são exercidas, regra geral, em todo o território da nação. A diferença, entretanto, é que nessa forma de Estado, o poder central necessita coordenar a sua atividade com a existência de poderes regionais, também instituídos legitimamente pelo povo – no afã de exercer suas funções de forma mais atenta às necessidades locais.

É o caso das federações e das confederações. As primeiras são formadas pela união de vários estados-membros, todos com autonomia política e administrativa, que se juntam para defender os direitos e interesses de uma mesma nação a que pertencem. A esses estados cabe a administração político-administrativa das regiões que representam.

Assim, ensina Lima (*apud* MALUF, 2010) que a principal característica do Estado federal é que ele é formado pela união de vários Estados. Como se fosse um Estado de Estados, nele as ações públicas federais e estaduais são levadas a efeito à população de forma coordenada, conforme leciona Bryce (*apud* MALUF, 2010).

Entretanto, não pode o federalismo ser entendido como uma composição de vários países. Na verdade os estados que compõem uma federação não são propriamente um Estado (com inicial maiúscula), são províncias, estados-membros, desprovidos de soberania, como acontece no próprio Brasil, nos Estados Unidos da América e no México – que são exemplos dessa forma de Estado.

As confederações também possuem um poder central assim como as federações. É esse poder central que as representa no plano do Direito Internacional. A diferença, contudo, é que nas federações os estados-membros se reúnem por um texto constitucional e não são soberanos – já que há o poder central para exercer tal prerrogativa. Já as confederações são formadas a partir do pacto estabelecido entre estados-membros dotados de autonomia política, administrativa e judicial e, mais do que isso, capacidade para negociarem em **nome próprio** os seus direitos e interesses no plano do Direito Internacional.

A história revelou diversos Estados criados sob a forma confederativa. Um problema importante, entretanto, contribuiu para a sua extinção. Trata-se da instabilidade política relativamente aos motivos que justificavam sua união. Dessa forma, não há exemplos satisfatoriamente coincidentes com a descrição teórica de **Confederação** a serem eventualmente enumerados. Alguns autores até dispõem sobre o tema trazendo o caso da Comunidade dos Estados Independentes (CEI) formada por países que pertenceram à extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, ou União Soviética. Mas nos posicionamos contrários a essa corrente.



FORMAS DE GOVERNO

Podemos entender por forma de Governo a maneira mediante a qual um Estado se organiza politicamente para governar o seu povo. Para Silva (1976, p. 106),

“se refere à maneira como se dá a instituição do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados. Responde à questão de quem deve exercer o poder e como este se exerce.”

Os autores clássicos costumam dizer que há pelo menos duas formas de Governo mais representativas nos dias de hoje. São elas a monarquia e a república. Vejamos, por exemplo, o que Maluf (1979, p. 67) entende pelos termos:

Tendo-se em vista que o direito público moderno divide as formas de governo em dois grupos – monarquias e repúblicas – segue-se, como disse Kelsen, que a forma republicana caracteriza-se pelo conceito negativo equivalente a *não-monarquia*, isto é, pela ideia de que o poder estatal não pertence a uma só pessoa, coroada ou não, por direito próprio, mas, sim compete ao povo nacional que atribui o seu exercício aos órgãos representativos instituídos na Constituição.

A monarquia se caracteriza pela existência de uma pessoa que orientará as decisões políticas de um país enquanto viver. Não só a sua autoridade política é vitalícia – ou seja, vai até a morte – como se transpassa também hereditariamente para o seu filho. É importante esclarecer que a monarquia é uma forma de Governo, e, por essa razão, o fato de uma nação adotar esse modelo não significa necessariamente a ausência de democracia.

Há muitos anos a civilização vivenciou uma época em que o poder monárquico era totalmente concentrado nas mãos de um só governante. A história chama isso de monarquia-absolutista.

Hoje ainda há estados monárquicos, mas nem por isso a participação popular é mitigada. Vejamos, por exemplo, o caso do Reino Unido da Grã-Bretanha que, mesmo devota à Sua Majestade a Rainha, participa democraticamente do processo de tomada das decisões importantes de seus países.

A república, por outro lado, tem características diferentes da monarquia, vamos ver quais são?

O termo **república** provém do latim: **res publica** – literalmente significa **coisa pública**. Provavelmente teria sido usado pela primeira vez na Idade Antiga para designar o modelo de Estado em que a **coisa pública** tem prioridade sobre os interesses particulares. Por essa razão é que os chamados países republicanos – adeptos da república nesse entendimento que acabamos de ver – elegem periodicamente os seus representantes. O objetivo das eleições periódicas é assegurar que os interesses gerais da população – que também podem ser chamados de **interesses coletivos** ou, ainda, de **interesse público** – não sejam esquecidos em meio a um turbilhão de interesses pessoais, individuais e casuístas.

SISTEMAS DE GOVERNO

Para concluir essa nossa imersão no mundo da teoria geral do Estado, devemos falar agora dos chamados sistemas de Governo. Pois bem, o que acontece em muitos Estados do globo terrestre é que o povo precisa ver cumpridos dois papéis importantíssimos.

Se por um lado o povo precisa de alguém que seja competente o suficiente para conduzir a Administração Pública, evitar os conflitos políticos e gerir as decisões internas da sua nação, por

outro lado, uma nação também precisa de alguém que a represente bem no diálogo com outros Estados. Alguém com capacidade, postura e inteligência suficientes para manter intocável a imagem de um país perante a sociedade internacional.

A essa primeira pessoa, imbuída na solução de conflitos internos, nós chamamos de chefe de Governo; a segunda pessoa, entretanto, que representa uma nação perante o resto do mundo, chamamos chefe de Estado.

*Há dois sistemas de Governo que merecem a nossa atenção.
Quais são? Você sabe?*

O primeiro é o denominado presidencialismo. Nesse sistema, é a mesma pessoa que realiza as funções de chefe de Estado e também aquela que administrará as decisões internas da sua nação. Tal pessoa é comumente chamada Excelentíssimo Senhor Presidente da República, chefe de Estado e de Governo.

O segundo sistema recebe o nome de parlamentarismo, contudo, a situação é diferente. O chefe de Governo normalmente é aquele que preside o parlamento, na função de primeiro ministro. Também é chamado de **premiê***. A chefia de Estado compete à outra pessoa, chamada chefe de Estado. Isso não significa que um não possa eventualmente realizar o trabalho inicialmente conferido ao outro. Apenas se presta a demarcar diferenças.

***Premiê** – chefe do Governo e do gabinete, na França, Itália e alguns outros regimes parlamentaristas; primeiro-ministro.
Fonte: Houaiss (2009).

Resumindo



Nesta Unidade vimos que, apesar de as origens históricas não estarem devidamente comprovadas, o Estado pode ser entendido como uma pessoa jurídica de direito público dotada de autonomia para tomar suas próprias decisões com vistas a cuidar dos direitos e interesses da sociedade que o formou.

Definimos também que o Estado tem alguns elementos constitutivos do Estado, ou seja, os itens indispensáveis para formá-lo são: o povo, o território e a soberania. Por **povo** entendemos ser um grupo de pessoas com um elemento de ligação, por exemplo, histórica, étnica, linguística etc. Por **território**, compreendemos ser o espaço físico e geográfico em que uma nação se instala definindo com os seus próprios limites também os limites de atuação do Estado. Finalmente, por **soberania** concluímos ser a capacidade de um povo de impor a sua vontade própria por intermédio de uma instituição nomeada e legitimada por ele mesmo, o Estado.

Outro tema que discutimos nesta Unidade é que entre os diversos tipos de Estado, há dois modelos de extrema significação histórica: o Estado de Direito e o Estado Democrático de Direito. Enquanto o primeiro significa a existência de um conjunto de normas a serem observadas por cada um dos indivíduos que o compõem, o segundo é caracterizado pelo respeito institucional às liberdades civis e aos direitos e às garantias fundamentais. Nesses Estados, os direitos humanos são geralmente a base da sociedade e não raramente reconhecidos pelo seu texto constitucional.

É importante também termos claro que se, por um lado, todo o poder emana do povo, por outro, a democracia deve ser exercida com a finalidade principal de assegurar os direitos e interesses de toda a coletividade também. Ao Estado, portanto, que é a quem compete as atividades prestadas em direção a esse fim, incumbe-se, por via de consequência, fazer as leis, julgar os conflitos e exercer a Administração Pública. Tais atividades são tipicamente exercidas, respectivamente, pelo Poder Legislativo, pelo Poder Judiciário e pelo Poder Executivo.

Vimos ainda que as formas de Estado estão relacionadas com o modo pelo qual o poder político é exercitado em função do território, das pessoas e dos bens. Assim, os Estados estão classificados em:

- ▶ Unitários, em que o poder é unitariamente exercido sobre todo o território; e
- ▶ Compostos, em que o poder se divide territorialmente em uma gama de organizações governamentais distribuídas regionalmente. Entre estes últimos, situam-se as federações e as confederações.

Ao longo da Unidade definimos também que forma de Governo diz respeito à maneira como os governantes e os governados relacionam-se uns com os outros. Nesse sentido, os Estados classificam-se em: monarquia, com o poder exercido de forma vitalícia e hereditária por uma pessoa; e república, na qual existe a alternância de um poder que é exercido periodicamente.

Por fim, apresentamos que os Estados estão classificados também quanto à maneira como a chefia de Estado e a chefia de Governo é realizada. Quando exercida ambas essas chefias por um indivíduo apenas, dá-se o nome de pre-

sidencialismo. O parlamentarismo, por sua vez, é o sistema de Governo em que a chefia de Estado não é realizada também pelo chefe de Governo.



Atividade de aprendizagem

Agora que você aprendeu temas importantes do Estado, confira seu entendimento a respeito do tema realizando a atividade a seguir.

1. É importante exercitar a sua capacidade de opinar, principalmente agora que você domina temas importantes sobre o Estado. Por tais razões, elabore um texto de aproximadamente duas páginas onde você expressará qual é o papel ideal que o Estado deve desenvolver na vida dos cidadãos. À medida que for escrevendo, procure comparar com as ações do Estado brasileiro nesses últimos anos. Compartilhe sua atividade com o tutor por meio do AVEA.

UNIDADE 3

DIREITO CONSTITUCIONAL

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE APRENDIZAGEM

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- ▶ Compreender as noções gerais do Direito Constitucional;
- ▶ Discutir sobre constituição de sua origem à sua classificação;
- ▶ Definir o termo “supremacia da constituição”;
- ▶ Entender o que é e como se dá o controle de constitucionalidade; e
- ▶ Discutir sobre as Constituições que já vigoraram no Brasil e também da que está vigendo atualmente.

O QUE É CONSTITUIÇÃO?

Caro estudante,

Agora que você já estudou as noções preliminares do Direito e também conheceu os principais conceitos sobre o Estado, está na hora de conhecer o ponto em que os dois se conectam mais intimamente.

As noções de Direito Constitucional que você verá nesta Unidade lhe mostrarão as bases sobre as quais se fundam, no Direito, os Estados soberanos e a República Federativa do Brasil.

Imaginemos que esteja bem claro para você o que é Estado. Também imaginemos que você tenha compreendido em noções gerais o que é Direito. Pois bem, agora suponha que exista um ponto específico em que o Direito e o Estado se encontram. Esse ponto de fato existe. E é nele que se encontra a constituição. Meio confuso? Calma, você entenderá isso logo!

Vamos à leitura? Bons estudos!

Conforme você já aprendeu, o Estado é uma instituição politicamente organizada a partir da vontade da sociedade. Sua formação ocorre pela reunião de um povo com características comuns, sobre um território próprio e sob um governo dotado de soberania. Esses são os três elementos que constituem o que chamamos de Estado, não é verdade?

Acontece que a organização desses três elementos pode se dar de formas diferentes, variadas. Assim, podemos dizer que cada Estado se constitui de uma maneira própria, que lhe é peculiar e está em conformidade com a vontade popular. Esse conjunto de características que definem o modelo dentro do qual um Estado se estabelece formam um conjunto a que chamamos **constituição**.

Evidentemente, até agora nós estamos definindo o termo **constituição** a partir de uma análise que leva em conta a concepção de uma sociedade. Portanto, podemos dizer que essa é a acepção sociológica dessa palavra.

Pense em uma sociedade que queira definir a forma como seu Estado será constituído – definir o seu regime de Governo, o sistema de Governo etc. Qual é a primeira coisa a se fazer para assegurar a estabilidade dessas definições? Sabe a resposta? Uma prioridade é delimitar normas jurídicas bastante nítidas e compatíveis com a estrutura desejada pelo corpo social.

Caso essa delimitação não ocorra, maiores serão as chances de se romperem as relações sociais e igualmente maiores as possibilidades de que as autoridades instaladas no poder permaneçam ali investidas de forma definitiva e autoritária.

Para Willoughby e Rogers (*apud* LIMA 1958, p.123), um governo só será constitucional, portanto, caso possa se submeter a um conjunto de princípios fundamentais que são delimitados em uma norma jurídica principal. Vejamos as suas palavras:

Num sentido mais estrito e mais corrente, um governo só é constitucional quando seu exercício está subordinado a princípios que procuram dar uma razoável garantia de que a vontade política se inspirará no interesse dos governantes e que os direitos à vida, à liberdade e à propriedade se determinarão por leis gerais ou de caráter estável, e serão protegidos tanto contra violações por parte das autoridades como contra intervenções de outros indivíduos.

A constituição é, por assim dizer, uma lei de garantia, ou seja, uma lei principal que tem a função de reunir as características básicas do Estado a que ela corresponde e de delimitar os direitos, os deveres e as garantias fundamentais de cada cidadão para procurar uma maior estabilidade nas relações sociais.

Para Lima (1958, p. 123), esta é a definição de constituição:

[...] a lei orgânica e fundamental de uma nação, escrita ou não escrita, que esclarece o caráter e a concepção do seu

governo, que estabelece os princípios básicos pelos quais sua vida interna se regula, que organiza o governo, ordenando, distribuindo e limitando as funções dos seus diferentes departamentos e descrevendo a extensão e a maneira do exercício dos poderes soberanos.

Essencialmente, esse é o conceito de constituição, em outras palavras, essas são as matérias que na sua essência compõem uma constituição. cujo conteúdo não seja materialmente constitucional, ou seja, cujo conteúdo não esteja relacionado diretamente com a formação de um Estado, sua forma de Governo, seus princípios etc. Ocorre que às vezes, por motivos diversos, pode acontecer de os agentes políticos de uma nação colocarem uma norma na constituição cujo conteúdo não seja materialmente constitucional.

Quando isso ocorre, dizemos que a norma é formalmente constitucional. Isso, pois a forma como foi elaborada e a sua posição em relação ao Direito daquele Estado a torna, formalmente, soberana.

Veja você que esses dois conceitos estão ligados com a ideia de que as normas podem estar essencialmente destinadas a constituir um Estado e delimitar as suas características principais (normas materialmente constitucionais) ou, por outro lado, podem se tratar de normas relativas a assuntos diversos, mas dispostas no texto da constituição (normas formalmente constitucionais).

PODER CONSTITUINTE

Como é que se elabora uma constituição? Bem, já vimos que uma sociedade define as características do Estado em que estará inserida. Vimos também que é o povo que determina as formas como a sua nação será institucionalizada. Mas será possível que todos os habitantes de um país se reúnam para discutir sobre a sua constituição? É algo difícil, não concorda?

Por essa razão é que o povo, em vez de fazê-lo conjuntamente e por mãos próprias, elege um grupo de representantes políticos que se encarregarão de elaborar a sua constituição. Poder constituinte, portanto, é a prerrogativa conferida por uma sociedade aos seus representantes para que possam redigir o texto constitucional de uma nação.

Evidentemente não foi sempre assim. Nesse sentido, Bonavides (2006, p. 121) assinala que “poder constituinte sempre houve, porque jamais deixou de haver o ato de uma sociedade estabelecendo os fundamentos de sua própria organização”. Esse autor faz uma distinção, entretanto, entre o poder constituinte legitimamente consentido e o poder autoritário condensado materialmente nas mãos de um só governante.

Nos dias de hoje, porém, a expressão refere-se à primeira alternativa. Isso significa dizer que o poder constituinte somente se procede legitimamente se provier da vontade soberana do povo que o institui. Bonavides (2006, p. 122) acrescenta:

Com efeito, estabeleceu-se que as novas Constituições só seriam válidas e perfeitas após receberem a sanção do povo, submetidas por conseguinte a uma espécie de *referendum* constituinte, destinado a conjurar aquele abuso tão excelentemente retratado por Carré de Malberg – o de ver-se a representação do *povo soberano* transformada em *representação soberana* do povo, ou seja, a soberania popular transmutada em soberania parlamentar.

Formou-se naquele momento, portanto, um poder constituinte. A primeira delas é chamada de **poder constituinte originário**. Ao ouvir essa expressão, você pode entender que se está falando daquela prerrogativa, de que falamos, conferida aos agentes políticos para elaborar uma nova constituição.

Você sabe o que fez o povo brasileiro no final da década de 1980?

Elegeram um grupo de políticos e lhes conferiu o poder constituinte que por fim resultou na nossa Constituição Federal de 1988. Formou-se naquele momento, portanto, o poder constituinte originário que elaborou a nossa Constituição.

A segunda espécie é chamada **poder constituinte derivado**. Essa expressão existe para designar a legitimidade com que os agentes políticos podem rever e reformar a constituição uma vez elaborada.

Para Bonavides (2006, p. 124), sobre o poder constituinte derivado:

[...] é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.

O papel dos representantes do povo, entre outros, é o de atualizar o texto constitucional com o objetivo de torná-lo mais próximo da realidade social. Por essa razão é que uma constituição geralmente prevê as formas mediante as quais tais alterações deverão acontecer.

CLASSIFICAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES

Quando falamos em classificação das constituições, na verdade a nossa intenção é demonstrar algumas características que distinguem umas das outras. Dessa forma, poderemos perceber se uma constituição é mais difícil de ser alterada que outra, se ela está documentada em um texto jurídico ou não, se foi proposta pela vontade soberana do povo ou a ele imposta, entre outros aspectos.

Quanto ao conteúdo

A primeira classificação, na verdade, vimos no início desta Unidade quando falávamos de textos materialmente constitucionais e de textos formalmente constitucionais. Então, se você bem lembra, a distinção entre elas reside no fato de os agentes políticos terem a liberdade de às vezes poder inserir no corpo da constituição normas cujo conteúdo não trate especificamente da formação do Estado.

Essa elaboração de normas que são apenas formalmente constitucionais tem pelo menos um motivo principal. É que a constituição, conforme veremos adiante, está acima de todas as outras leis que a ela se submetem. Quando, portanto, uma matéria deve ser regulada e os agentes políticos intentam que ela seja disposta em um lugar de difícil alteração, fazem-no no âmbito constitucional.

Mais adiante
ampliaremos a discussão
quanto a este assunto.



Quanto mais uma constituição for composta por normas materialmente constitucionais, nós a chamaremos **material**. Por outro lado, quanto maior a quantidade de normas sem conteúdo materialmente constitucional, colocadas no texto por razões diversas, a chamaremos portando **constituição formal**.

Quanto à estabilidade

Vimos anteriormente que o poder constituinte está dividido em originário e derivado. Esse último se refere à possibilidade que os agentes políticos possuem de alterar o texto constitucional para torná-lo mais próximo da realidade social. Todavia, as ações que eventualmente sejam praticadas no mundo jurídico provocam consequências na sociedade e por isso devem ser previamente estudadas.

As constituições preveem o modo pelo qual os agentes políticos poderão proceder a alterações no seu texto. O conceito de flexibilidade e de rigidez, portanto, se relaciona com a existência ou não de requisitos para a reforma de um texto constitucional.

Diremos que uma constituição é uma **constituição flexível**, quanto mais simples e acessíveis forem suas normas. Por outro lado, quanto mais difícil for a alteração de uma norma constitucional, tanto mais ela será considerada uma **constituição rígida**.

Quanto à forma

As constituições são **consuetudinárias*** quando, em vez de escritas, residem em uma sociedade apenas em decorrência do modo pelo qual o povo se acostumou a definir o Estado. Isso não significa dizer que as constituições escritas não derivam de um costume social. Assim como também não podemos falar que as

***Consuetudinário** – algo construído ao longo do tempo, a partir dos costumes. Fonte: Elaborado pelos autores.

constituições consuetudinárias sejam flexíveis, de fácil alteração. Bonavides (2006) lembra que, antes da revolução de 1789, havia uma Constituição francesa baseada em normas consuetudinárias. Quando faleceu o Rei Luis XIV, seu testamento tentou alterar as regras de sucessão do trono. O Parlamento de Paris, então, cassou o testamento e manteve estáveis as normas constitucionais consuetudinárias que vigiam. Esse caso nos demonstra que essa espécie de norma não é necessariamente flexível, apenas não está formalmente colocada sobre um texto escrito.

As **constituições consuetudinárias** são aquelas que não estão delimitadas em um texto escrito. Essas nós chamamos **constituições escritas**.

Quanto à sua origem

As constituições quanto à sua origem ou ainda quanto ao processo mediante o qual elas foram elaboradas estão divididas em:

- ▶ outorgadas; e
- ▶ promulgadas.

As primeiras derivam de um poder constituinte concentrado nas mãos de uma autoridade. Assim, elas não são democráticas, são impostas. Não possuem um compromisso direto com a vontade do povo, decorrem de um ato de força do governante.

As constituições promulgadas são mais próximas da participação popular. É bem verdade, entretanto, que a sociedade não precisa fazê-lo diretamente. Ela pode constituir um órgão representativo dotado de poder constituinte para elaborar, votar e aprovar um texto constitucional. Esse órgão, de qualquer forma, está vinculado ao compromisso de atuar de acordo com a vontade popular.

Quanto ao modo de elaboração

Quanto ao modo pelo qual as constituições podem ser elaboradas há a distinção entre históricas e dogmáticas. As **constituições históricas**, como o seu próprio nome indica, são formadas a partir de uma reunião de normas constitucionais construídas de forma consuetudinária, costumeira.

Como você provavelmente pensou agora, de fato, as constituições históricas são sempre constituições consuetudinárias.

As **constituições dogmáticas** resumem o seu conteúdo em um documento com as normas constitucionais ali condensadas. Por isso é de se falar que elas são escritas. As palavras **dogmáticas** e **escritas** não são sinônimas. Não querem dizer a mesma coisa. Ocorre que um texto único, com conteúdo consolidado tem de ser posto em um mesmo local e bem definido. E isso sempre acontece em constituições escritas.

A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Há muitos anos houve um estudioso que dedicou sua vida acadêmica ao estudo das normas jurídicas. Seu interesse em compreender a natureza e a espécie de cada um dos diferentes tipos de leis, que uma sociedade pode ter, fez com que ele formulasse uma lista classificando-os do mais importante ao menos importante. Estamos falando de Hans Kelsen, um jurista austro-americano que viveu entre os anos de 1881 a 1973.

Em uma de suas mais famosas obras, publicada em 1979, Kelsen estatuiu que as normas fundamentais de uma nação estão acima de qualquer outra lei que ela possa ter. Explicava que, para se manter a estabilidade em um país, mantendo-se equilibradas as relações jurídicas, é necessário que um conjunto de normas fundamentais exista e seja respeitado de forma a orientar os rumos do Estado, como instituição, e do seu povo. Assim, para Kelsen (1979), a norma fundamental é a norma mais importante, ou seja, é aquela posicionada no topo da hierarquia das normas, e todas as demais leis devem se submeter ao que ela dispuser.

No nosso Direito as normas constitucionais estão no topo do ordenamento jurídico, todas as demais normas ficam abaixo dela. Por esse motivo elas são chamadas normas infraconstitucionais. Uma norma infraconstitucional, portanto, é toda aquela que está posicionada abaixo da Constituição Federal.

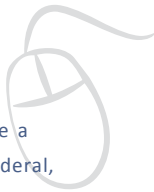
Quando observamos o artigo 59 da **Constituição Federal** (1988), percebemos que abaixo dela estão as emendas constitucionais, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos e as resoluções. Todas elas devem estar de acordo com a Constituição. Isso é o mesmo que dizer que todas as normas infraconstitucionais devem ser providas de constitucionalidade, isto é, de adequação às normas constitucionais.

Mas você sabe como é que podemos assegurar que as normas da Constituição estejam em conformidade com a própria Constituição? Vamos ver então?

Isso se dá por meio do instituto do Direito Público chamada **controle de constitucionalidade**, que designa um conjunto de normas no ordenamento jurídico que permitem que o Estado cuide para que qualquer tipo de norma infraconstitucional esteja em conformidade com a Constituição.


O controle de constitucionalidade pode ser exercido para normas que já estejam vigendo e também para aquelas ainda em

Para conhecer detalhadamente a Constituição Federal, acesse < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.



fase de elaboração. Nesse último caso, a expressão que se usa para denominar é **controle preventivo de constitucionalidade**. Tem esse nome, pois se presta à prevenção para que as normas ainda em fase de elaboração sejam publicadas sem destoar do texto constitucional.

O controle preventivo de constitucionalidade é exercido pelo próprio Poder Legislativo. Em todas as casas de leis, existe um órgão chamado Comissão de Constituição e Justiça – geralmente abreviado pela sigla CCJ – cuja função é analisar um projeto de lei para se certificar que ele atende aos requisitos mínimos estabelecidos pela Constituição. Quando um projeto de lei, por mais interessante que seja, viola a Constituição, a CCJ dá um parecer desfavorável à sua aprovação pelos legisladores.



Na próxima Unidade falaremos mais sobre o controle de constitucionalidade a ser exercido mesmo depois que uma norma é publicada. Quando chegar lá, lembre-se de procurar pelo controle repressivo de constitucionalidade.

E o que acontece quando uma norma foi publicada e somente após a sua publicação alguém percebe que ela não se coadunava com alguma disposição constitucional? O que pode ser feito para corrigir um problema de inconstitucionalidade de uma norma? Reflita e em caso de dúvida compartilhe com seu tutor no AVEA.

AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O texto constitucional que conhecemos hoje não é o primeiro feito em nosso país. Na verdade, o Brasil já possuiu outras constituições com diferentes características. Vamos conhecer sobre elas agora:

- ▶ **Constituição política do império do Brasil, de 25 de março de 1824:** em 1823, uma [Assembleia Nacional Constituinte](#) havia sido convocada. No ano seguinte, entretanto, Dom Pedro I



Saiba mais Assembleia Nacional Constituinte

É um colegiado de parlamentares igualmente eleitos pelo povo para compor o Congresso Nacional. Eles possuem, entretanto, uma diferença: são eleitos com a finalidade específica de elaborar uma nova Constituição. Fonte: Elaborado pelos autores.

a dissolveu e outorgou aquele texto constitucional que ficou conhecido como Carta Imperial. Entre suas principais características, esta Constituição instituiu uma forma unitária e monárquica de governo. Além disso, determinou que a religião Católica fosse a religião oficial do império, podendo todas as outras religiões ter seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exteriorização fora de seus templos. Outra disposição importante foi a separação em quatro funções do Poder Político em: Legislativo, Executivo, Judicial e Moderador. O direito ao voto foi destinado apenas a pessoas com renda líquida anual de cem mil réis e o direito a se candidatar pertencia apenas àqueles que comprovassem possuir uma renda proporcional ao cargo pretendido.

- ▶ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro 1891:** em 15 de novembro de 1889, houve a proclamação da República no Brasil. Dois anos após, em 1891, foi formado um Congresso Constituinte em que os representantes do povo promulgaram a Constituição Republicana. Seu objetivo era organizar um regime livre e democrático e suas principais características eram a instituição da forma federativa de Estado e da forma republicana de Governo, a separação do poder político em três funções (Legislativo, Executivo e Judiciário), a separação entre o Estado e a Igreja – sem o catolicismo como religião oficial e a destinação a todos do direito de voto, com exceção dos mendigos e dos analfabetos. É bem verdade que, embora previsto nessa Constituição, a extensão da permissão para votar às mulheres não aconteceu na prática, pois o direito consuetudinário sobrepôs-se ao que dizia a constituição. Isso só veio a acontecer no Brasil com efeito em 1932.

- ▶ **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho 1934:** nessa época, Getúlio Vargas havia tomado o poder e, em razão das suas ideologias políticas, o Brasil vivia um momento de valorização das questões socioeconômicas em oposição à política liberal. Por isso, em 16 de julho de 1934, essa Constituição foi promulgada com um direcionamento robusto aos direitos sociais. Suas principais características eram a constitucionalização dos direitos sociais, ou seja, seu texto incluía tais direitos na lei maior do país, que trazia também a criação de instituições de direito para promover a revisão e a emenda dos textos constitucionais. O direito ao voto, entretanto, continuava proibido aos mendigos e aos analfabetos.
- ▶ **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro 1937:** no dia 10 de novembro de 1937, o então presidente Getúlio Vargas liderou um golpe de Estado cujo objetivo era impedir a realização de eleições, marcadas para o ano seguinte, e dessa forma continuar no poder. Este novo período, chamado de Estado Novo, durou até 1945 e foi marcado por uma Constituição brasileira outorgada com inspirações na Carta Ditatorial Polonesa, de 1935. Suas principais características eram a redução dos direitos individuais, a nomeação de prefeitos municipais pelos governadores dos estados, a possibilidade de o presidente da República interferir nas decisões do Poder Judiciário e a manutenção da proibição do direito de voto aos mendigos e aos analfabetos.
- ▶ **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro 1946:** em outubro de 1945, conforme vimos, o Estado Novo – um período em que o Brasil foi governado por Getúlio Vargas – teve o seu fim.

A participação do nosso país na Segunda Guerra Mundial lutando contra os regimes ditatoriais nazista e fascista tornou inviável a ditadura Vargas em nossa terra. Assim, no ano seguinte, foi promulgada a chamada Constituição de 1946, cunhada por um ideal de redemocratização do Estado brasileiro, muito embora o seu texto ainda proibisse o direito de voto das pessoas analfabetas. Entre suas principais características, uma que se destacava era a possibilidade de o Estado realizar a desapropriação, ou seja, a desconstituição da propriedade privada, com a finalidade de fazer com que a terra atendesse à sua função perante a sociedade.

- ▶ **Constituição do Brasil, de 15 de março 1967:** em dezembro de 1966, Carlos Medeiros Silva, então Ministro da Justiça – que, como sabemos, é o cargo de destaque de um órgão do Poder Executivo, e não do Poder Legislativo – elaborou um projeto de Constituição e encaminhou ao Congresso Nacional. A história conta, entretanto, que os membros da oposição haviam sido afastados e, além disso, o Congresso foi impedido de proceder grandes alterações ao projeto de Constituição elaborado pelo Poder Executivo. Assim, é compreendido que a Constituição de 1967, na verdade, foi outorgada ao povo, como uma Carta Constitucional. Sua principal característica foi a colocação do Poder Executivo como poder superior em relação aos dois demais. Assim, as decisões do presidente da República eram soberanas em relação ao Poder Judiciário e ao Poder Legislativo. Nessa época, vigia o regime militar, portanto a base de toda essa estrutura política estava concentrada na chamada Segurança Nacional. Assim, a autonomia dos municípios foi reduzida para que os prefeitos de alguns municípios fossem nomeados diretamente pelo governador dos estados. Além disso, houve um grave

cerceamento de importantes direitos políticos e individuais, como a liberdade de pensamento e o de livre associação que, entre outros, somente podiam ser exercidos com uma severa limitação estatal.

- ▶ **Emenda constitucional n. 1, de 17 de outubro 1969:** em outubro de 1969, com o afastamento do então presidente Costa e Silva e apesar de haver naquela época um vice-presidente, uma junta militar assumiu o poder e com isso a Constituição de 1967 sofreu várias mudanças. Entre as mais significativas, estava a Emenda Constitucional n. 1, publicada em 17 de outubro de 1969. Muito embora formalmente ela fosse uma Emenda Constitucional, para alterar a Constituição de 1967, o seu conteúdo representou um novo texto constitucional brasileiro. Foi, portanto, uma carta constitucional, outorgada ao povo brasileiro. Das suas principais características podemos ressaltar que por seu intermédio foram criadas eleições indiretas para os cargos de governadores dos estados, o mandato da presidência da República foi aumentado para cinco anos e também foram extintas as imunidades parlamentares, cuja consequência direta foi a fragilidade dos trabalhos dos membros do Poder Legislativo.

A CONSTITUIÇÃO VIGENTE

Você sabe como chegamos à Constituição que temos agora?
Vamos descobrir?

Saindo de um longo e conturbado período ditatorial, em que governou o regime militar, o Brasil, em 27 de outubro de 1985, convocou uma Assembleia Nacional Constituinte. A finalidade principal era a elaboração de uma nova constituição que se coadunasse com aquela sociedade inclinada à redemocratização.

Em 5 de outubro de 1988, portanto, foi promulgada a **Constituição da República Federativa do Brasil**, a oitava brasileira e sétima republicana. É a que está vigendo desde então. Suas principais características são, em primeiro lugar, a menção pormenorizada de direitos e garantias fundamentais que intentam conceder ao ser humano o seu desenvolvimento e lhe assegurar o princípio da dignidade humana.

Além dessa, outras duas inovações importantes foram trazidas pela Constituição Federal de 1988: a criação do Superior Tribunal de Justiça em lugar do extinto Tribunal Federal de Recursos e também a permissão às pessoas analfabetas que, facultativamente, pudessem exercer o direito ao voto.

A Constituição Federal quanto ao seu conteúdo é formal, quanto à sua forma é escrita e analítica, quanto ao seu modo de elaboração é dogmática e quanto à sua origem é promulgada. Ainda, em relação à sua estabilidade, é rígida. E, finalmente, em relação à sua função, é garantista e dirigente.

Você encontra a nossa Constituição Federal integralmente nesta página: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Vale a pena lê-la. Trata-se de um texto extremamente relevante para todos os cidadãos.

Resumindo



Nesta Unidade você aprendeu que o Direito Constitucional é um importante ramo das ciências jurídicas que cuida de estudar as constituições. Por assim dizer, uma constituição é um texto legal que relaciona um conjunto de características que definem o modelo dentro do qual um Estado se estabelece. É, portanto, uma lei de garantia, ou seja, uma lei principal que tem a função de delimitar os direitos, os deveres e as garantias fundamentais de cada cidadão e, além disso, organizar a estrutura do Estado.

As constituições derivam da sociedade, em regra geral – mas podem em situações excepcionais serem impostas pelo(s) governante(s) quando não são respeitados os princípios democráticos. E tal como esse, vários são os critérios pelos quais nós classificamos as constituições.

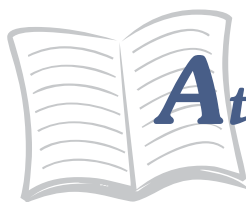
Quanto ao conteúdo, elas podem ser materiais ou formais. Quanto à estabilidade de suas normas, elas podem ser consideradas rígidas ou flexíveis. Quanto à forma, as constituições dividem-se em escritas ou costumeiras, também chamadas, nesse caso, de consuetudinárias.

As constituições também podem ser diferenciadas pela sua origem, isto é, o seu processo de formação. Quando promulgadas, originam-se da vontade popular. Se, ao contrário disso, não têm a democracia por origem, são então chamadas outorgadas. Finalmente, quanto ao modo de elaboração, as constituições podem ser históricas, fatalmente relacionadas com as costumeiras ou dogmáticas.

Quando juntamos a essas razões a compreensão de que a constituição é o texto basilar de um Estado, já que é nela que o próprio Estado se organiza como instituição, não é difícil concluir que ela represente o texto mais relevante do ordenamento jurídico de uma nação. Dessa forma é que se defluiu a aceitação da supremacia da Constituição sobre as demais normas – chamadas estas últimas normas infraconstitucionais por estarem “abaixo” da Constituição.

As normas infraconstitucionais não podem ferir o que dispõe a própria Constituição em razão da supremacia que esta última exerce sobre as demais. Para isso existe uma instituição de direito público denominada **controle de constitucionalidade**, que é um instrumento mediante o qual o Estado poderá interferir se eventualmente uma norma infraconstitucional ferir o que dispõe a própria Constituição, nós chamaremos essas normas de inconstitucionais. Esse controle pode ser feito de forma **preventiva**, quando acontece para impedir que seja publicada uma lei inconstitucional, e **repressiva**. Esta última, entretanto, veremos na próxima Unidade.

Ao final, fizemos uma rápida viagem pelas constituições que já vigoraram no Brasil chegando até a de 1988 – que ainda vige. São elas: a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824; a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891; a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937; a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946; a Constituição do Brasil, de 1967; a Emenda Constitucional n. 1, de 1969; e, finalmente, a Constituição Federal de 1988.



Atividade de aprendizagem

Você concluiu a Unidade 3, parabéns! Isso significa que a sua visão a respeito da Constituição Federal deve ter mudado – pelo menos um pouquinho. Temos certeza de que muito aumentou a sua capacidade de opinar sobre os acontecimentos políticos que marcaram o nosso país. Vamos agora pôr em prática o aprendizado?

1. Faça uma pesquisa indicando qual foi o fato político e jurídico mais relevante para o Brasil em 1988. Você já sabe que estamos falando da promulgação da nossa Constituição Federal, então faça um texto dissertativo em mídia digital comentando sobre a efetiva contribuição que ela deu à vida do povo brasileiro e, em especial, no estado em que você mora, e compartilhe com seu tutor no AVEA.

UNIDADE 4

O ESTADO BRASILEIRO

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE APRENDIZAGEM

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- ▶ Descrever a organização do Estado brasileiro;
- ▶ Identificar a forma de Estado e de Governo;
- ▶ Discutir quanto ao nosso Sistema de Governo; e
- ▶ Apontar a estrutura dos três poderes no Brasil.

A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Caro estudante,

Você já percebeu como temos avançado bem nessa nossa viagem pelo universo jurídico? Passamos pelas noções do Direito e também pelos conceitos mais fundamentais sobre o Estado. Falamos sobre o Direito constitucional e você teve a oportunidade de conhecer sobre a Constituição Federal que é vigente no nosso país: a República Federativa do Brasil. Com isso, sabemos que você já obteve uma boa noção do Estado brasileiro. Mas que tal conhecermos mais de perto a estrutura jurídica que sustenta a nossa nação? É o que faremos nesta Unidade. Aqui você verá a sua organização, os três poderes, seus conceitos, suas funções e suas estruturas.

Assim, uma ótima leitura a você!

Para dar início a nossa discussão, vamos pensar no nome de nosso país. Pode até parecer engraçado, mas um problema sério entre os brasileiros é o fato de que poucas pessoas sabem pelo menos como é o nome completo do país em que vivem. Ele se chama República Federativa do Brasil.

Como você deve ter compreendido na leitura da Unidade anterior, o documento equivalente à **certidão de nascimento** deste nosso Brasil é a Constituição Federal.

E o que diz a Constituição sobre o nosso país? Vamos dar uma olhada?

Se, por acaso, você tiver a Constituição, abra-a no primeiro artigo. Você verá que lá está escrito assim:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político.

*Fundamento – palavra que serve para designar algo sobre o qual se apoia uma estrutura. Fonte: Elaborado pelos autores.

Logo, o **fundamento*** de uma casa é o seu alicerce, pois nele a casa toda está firmemente apoiada. Por essa razão, quando lemos o artigo que acabamos de transcrever, podemos perceber que a República Federativa do Brasil (nome completo do nosso país), se apoia firmemente nos princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, finalmente, no pluralismo político.

Assim, se você bem se recordar dos assuntos que nós discutimos nas Unidades anteriores, poderá compreender que nossa nação se fundamenta na autonomia de sua gestão, nos direitos a todos os cidadãos, no respeito à dignidade de todas as pessoas, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, também, na coabitação de diferentes ideologias políticas.

Mas para explicar os fundamentos sobre os quais se sustenta o nosso país você percebeu qual foi o nome utilizado no texto constitucional? Quer um tempinho para ler novamente?

Você percebeu que a nossa pátria tem por nome **República Federativa do Brasil**. Esse é, digamos, o nome completo do nosso país. E não é por acaso que ele está assim formado. É que com essas palavras esse nome pode expressar algumas das características principais do nosso Estado: é uma república e é federativa.

FORMA DE ESTADO

Como vimos na Unidade 2, forma de Estado é a maneira pela qual ele organiza o seu povo e a sua soberania sobre o território que lhe pertence. Podemos dizer que há duas formas principais de Estado: unitária e composta. A primeira, a **unitária**, é aquela que concentra o poder popular no território como um todo, uno. Temos como exemplo clássico a República Francesa. A França constitui a forma típica do Estado, ou seja, o poder central é exercido sobre todo o território sem as limitações impostas por qualquer outra fonte de poder.

Por outro lado, a segunda forma de Estado, chamada **composta**, descentraliza esse mesmo poder em esferas menores da atuação estatal. Ela pode ser denominada **federação de estados** ou, se preferir, **Estado federal** (SILVA, 1976).

A República Federativa do Brasil, como o seu próprio nome indica, consiste em um Estado federal. Isso significa dizer que o nosso Estado faz uma divisão espacial de poderes, formulando, assim, uma multiplicidade de organizações governamentais com atribuições e competências específicas.

No nosso caso, como pudemos perceber do artigo 1º da Constituição Federal, o poder público brasileiro é dividido em estados, municípios e Distrito Federal – além da União, que é a pessoa jurídica no nível federal. Essa união é federativa e por esse motivo dizemos que a forma de Estado por aqui é federal.

FORMA DE GOVERNO

Também havíamos visto anteriormente que a forma de Governo está diretamente relacionada à maneira como o Estado se organiza politicamente para governar o seu povo. Vimos também que existem ao menos duas formas de Governo principais aceitas pela literatura jurídica: a monarquia e a república.

Enquanto a monarquia é marcada pela concentração do poder nas mãos de um governante, vitalício e hereditário, a república se fundamenta na representatividade do povo por intermédio de votação, de eleições periódicas – e não por imposição. Exemplo conhecido de monarquia é o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, mais conhecido como Reino Unido. Constituído por quatro nações – Inglaterra, Irlanda do Norte, Escócia e País de Gales – o Reino Unido é governado pela Rainha Elizabeth II. É importante registrar, entretanto, que o Reino Unido constitui-se em uma monarquia constitucional tendo, neste caso, a participação do parlamento e, na figura do seu primeiro-ministro, a chefia de Governo.

E no Brasil, você sabe qual é a forma de Governo adotada pela nossa Constituição? Vamos descobrir?

Em 1988, quando a Constituição Federal foi promulgada, junto a ela fez-se publicar um documento chamado Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – comumente chamado pela sua sigla ADCT. O objetivo desse documento era regulamentar o período de transição entre a Constituição anterior e aquela nova que surgia com princípios e disposições tão diferentes.

O ADCT trouxe a seguinte disposição, veja:

Art. 2º No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

Portanto, podemos perceber que a Constituição Federal de 1988 colocou sobre o povo brasileiro a responsabilidade de escolher, diretamente, qual a forma de Governo que queriam adotar no Brasil: a monarquia ou a república.

Essa data foi alterada pela Emenda Constitucional n. 2, de 1992, e o plebiscito foi então realizado no dia 21 de abril de 1993. Nesse dia os brasileiros se dirigiram até as urnas para decidir a forma de Governo a ter vigência a partir de então. E a forma de Governo escolhida foi a **república**.

A isso equivale dizer, portanto, que o povo brasileiro decidiu que o governante assume o seu encargo pela eleição da sociedade – e não por ter nascido filho do anterior. Decidiu também que quer que o mandato eleitoral tenha um prazo determinado – e que não seja vitalício. Essa é, portanto, a forma de Governo da República Federativa do Brasil.

SISTEMA DE GOVERNO

Como vimos na explicação da Unidade 2, sistema de Governo é compreendido como o modo mediante o qual o poder político se divide para ser exercido no Estado. Nós havíamos comentado sobre as duas funções primordiais que o governo de um Estado precisa que sejam exercidas: a chefia de Estado e a chefia de Governo.

O chefe de Estado é aquele que representa o país perante os organismos de direito internacional e o chefe de Governo é o que responde internamente pelas decisões internas de uma nação.

Existem basicamente dois sistemas de Governos conhecidos na literatura sobre o assunto: o presidencialismo e o parlamentarismo. A principal diferença entre os dois é a divisão (ou não) dessas duas tarefas. O presidencialismo é, portanto, o sistema de Governo que concentra em uma mesma pessoa as

funções de chefia de Estado e de chefia de Governo. O parlamentarismo, por sua vez, atribui a chefia de Estado a uma pessoa e a chefia de Governo a outra pessoa – esta última chamada de primeiro-ministro. Como é o caso do já mencionado Reino Unido da Grã-Bretanha, cuja monarquia-constitucional deposita a chefia de Governo na figura do seu primeiro-ministro.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ao definir que o povo brasileiro decidiria por plebiscito a forma de Governo, dispôs também que naquela mesma oportunidade seria votado o sistema de Governo a vigor no Brasil. Dessa forma, em 21 de abril de 1993, os brasileiros foram às urnas e definiram que por aqui continuaria a vigorar o sistema presidencialista.

É por essa razão que hoje conhecemos o nosso presidente da República como aquela pessoa que, internamente, decide as questões administrativas brasileiras e, internacionalmente, representa a nossa nação perante os demais Estados e organismos internacionais.

PODER LEGISLATIVO

Na Unidade 2, havíamos falado sobre os poderes e as funções do Estado. Todo poder emana do povo. Nesse sentido, podemos dizer seguramente que só existe um poder no Estado brasileiro.

Mas a expressão **poder** também pode ser utilizada para designar sua divisão relativamente às três funções do Estado: fazer as leis, julgar os conflitos e administrar a coisa pública (legislar, julgar e administrar).

A atividade que compreende a criação de leis é chamada atividade legislativa – você também pode usar a palavra legiferante, com isso se diz: atividade **legiferante**. No Brasil a **atividade legislativa** é exercida em estruturas levemente diferentes na União, nos estados, nos municípios e no Distrito Federal.

Na esfera federal (União), o Poder Legislativo é chamado de Congresso Nacional. Ele é bicameral, ou seja, ele é composto por duas casas para a produção de leis: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. As suas funções são igualmente desenvolver a atividade legiferante: produzir leis. Mas existem algumas pequenas diferenças entre elas.

O Senado Federal é composto por 81 senadores. Cada estado e o Distrito Federal tem o direito de eleger três deles para um mandato de oito anos. O povo não elege os três ao mesmo tempo. Primeiro é eleito um e, quatro anos depois, são eleitos os outros dois. Isso permite uma alternância maior. As eleições são realizadas pelo critério majoritário, ou seja, o candidato mais votado é eleito. Constitucionalmente, a **função dos senadores** é representar os Estados e o Distrito Federal.

Já a Câmara dos Deputados é composta por representantes do povo chamados Deputados Federais. O critério de eleição, entretanto, é o chamado sistema proporcional. Nesse sistema, não é eleito necessariamente aquele que foi o mais votado, o que serve para que as minorias também possam ter representatividade no Congresso Nacional. O número de Deputados é estabelecido por lei complementar e atualmente é de 513 Deputados Federais.

Nos estados, o Poder Legislativo é unicameral. Isso significa que somente há uma casa para o desenvolvimento da atividade legiferante em cada estado. Tais casas são chamadas Assembleias Legislativas. Elas são compostas por Deputados Estaduais e têm seu número definido pela legislação de cada estado. Eles são eleitos para um mandato de quatro anos e desenvolvem também a mesma função dos Deputados Federais: produzir as leis que governam os cidadãos.

Nos municípios, o Poder Legislativo é exercido unicameralmente também, ou seja, existe somente uma casa legislativa. A diferença está principalmente nos nomes. Enquanto a casa legislativa nos estados é chamada de Assembleia Legislativa, nos municípios ela é chamada de Câmara de Vereadores. Os vereadores são representantes do povo eleitos em cada município para o mandato de quatro anos e têm seu número definido por legislações próprias.



Você poderá confirmar
no artigo 46 da
Constituição Federal.
Veja mais em <[http://
www.planalto.gov.br/
ccivil_03/constituicao/
constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>.

O Distrito Federal é um caso a parte, pois possui algumas diferenças em relação aos demais membros da federação, já que conjuga aspectos de estados com características próprias dos municípios. Dada essa confluência de características, o nome da casa de leis no Distrito Federal é Câmara Legislativa – mesclando **câmara**, palavra relativa aos vereadores, com **legislativa**, palavra relativa aos Deputados Estaduais. A sua função também é legiferante, o mandato é igualmente de quatro anos e a forma de eleição obedece ao sistema proporcional de que falamos.

PODER JUDICIÁRIO

Na Unidade 2, havíamos falado sobre os poderes e as funções do Estado. Por essa razão, você já sabe que ao Poder Judiciário cabe a solução de conflitos por intermédio de soluções jurídicas. Imagine você que a lei já tenha sido formulada pelo Poder Legislativo, mas, por qualquer razão, alguém não a obedeça e, por esse motivo, acabe por violar o direito de alguma pessoa.

Poder Judiciário, portanto, é o órgão que analisará tal conflito entre as pessoas envolvidas para decidir qual é a solução mais apropriada segundo critérios de justiça.

Mas devemos salientar que as medidas adotadas pelo Poder Judiciário para resolver os conflitos não se fundamentam somente nas leis. A ele cabe uma função que transcende à aplicação da lei a cada caso ou, mais que isso, podemos dizer que ao Judiciário cabe aplicar a **justiça**, o direito, para solucionar um determinado conflito. É que às vezes a própria lei fere os conceitos que atribuímos à noção de justiça – como quando, por exemplo, ela tiver sido formulada em desacordo com a Constituição Federal. Quando eventualmente

ocorrem casos como esses, o magistrado tem ampla liberdade de desviar-se da lei para fazer com que seja realmente aplicada a justiça, por meio de um processo de interpretação.

O Poder Judiciário não pode se recusar a julgar um litígio que lhe for apresentado. Podemos imaginar sua possível cara de espanto ao ler essa informação. E por isso insistimos: todas as pessoas que necessitem da interferência do Estado para a resolução de um conflito jurídico podem buscar auxílio ao Poder Judiciário. Essa premissa máxima decorre da nossa Constituição que trouxe tal determinação nos termos que adiante transcreveremos. Veja o que diz o artigo 5º “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Mas não imaginamos que seja difícil você raciocinar conosco que essa liberdade de acesso ao judiciário deve ser feita de maneira organizada a fim de evitar-se uma possível confusão com o acúmulo de processos judiciais. Consegue conjecturar, por exemplo, o que aconteceria se todo juiz tivesse de apreciar todas as matérias que fossem a ele levadas? Evidentemente que, se isso acontecesse, a prestação jurisdicional pelo Estado, isto é, o trabalho do Poder Judiciário para a resolução dos conflitos, ficaria extremamente prejudicada por conta de uma infinda desorganização.

O Poder Judiciário se divide em órgãos. Trataremos dos principais aqui, já que o nosso objetivo é mostrar-lhe, em noções gerais, as instituições de Direito Público e Privado. Utilizaremos-nos do critério de divisão estabelecido pela Constituição Federal. Você está com ela aí por perto? Então vamos à Constituição?

Veja o que diz o seguinte artigo:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I – o Supremo Tribunal Federal;

- I – A o Conselho Nacional de Justiça;
- II – o Superior Tribunal de Justiça;
- III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI – os Tribunais e Juízes Militares;
- VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Utilizando a mesma sequência exposta pelo artigo que acabamos de ler, o primeiro assunto é o Supremo Tribunal Federal.

Ao Poder Judiciário, além da solução de conflitos concretos, cabe outra função também extremamente importante. Trata-se do chamado controle de constitucionalidade. Sobre ele nós já tratamos na Unidade 3. A única diferença é que lá nós havíamos falado do controle de constitucionalidade preventivo, ou seja, aquele filtro que é feito para que as leis, antes de serem formuladas, fiquem em conformidade com a Constituição.

Se você ainda tiver alguma dúvida sobre isso, recomendo que volte e faça a leitura daquele tópico para consolidar o seu conhecimento, está bem?

Existe ainda o chamado controle repressivo de constitucionalidade. Este, conforme o próprio nome diz, é realizado no intuito de reprimir a existência de leis que eventualmente tenham sido editadas de forma contrária à Constituição Federal. O controle repressivo pode ser realizado de forma concentrada ou difusa. Enquanto esta última se realiza mediante o julgamento dos juízes no curso de um processo, o controle concentrado é executado pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Quando, no primeiro caso, os magistrados realizam o controle difuso de constitucionalidade, o que fazem é somente definir se uma norma jurídica invocada naquele processo é constitucional ou não.

Já o controle concentrado de constitucionalidade vai além. A decisão do STF sobre a constitucionalidade de uma lei **aplica-se a todos os homens** – o que chamamos de eficácia.

Em seguida, temos o Conselho Nacional de Justiça. Esse órgão foi criado recentemente. Decorre de uma emenda à Constituição que o criou para atuar no controle da atividade administrativa dos demais órgãos do Poder Judiciário. Além disso, é responsável também pelo controle da atividade financeira e da atuação dos magistrados no que toca às responsabilidades decorrentes de sua função.

Já o Superior Tribunal de Justiça foi criado com a Constituição Federal, em 1988, e tem em sua composição 33 ministros. Todos são imbuídos de uma das mais importantes funções jurisdicionais: a uniformização do entendimento dos tribunais brasileiros em relação às leis federais. A sua atuação é requisitada quando alguém alega que um tribunal negou a aplicação a uma lei federal ou quando existem tribunais diferentes interpretando de forma diferente uma lei federal.

O nosso próximo assunto, conforme a listagem da Constituição é a chamada Justiça Federal. Ela se divide em Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais. Ambos, conforme as suas funções, cuidam da regra geral das matérias que possuem interesse para a União. Há ainda outros assuntos decididos por esses órgãos jurisdicionais. Todos estão incluídos na listagem do artigo que adiante passamos a transcrever:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

II – as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III – as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;



No meio jurídico utilizamos o termo *Erga omnes*, que significa **contra todos**, ou, **com efeito para todos**.

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V – A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004);

VI – os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII – os “habeas-corpus”, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII – os mandados de segurança e os “habeas-data” contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX – os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “exequatur”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

Após o texto constitucional ter versado sobre a Justiça Federal, continuamos agora para tratar da chamada justiça especializada, que é um conjunto de órgãos do Poder Judiciário que se responsabiliza por assuntos que, de tão específicos, necessitam de repartições públicas criadas especificamente para lidar com os processos deles decorrentes.

Assim, podemos enumerar a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar. A primeira, para tratar de processos em que as partes litigam sobre assuntos decorrentes das relações de trabalho e de emprego. É a justiça que cuida, portanto, das relações laborativas e, para tanto, estrutura-se em Varas Trabalhistas, Tribunais Regionais do Trabalho e, no topo da cadeia hierárquica, Tribunal Superior do Trabalho.

A segunda, a Justiça Eleitoral, cuida das demandas em que se discute a lisura do processo eleitoral brasileiro. É ela que decide, por exemplo, as acusações de abuso do poder econômico do candidato que compra votos para se eleger, trata da cassação de mandatos obtidos por meios irregulares etc. A Justiça Eleitoral se divide em Juntas Eleitorais, Juízes Eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais e, finalmente, Tribunal Superior Eleitoral.

A Justiça Militar também é considerada especializada, pois trata tão-somente de processar e julgar os crimes militares definidos em lei. É essa a disposição do artigo 124 da Constituição Federal. Assim, se um servidor público integrante das Forças Armadas comete crime definido por crime militar, será processado e julgado no âmbito dos órgãos da Justiça Militar, que se divide em Auditorias Militares, Tribunais de Justiça Militar – em alguns estados – e Superior Tribunal Militar.

Finalmente, a Constituição Federal trata da Justiça Comum estadual. Com essa expressão, denomina-se o conjunto de órgãos jurisdicionais que atuam em cada estado da federação, e também no Distrito Federal. A sua organização fica a cargo dos estados com exceção do Distrito Federal, onde a tarefa fica sob a responsabilidade da União. A área de atuação desse ramo do Poder Judiciário é definida conforme critérios da Constituição de cada estado, mas podemos dizer que se trata de uma competência residual. Essa expressão serve para indicar que as matérias que não se encaixam em nenhum dos tribunais anteriormente citados deverão ser tratadas pelos órgãos da Justiça nos estados.

PODER EXECUTIVO

Agora que já conversamos sobre o funcionamento do Poder Legislativo e do Poder Judiciário vamos conhecer o Poder Executivo, que é precipuamente responsável pela Administração Pública. Diante desta relevância nós trataremos deste assunto na Unidade 5.

Resumindo



Caro estudante, estamos chegando ao final de mais uma Unidade. Isso é um ótimo sinal! Estamos orgulhosos do seu empenho. Tenha sempre lembrança do que você aprendeu aqui: a organização do Estado brasileiro. Dominar essas noções poderá ser extremamente útil para o desempenho de suas atividades como Gestor de Administração Pública.

Inicialmente vimos que o nosso país é denominado República Federativa do Brasil e classificado sob diversas perspectivas. Quanto à sua forma de Estado, o Brasil é um Estado federado, ou seja, compõe-se da união de diversos entes federativos os quais possuem autonomia política e econômica.

A nossa forma de Governo é chamada república. Essa afirmação decorre do fato de possuímos um sistema eleitoral que permite a substituição periódica dos nossos governantes. A possibilidade de elegermos os nossos representantes no poder político é o que nos difere das monarquias, onde o poder é vitalício e hereditário.

Quanto ao nosso sistema de Governo, dizemos que o Brasil é uma república presidencialista. O termo **presidencialista** contido nessa afirmação serve para indicar que por aqui a figura do chefe de Estado e do chefe de Governo estão concentradas na mesma pessoa, *in casu*, o presidente da República.

Finalmente, vimos a estrutura dos três poderes no Brasil. Você viu conosco, portanto, que adotamos a teoria segundo a qual o Estado:

- ▶ Legisla, fazendo as leis;
- ▶ Julga, aplicando-as a cada caso; e,
- ▶ Administra os serviços públicos.

Para tanto, utiliza-se, respectivamente, do Poder Legislativo (atividade legiferante), do Poder Judiciário (atividade jurisdicional) e do Poder Executivo (Administração Pública). Nós não tratamos com detalhes do Poder Executivo nem da Administração Pública porque isso veremos apropriadamente na próxima Unidade.

Portanto, até lá!



Atividade de aprendizagem

Vimos nesta Unidade como é interessante o nosso Estado. Temos certeza de que, agora que terminamos mais uma Unidade desta nossa disciplina, você poderá comentar com destreza sobre o Estado brasileiro. Então vamos às atividades?

1. Propomos que você pesquise sobre o seu estado. Primeiro descubra quantos Deputados Estaduais há. Elabore então uma lista com o nome de todos os eleitos no seu estado. Se você mora no Distrito Federal, em vez disso, elabore uma lista com o nome de todos os Deputados Distritais eleitos. Em qualquer caso, relacione também o partido político ao qual pertencem e as principais propostas de campanha quando se candidataram.
2. Discorra, aproximadamente em duas páginas, relatando o que você faria se fosse presidente da República Federativa do Brasil, por um dia. Quais mudanças você adotaria na nossa estrutura estatal?

UNIDADE 5

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE APRENDIZAGEM

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- ▶ Discutir o Poder Executivo;
- ▶ Compreender a Administração Pública, seus princípios e sua organização; e
- ▶ Descrever o funcionamento da Administração Pública Direta e Indireta.

O QUE É ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Caro Estudante,

Tendo estudado os pilares do Estado brasileiro no tocante à sua organização, agora é hora de compreendermos como nossa nação é administrada. Nesta Unidade dedicada à Administração Pública começaremos pelo seu conceito. Em seguida trataremos dos princípios pelos quais ela é regida. Então trataremos de um importante tema: a divisão entre Administração Pública Direta e Indireta (é nesse momento que você estudará as Autarquias, as Fundações, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista).

Então, vamos lá?

Bons estudos e qualquer dúvida não hesite em conversar com seu tutor.

A expressão Administração Pública pode ser definida e delimitada, preliminarmente, em dois sentidos: um amplo e outro restrito.

- ▶ Em sentido amplo, a denominação de Administração Pública incluiria os órgãos de Governo, incumbidos de estipular as políticas e diretrizes de Governo, e também os órgãos administrativos, encarregados na prática e por incumbência legal de executar e aplicar as políticas governamentais traçadas pelo Governo.
- ▶ Em sentido estrito, a conceituação de Administração Pública se refere exclusivamente à consecução das atividades administrativas, excluindo-se a formulação das políticas de Governo.

Vale a pena lembrarmos ainda que o Governo, antes de formular suas políticas de curto e longo prazo, frequentemente se socorre dos conhecimentos específicos dos Órgãos e Entidades da Administração Pública.

O termo Administração Pública também pode ser conceituado no seu sentido formal, subjetivo ou orgânico. Assim, a Administração Pública seria entendida como o conjunto de agentes públicos, órgãos e entidades administrativos encarregados por lei e regulamento do exercício das atividades administrativas. Logo, o aparelho de que dispõe a Administração Pública para a consecução das atividades administrativas faz referência à Administração Pública em seu sentido subjetivo, orgânico ou formal.

Também podemos definir a Administração Pública em seu sentido material, objetivo ou funcional. Trata-se de conceituar a Administração Pública em relação às atividades administrativas exercidas pelo Estado e, *in casu*, não inclui a análise dos sujeitos que exercem as citadas atividades. Em tal concepção, vamos verificar que a Administração Pública inclui as atividades de polícia administrativa, a noção de serviço público, o fomento e a intervenção administrativa na liberdade e propriedade dos sujeitos privados.

E você, sabe no que mais atua a atividade administrativa?

A atividade administrativa poderá atuar, também, no sentido de regulamentar, fomentar ou mesmo intervir diretamente na atividade econômica. Trata-se da atividade de intervenção administrativa.

As ações das Agências reguladoras constituem exemplos de atividades reguladoras exercidas por entidades da Administração Indireta com competência legal de fiscalizar e regular as atividades econômicas de interesse público.

As atividades de regulação e fiscalização das telecomunicações, da geração e do uso da energia elétrica, do controle das águas, dos transportes terrestres etc. não podem ficar

submetidas à livre vontade do mercado, pois constituem setores econômicos que se caracterizam pela forte repercussão social. Logo, mesmo que o Estado não execute direta ou indiretamente tais atividades, faz-se necessária a sua intervenção para que o interesse público não fique entregue às flutuações e incongruências do mercado.

No Brasil, as Agências Reguladoras foram criadas em uma perspectiva de privatizações (venda de entidades da Administração Indireta para o setor privado) e de delegação contratual de serviços públicos (concessões e permissões de serviços públicos). Nos Estados Unidos da América, as Agências Reguladoras surgiram sob a perspectiva de ausência do Estado conjugada com a necessidade de impor limites à ação da iniciativa privada, para proteger o interesse público.

Com respeito à intervenção direta do Estado na Economia, a forma usual é a criação das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São entidades da Administração Indireta, criadas por lei autorizadora, com objetivos principalmente de intervenção na atividade econômica, mas, alternativamente, poderão ser criadas para a prestação de serviços públicos. Como exemplos de entidades interventoras nas atividades econômicas podemos citar a Petrobras e o Banco do Brasil.

A expressão Administração Pública pode ser compreendida desde uma perspectiva ampla ou restrita, no seu sentido formal, subjetivo ou orgânico ou mesmo no sentido material, objetivo ou funcional.

A atividade de fomento executada pela Administração Pública destina-se a estimular determinados setores e sujeitos da iniciativa privada que exercem ou deveriam exercer atividades privadas de interesse e utilidade públicas. Como exemplos de atividades de fomento podemos citar os incentivos fiscais, os financiamentos subsidiados e em condições favoráveis, os auxílios financeiros incluídos nos orçamentos etc.

O exercício do poder de polícia consiste na atividade administrativa, efetivada com base na lei, que limita a liberdade e propriedade dos particulares, com o intuito de satisfazer o interesse público.

Convém lembrar que as sociedades são constituídas por diversos grupos heterogêneos, com interesses e expectativas diversas. Encontrar o denominador comum para a boa e pacífica convivência seria o objetivo primeiro a ser alcançado pela Administração Pública. Para que tal objetivo seja alcançado, faz-se necessário, muitas vezes, restringir e condicionar o exercício dos direitos individuais, obviamente, com respaldo em dispositivos legais. A função ou atividade administrativa atuaria nesse sentido. Como exemplos do uso do poder de polícia podemos mencionar as fiscalizações de natureza sanitária e fiscal exercidas pelas entidades administrativas.

A atividade de serviço público seria executada direta ou indiretamente pela Administração Pública sob regime jurídico de direito público.

A pergunta a ser feita a você é a seguinte: o que seria um regime jurídico de direito público? Vamos então à resposta a essa pergunta?

Podemos catalogar as seguintes características quando nos referimos a um regime jurídico de direito público:

- ▶ O Estado atua em situação de supremacia ou de privilégio em relação ao administrado. Assim, a Administração Pública possui prerrogativas e poderes especiais. Observe-se que tais privilégios devem ser expressamente previstos no ordenamento jurídico.
- ▶ As relações jurídicas entre o Estado e os particulares são reguladas por normas especiais que objetivam a consecução do interesse público, mesmo que para isso tais normas tenham de restringir interesses particulares.

- ▶ Determinados tipos de controle incidem sobre tais relações jurídicas.
- ▶ A Administração Pública executaria suas atividades submetida a uma série de princípios de natureza pública.

A origem histórica dos princípios do Direito Público, que se referem às atividades administrativas, remonta à Revolução Francesa e à atuação do Conselho de Estado da França, que, ao analisar casos concretos específicos, afastou a aplicação do Código Civil (que constitui norma, por excelência de direito privado) e criou inúmeros princípios de direito público como: a alteração e revogação unilateral dos contratos administrativos pela Administração, o princípio da responsabilidade extracontratual do Estado e a autoexecutoriedade dos atos administrativos.

A iluminação dos municípios franceses à época era implementada pelo uso do gás. Os contratos que regiam o uso de tal iluminação eram regidos pelo Código Civil e, portanto, submetidos ao princípio do ***pacta sunt servanda****, ou seja, o que foi pactuado não poderia ser alterado. Com o surgimento da iluminação por energia elétrica, de melhor qualidade, mais segura e mais barata, a Administração Pública francesa ficou submetida forçosamente àqueles contratos regidos pelo direito privado.

A questão chegou ao Conselho de estado francês que assim decidiu: em nome do interesse público, aqueles contratos poderiam ser alterados ou rescindidos unilateralmente pela Administração.

Assim, a noção de serviço público e dos princípios do direito administrativo público foram sendo paulatinamente incorporados às leis e às constituições dos diversos países, a partir das soluções eminentemente práticas encontradas pelo Conselho de Estado Francês.

**Pacta sunt servanda* – esta expressão latina significa que os pactos devem ser cumpridos. Fonte: Elaborado pelos autores.

PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Na Constituição de 1988, encontramos a maioria dos princípios que regem a Administração Pública e suas atividades. Alguns dos princípios que ordenam as atividades administrativas estão expressamente previstos no texto constitucional, enquanto que outros princípios derivam do Estado democrático de Direito, mas não são encontrados expressamente na Constituição.

Podemos perceber que um dos princípios basilares da Constituição é aquele que determina a supremacia do interesse público sobre o privado. Tal princípio pode ser abstraído da ordem constitucional e do Estado democrático de Direito. Assim, a Administração, ao exercer suas atividades administrativas, deverá perseguir a consecução do interesse público, mesmo que para cumprir tal objetivo tenha de sacrificar ou reduzir algum direito de liberdade ou de propriedade do particular.

Como exemplos da aplicação do referido princípio podemos citar os atributos do ato administrativo e o uso do poder de polícia.

Outro, e talvez o mais importante, princípio que rege a atividade administrativa é o princípio da legalidade. Segundo tal princípio, a Administração Pública não pode dispor livremente dos bens e interesses colocados pelo ordenamento jurídico aos seus cuidados. Não pode transigir nem negociar livremente com tais bens e interesses. Um exemplo de aplicação de tal princípio: a proteção legal especial que incide sobre os bens públicos.

Do princípio basilar anterior deriva talvez o mais importante princípio que rege a atividade administrativa: o da legalidade. O princípio da legalidade está previsto expressamente na Constituição, no *caput* de seu artigo 37, que dispõe que a Administração Pública se submete aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Segundo tal princípio, a Administração Pública somente poderá realizar o que foi previsto em lei, enquanto que os sujeitos privados poderão fazer tudo que não está proibido por lei. Administrar é aplicar a lei de ofício. Portanto, a atividade administrativa é plenamente vinculada à lei.

Em geral, resta-nos saber como a lei estabelece seus dispositivos com vista a orientar as atividades administrativas. A lei poderá estabelecer dispositivos vinculados que prescrevem todos os passos e detalhes da atividade administrativa, sem deixar ao agente margem para análises subjetivas ou mesmo para realizar quaisquer considerações de mérito (conveniência e oportunidade) para efetivar a medida devida.

Outra forma de a lei dispor sobre as atividades administrativas é quando estabelece a possibilidade do uso do poder discricionário por parte do agente do Estado que aplica a medida administrativa ao caso concreto.

Mas você sabe quando e como ocorre tal fato? Vamos ver?

Em algumas ocasiões, constitui tarefa extremamente difícil para o legislador delimitar com precisão todas as hipóteses com que o administrador se depara no mundo real para que possa aplicar a lei com precisão. Portanto, o legislador delega ao administrador a possibilidade de fazer uma avaliação de mérito (de conveniência e oportunidade) para aplicar a lei ao caso concreto. Conveniência seria a forma de aplicar a lei. Oportunidade seria o momento certo para fazer valer a lei.

E quando a legislador se depara com tal situação, quais seriam suas possibilidades de legislar?

Seriam duas opções: ele estabeleceria a competência para o agente sem dizer expressamente como tal competência seria exercida; ou o Legislador daria várias opções de escolha ao administrador para que este escolhesse a mais conveniente e o momento oportuno. Por exemplo: a lei diria que tal agente seria competente para realizar a remoção no serviço público, sem especificar como, quando e em que situação a lei facultaria ao agente público a aplicação da penalidade de advertência, de multa ou de suspensão do infrator.

E você sabe por que razão é importante conhecer o significado do uso do poder discricionário?

É importante conhecer para que possamos entender os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade, que também regem os comportamentos da Administração Pública.

O princípio da razoabilidade significa que a Administração, principalmente quando faz uso de seu poder discricionário, deve adotar comportamentos aceitáveis e de certa forma previsíveis de acordo com o esperado pelo meio social em que a Administração se insere. Por exemplo, se a ocasião pede que o agente público se dirija ao cidadão com cortesia e solicite que aguarde a ordem na fila, seria razoável que o agente público encerrasse suas atividades devido a conflitos que tumultuassem e pudessem originar violência durante a formação da fila.

De acordo com o princípio da proporcionalidade, a Administração deve adotar pautas comportamentais na extensão e intensidade necessárias para a consecução da finalidade da lei e do interesse público. Dá uma ideia de medida proporcional da ação administrativa. Por exemplo, se a ocasião exige a aplicação de uma simples advertência, não poderia o agente aplicar a penalidade de suspensão injustificadamente.

Já o princípio da finalidade determina que a Administração, no uso de seu poder discricionário deve atender às finalidades

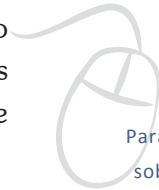
almejadas pelo Legislador ao criar a lei. Seria o exemplo da remoção no serviço público efetuada com a finalidade de punir o servidor. A remoção foi idealizada pelo legislador com vista à melhor organização dos serviços e nunca para punir.

Há também o princípio da moralidade, constitucionalmente previsto no *caput* do artigo 37, significa que o agente público, no exercício de suas atribuições, deve agir com honestidade, boa-fé, integridade e probidade. Por exemplo, a **Lei n. 8429**, de 2 de junho de 1992, de Improbidade Administrativa, tipifica diversas situações e institui inúmeras penas para as ocasiões em que a probidade administrativa é vulnerada.

O princípio da publicidade, também inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição, constitui mandamento a ser seguido tanto pelo legislador quanto pelo agente público. A Administração deverá dar publicidade aos seus atos e atuar com total transparência, pois somente agindo assim haverá a possibilidade do exercício de um efetivo controle das atividades administrativas e o conseqüente respeito ao princípio democrático. Por exemplo, a Lei n. 8.666, de 1993, obriga a que se publique no Diário Oficial e em jornal de grande circulação o resumo do edital de licitação e os extratos do contrato e do convênio administrativos.

Outro princípio é o da impessoalidade, que determina que a Administração Pública não pode estabelecer preferências pessoais no seu relacionamento com o público interessado nos serviços públicos. É um princípio correlato ao princípio da igualdade, estabelecido como direito fundamental no artigo 5º da Constituição. Por exemplo, a obrigatoriedade da realização de concurso público para a nomeação de servidores públicos e a obrigatoriedade de realização de procedimento licitatório para as contratações públicas.

Temos também o princípio da eficiência, que foi introduzido no texto da Constituição pela Emenda Constitucional n. 19/98. Constitui princípio sempre buscado pelo legislador. Vislumbramos a presença de tal princípio já no Decreto-Lei n. 200, de 1967. Toda a Reforma Administrativa formulada a partir dos anos 1980 teve como escopo a consecução do citado princípio. Significa que a Administração não deve adotar procedimentos burocráticos



Para conhecer mais
sobre a Lei acesse:
<[http://www.
planalto.gov.br/ccivil/
leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8429.htm)>.

Para saber mais sobre a
Lei acesse: < [http://
www.planalto.gov.br/
ccivil/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm)>.

desnecessários, não previstos na lei nem nos regulamentos, que dificultem a prestação dos serviços públicos. A Lei n. 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o Processo Administrativo na Administração Pública Federal, ao estipular no seu artigo 2º, parágrafo único, inciso VIII, que os processos administrativos deverão observar as formalidades essenciais ao atendimento do interesse público, consagra o princípio do Informalismo, que é corolário da Eficiência. Esse princípio não quer dizer que a administração pública não precisa respeitar as formas definidas para os seus atos. Quer dizer tão somente que nos processos e procedimentos administrativos, as formalidades serão somente as estritamente legais.

Para um melhor entendimento, vamos visualizar alguns exemplos de tentativas de melhorar a eficiência na Administração Pública: a criação da figura do contrato de gestão no início dos anos 1990; as privatizações; a delegação contratual de serviços públicos mediante a aprovação da Lei n. 8987, de 13 de fevereiro de 1995, de Concessões e Permissões de Serviços Públicos; a incorporação do Contrato de Gestão no artigo 37, § 8º da Constituição; a criação das Organizações Sociais, por meio da Lei n. 9637, de 15 de maio de 1998, e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), criadas pela Lei n. 9790, de 23 de março de 1999; a Lei n. 11079, de 30 de dezembro de 2004, das Parcerias Público Privadas (PPP); e a Lei n. 11.107, de 6 de abril de 2005, dos Consórcios Públicos.

Os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, consagrados na Constituição, foram exaustivamente reforçados e regulamentados na Lei n. 9784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o Processo Administrativo Federal. A razão de tal posicionamento do legislador consiste na tentativa de democratizar e evitar que os poderes e os privilégios da Administração sejam aplicados de forma autoritária.

*A Administração possui privilégios? Evidentemente que sim.
Como evitar que os privilégios concedidos pelo Legislador à
Administração possam se transformar em arbitrariedades?*

Reforçando os aspectos da ampla defesa e do devido processo legal. Vamos ver como isso acontece?

O princípio da responsabilidade objetiva extracontratual do Estado também teve origem na jurisprudência do Conselho de Estado Francês, no julgamento do caso Blanco. Constitui princípio previsto no artigo 37, § 6º da Constituição, que dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o de regresso contra os agentes que causarem o dano, no caso de dolo ou culpa.

Vamos aclarar os elementos trazidos pelo texto constitucional:

- ▶ Das entidades estatais passíveis de responsabilização: União, Estados, Distrito Federal e municípios e todas as suas Autarquias e Fundações Públicas; as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista prestadoras de serviços públicos; todos os Órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário; as Empresas Permissionárias e Concessionárias de Serviços Públicos no que concerne às suas atividades relacionadas com a prestação dos serviços.
- ▶ Os agentes terão de atuar na **qualidade** de agentes públicos. Não haverá responsabilização objetiva se o agente não estiver agindo na função de agente público.
- ▶ Há uma duplicidade de relações jurídicas: a do lesado com o Estado e o direito de regresso que o Estado possui com relação ao servidor que ocasionou o dano. As duas relações jurídicas são independentes. O Estado, para se ressarcir, tem de provar o dolo ou a culpa do agente. O lesado, para ser indenizado, não precisa comprovar o dolo ou a culpa do agente nem a ausência ou mau funcionamento do serviço.
- ▶ A responsabilidade é objetiva: basta comprovar que ocorreu a ação do Estado, que houve o dano, e o nexo

de causalidade entre o dano e a ação do Estado, ou, melhor dizendo, que o dano foi realmente causado pela ação do Estado. Não há necessidade de comprovar o dolo ou a culpa na ação do Estado.

Qual seria o fundamento teórico da responsabilidade objetiva do Estado? Seria a teoria do risco administrativo?

Com o aumento do número das entidades estatais e o conseqüente incremento das atividades administrativas, ocorreu concomitantemente o aumento do risco de que as citadas atividades administrativas pudessem ocasionar danos na esfera patrimonial das pessoas físicas ou jurídicas privadas.

Quando o Estado indeniza as pessoas em razão de danos cometidos por seus agentes no exercício das atividades administrativas, o faz com recursos públicos.

Portanto, o Estado não faz mais do que repartir os danos perpetrados por seus agentes com toda a coletividade, em razão do incremento do risco de suas atividades.

O fundamento teórico é o risco administrativo e não o possível dolo ou culpa do agente ou do Estado.

ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA: ADMINISTRAÇÃO DIRETA E INDIRETA

Tendo em vista que realizamos estudo acerca da definição do Conceito de Administração Pública, vamos abordar a referida Administração Pública no seu aspecto subjetivo, ou seja, abordaremos as pessoas jurídicas (órgãos e entidades) que prestam os serviços públicos.

A Administração Pública tradicionalmente costuma prestar seus serviços diretamente, mediante a ação regulada de seus próprios órgãos centralizados ou por meio de entidades criadas fora de sua estrutura central, de maneira descentralizada.

Logo, podemos dividir a Administração Pública tradicional em administração centralizada, também conhecida por Administração Direta, e administração descentralizada, também conhecida por Administração Indireta.

Assim, a Administração Pública Direta caracteriza-se pela prestação dos serviços públicos de forma centralizada no Estado. Já a Administração Pública Indireta acontece quando o Estado descentraliza os serviços públicos em entidades dotadas de autonomia.

Qual seria a principal razão para que o Chefe do Poder Executivo tome a iniciativa, mediante envio de projeto de lei específico ao Congresso Nacional, de criar uma entidade da Administração Indireta?

A justificativa seria conferir à entidade a ser criada uma maior autonomia administrativa e financeira, uma maior liberdade para administrar e gastar e, assim, prover maior grau de eficiência na prestação dos serviços públicos.

Portanto, quando o sistema da prestação de serviços públicos por meio da Administração Direta fica insuficiente, o Poder Executivo cria uma entidade da Administração Indireta para, conferindo um maior teor de liberdade administrativa, proporcionar melhor prestação dos serviços públicos.

Todavia, se o Estado em vez de criar uma entidade da Administração Pública Indireta resolve ele mesmo prestar os serviços públicos, isso ocorrerá, conforme já vimos, no âmbito da Administração Pública Direta. E ela possuirá as seguintes características:

- ▶ Centralização administrativa, considerando que os serviços públicos são prestados pelos próprios órgãos centralizados.

- ▶ Divisão das atribuições nos respectivos órgãos administrativos em escala hierárquica, ou seja, ocorre o que chamamos de desconcentração administrativa.
- ▶ Relacionamento piramidal e hierárquico entre os órgãos, com as seguintes possibilidades e obrigações: delegar competências, avocar competências, revogar e anular atos de órgãos inferiores, quando inconvenientes ao interesse público ou devidos de ilegalidades, dar ordens, receber e obedecer ordens legais.
- ▶ Ausência de personalidade jurídica dos órgãos e, portanto, impossibilitados, ressalvados os Órgãos mais elevados do Poder Público, de contrair direito e obrigações e de atuar com capacidade processual. Logo, em princípio, a personalidade jurídica é da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, assim tais entidades federativas é que são os sujeitos de direitos e obrigações.
- ▶ As competências são para o exercício das típicas atividades administrativas, ou seja, para a prestação de serviços públicos.

Por outro lado, quais seriam as características da Administração Indireta?

- ▶ Descentralização administrativa, considerando que os serviços públicos seriam prestados por outras entidades, fora do corpo centralizado da Administração Pública.
- ▶ Personalidade jurídica, tendo em vista que as entidades criadas por razões de autonomia administrativa e financeira possuem personalidade jurídica própria e, portanto, são sujeitos que podem contrair direitos e obrigações e atuar processualmente. Observe-se que,

quando uma entidade da Administração Indireta firma um contrato administrativo, o faz em nome próprio, tendo em vista sua capacidade de contrair direitos e obrigações.

- ▶ Autonomia administrativa e financeira, ou seja, uma maior liberdade para administrar e gastar definida na lei de sua criação.
- ▶ São entidades que sofrem supervisão administrativa (também se utilizam os termos controle e tutela administrativa). A supervisão administrativa seria um tipo de controle com um menor grau de rigidez em relação à subordinação hierárquica, com vista a verificar se a entidade criada está cumprindo seus objetivos estipulados na lei de criação. O Decreto-Lei n. 200, de 5 de fevereiro de 1967, determina em seu artigo 4º, parágrafo único, que os Ministérios supervisionarão as Entidades da Administração Indireta de sua área de competência. Portanto, o Ministério da Previdência deverá supervisionar o Instituto Nacional de Seguro Social (INSS). As características da supervisão ministerial Federal estão listadas no artigo 26 do citado Decreto-Lei n. 200/67.
- ▶ Somente poderão ser criadas mediante lei específica, ou por meio da lei autorizadora. O artigo 37, inciso XIX, da Constituição, determina que somente mediante lei específica poderão ser criadas Autarquias ou autorizada a criação de Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Assim, na hipótese de criação de Autarquias, a lei cria. Como as Fundações Públicas se submetem a regime jurídico idêntico ao das Autarquias, a lei também cria tais entidades. Nos demais casos, a lei autoriza a criação.



Saiba mais

Lei de criação

Lei de criação nos termos do artigo 37, inciso XX, da Constituição, depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades citadas, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada. Esta lei específica é aquela que somente poderá dispor sobre aquele assunto, e não outro. Fonte: Elaborado pelos autores.

- ▶ Além do mais, tais entidades não poderão ser criadas para exercer atribuições genéricas. A lei de criação tem de estipular expressamente suas funções e atribuições.

Convém lembrarmos ainda que os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público integram, também, a Administração Indireta de todos os entes da Federação consorciados, como prevê o artigo 6º, § 1º, da Lei n.11.107, de 6 de abril de 2005, que dispôs que o consórcio público com personalidade jurídica de direito público integra a Administração Indireta de todos os entes da Federação associados.

Identificamos as entidades da Administração Indireta, agora vamos discorrer sobre características de cada uma delas. Vamos lá?

Das Autarquias

O Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Pública Federal, definiu Autarquia no seu artigo 5º, inciso I, como o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Como visto, o Decreto-Lei n. 200/67 não declarou expressamente a natureza pública das Autarquias, mas tal natureza pode ser comprovada tendo em vista que o regime jurídico público constitucional que se refere às entidades administrativas públicas aplica-se integralmente às Autarquias. Logo, são entidades eminentemente administrativas que executam serviços públicos, típicos do Estado.

Podemos ver que as Autarquias somente poderão ser criadas por meio de lei específica, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo. Como são criadas por lei, pelo princípio do paralelismo das formas, somente poderão ser modificadas ou extintas também por lei.

Com respeito às possibilidades de controle, sofrem controle interno, concernente à sua estrutura hierarquizada. São também supervisionadas, tuteladas e controladas pelo órgão ministerial da área de competência. Podem sofrer controle direto do Congresso Nacional, que poderá efetivar fiscalização sobre os atos de tais entes, diretamente, ou por qualquer de suas casas, conforme previsão do artigo 49, inciso X, da Constituição. São controladas e fiscalizadas pelo Tribunal de Contas da União, nos termos previstos nos artigos 70, 71 e 72 da Constituição. Assim, submetem-se a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.


O Tribunal de Contas também é competente para fiscalizar a legalidade, economicidade e legitimidade de seus atos e contratos. São passíveis de mandado de segurança e de ação popular, nos termos previstos no artigo 5º, incisos LXIX e LXXIII, respectivamente. Submetem-se também ao controle jurisdicional, tendo em vista que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, estipula que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Os bens das Autarquias são bens públicos, ou seja, são em princípio inalienáveis. Assim, qualquer forma de alienação deverá ser realizada nos termos da lei; são impenhoráveis para pagamento de dívidas; não podem servir como garantia para o pagamento de empréstimos e não podem ser adquiridos por usucapião. Portanto, gozam de toda a proteção legal destinada aos bens públicos.

A responsabilidade extracontratual das entidades autárquicas é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição. No caso de exaurido a patrimônio da entidade autárquica, a entidade controladora arca subsidiariamente com os prejuízos oriundos da responsabilização.

As entidades autárquicas também possuem privilégios tributários, uma vez que, nos termos do artigo 150, § 2º, da Constituição, não poderão ser instituídos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das Autarquias, desde que vinculados a suas finalidades essenciais ou às que delas decorram.

Possuem ademais alguns privilégios processuais como o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer nos processos judiciais (artigo 188 do Código de Processo Civil).



Ver artigos 100 e 101, do Código Civil e artigos 17 a 19 da Lei n. 8666/93.

Têm direito ao duplo grau de jurisdição, ou seja, a sentença emitida contra as Autarquias não produz efeitos até ser confirmada pela instância superior. Por outro lado, as despesas dos atos processuais das Autarquias são pagas ao final do processo pela parte vencida.

Devemos nos lembrar de realizar uma referência com relação às Autarquias denominadas de especiais. Então vamos ver o que significam?

A doutrina científica denomina tais entidades de Autarquias especiais em razão da necessidade de autorização do Senado Federal para a nomeação de seus dirigentes, e da proteção especial do mandato fixo que os citados dirigentes possuem, em comparação com os dirigentes das Autarquias comuns.

Na categoria de Autarquias especiais, encontramos dois formatos mais comuns: as chamadas agências executivas e as denominadas agências reguladoras.

A Lei n. 9.649, de 27 de maio de 1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, dispõe em seu artigo 51, *in literis*:

Art. 51. O Poder Executivo poderá qualificar como Agência Executiva a autarquia ou fundação que tenha cumprido os seguintes requisitos:

I – ter um plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional em andamento;

II – ter celebrado Contrato de Gestão com o respectivo Ministério supervisor.

§ 1º A qualificação como Agência Executiva será feita em ato do Presidente da República.

§ 2º O Poder Executivo editará medidas de organização administrativa específicas para as Agências Executivas, visando assegurar a sua autonomia de gestão, bem como a

disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros para o cumprimento dos objetivos e metas definidos nos Contratos de Gestão.

Assim, bastou a autarquia possuir um plano estratégico de reestruturação e celebrar contrato de gestão com o Ministério supervisor para que seja qualificada como agência executiva. O contrato de gestão deverá definir as metas a serem atingidas assim como os meios pertinentes à sua implementação. Observe que tal contrato de gestão é o mesmo previsto do artigo 37, § 8º, da Constituição, e que foi instituído na Carta Magna por meio da Emenda Constitucional n. 19/98.

As agências reguladoras foram criadas em um contexto da retirada do Estado da produção direta de bens ou utilidades econômicas, com a conseqüente redução da máquina administrativa estatal, e a necessidade de implementação de determinado controle nas atividades estatais desestatizadas. Portanto, as agências reguladoras realizam a intervenção indireta do Estado, por meio da regulação, nas atividades econômicas efetivadas pelo setor privado.

A atividade reguladora implica no exercício do poder normativo por parte das citadas entidades. Essa é a questão que provoca maior polêmica com respeito ao tema agências reguladoras. Quais seriam os limites ao exercício da atividade reguladora?

Das Fundações Públicas e das Fundações Privadas Governamentais

O artigo 5º, inciso IV, do Decreto-Lei n. 200, de 1967, definiu as Fundações Públicas como sendo as entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

Por outro lado, o referido artigo 5º, em seu § 3º, estabeleceu que as entidades de que trata o inciso IV, do artigo 5º, adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações.

Convém lembrar que, em princípio, as Fundações Governamentais seriam pessoas jurídicas de direito privado, instituídas e em algumas ocasiões mantidas pelo poder público, com objetivos de prestação de serviços de natureza social e sem finalidades lucrativas.

Entretanto, parte da doutrina costuma dividir as Fundações Governamentais em duas categorias:

- ▶ as de direito público, com personalidade jurídica de direito público; e
- ▶ as de direito privado instituídas pelo Estado.

No primeiro caso, tais Fundações seriam, em realidade, verdadeiras Autarquias, incidindo sobre tais entidades a totalidade do regime jurídico de direito público que vigora sobre as entidades autárquicas. *In casu*, exerceriam atividades típicas de Estado, inclusive seriam detentoras das prerrogativas típicas de direito público. Por exemplo, Fundação Nacional da Saúde, Fundação Universidade de Brasília e Fundação Nacional do Índio.

No segundo caso, as Fundações teriam personalidade jurídica de direito privado e exerceriam atividades sociais que não seriam exclusivas do Estado e que, portanto, também poderiam ser exercidas por Fundações instituídas pela iniciativa privada.

O Supremo Tribunal Federal também corroborou a tese da possibilidade da existência da fundação de direito público, no RE n. 215.741, Min. Rel. Maurício Corrêa, em 30 de março 1999, ao considerar que “A Fundação Nacional de Saúde, que é mantida por recursos orçamentários oficiais da União e por ela instituída, é entidade de direito público.”

Na realidade, quem faz a escolha do formato em que será criada a Fundação é o Chefe do Poder Executivo, que encaminhará o respectivo projeto de lei.

No que concerne ao regime jurídico das Fundações públicas, podemos concluir que seria idêntico ao incidente sobre as Autarquias, ou seja, seriam detentoras de todas as prerrogativas de direito público atribuídas às Autarquias, com os mesmos privilégios tributários e processuais. Seus bens seriam bens públicos. O regime jurídico do pessoal seria idêntico ao aplicável às Autarquias. Seus atos, quando administrativos, seriam passíveis de mandado de segurança e de ação popular. Não sofreriam o Controle pelo Ministério Público, nos moldes estabelecidos no artigo 66, do Código Civil. Serão supervisionadas pelo Ministério da área de competência, no caso das fundações públicas federais. Seus atos e contratos seriam administrativos, submetidos ao Direito Público. A responsabilidade extracontratual seria objetiva, conforme prevê o artigo 37, § 6º, da Constituição. O foro para solucionar os litígios das Fundações públicas federais seria o da Justiça Federal.

As Fundações privadas governamentais difeririam das Fundações públicas nos seguintes aspectos: seus bens seriam privados e, portanto não gozariam de proteção especial destinada pelos artigos 100 e 101, do Código Civil, aos bens públicos; o regime de contratação de seu pessoal seria o da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT); o foro competente para dirimir seus litígios seria o da justiça estadual; e, quando praticassem atos de natureza privada, não seriam passíveis de ação popular e de mandado de segurança.

Das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista

A forma de o Estado intervir diretamente na economia é criando as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista. É o que determina o artigo 173, da Constituição, ao prever que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Assim, as hipóteses que podem determinar a criação das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mista são os imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo.

As Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, em princípio, sujeitam-se ao regime jurídico das pessoas jurídicas privadas, pois o artigo 173, § 4º, inciso II, da Constituição, estipula que tais entidades se submeterão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

Por outro lado, inúmeros dispositivos constitucionais típicos de direito público se aplicam às referidas entidades: se submetem aos princípios da Administração Direta e Indireta determinados no *caput* do artigo 37; para a contratação de pessoal, necessitam obrigatoriamente de realizar concurso público (art. 37, II); as vedações de acumulação de cargos atingem os empregados dessas entidades (art. 37, XVII); para realizarem suas contratações, obrigatoriamente têm de licitar (art. 37, XXI e 173, § 1º, III); somente poderão ser criadas por lei autorizadora (art. 37, XIX e XX); sofrem fiscalização pelo Tribunal de Contas (art. 70) etc.

Em razão da incidência do regime jurídico de direito público sobre as Empresas Públicas e as Sociedades de Economia Mista, a doutrina entende, corretamente, que tais entidades possuem regime jurídico híbrido de direito público e de direito privado.

A definição legal de Empresa Pública e de Sociedade de Economia Mista é conferida pelo Decreto-Lei n. 200, de 1967, em seu artigo 5º, incisos II e III, *in verbis*:

II – Empresa Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

III – Sociedade de Economia Mista – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a

exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.

Analisando a definição legal das entidades tratadas podemos visualizar as diferenças entre elas: o capital das Empresas Públicas é de propriedade exclusiva da União (no caso de Empresas Públicas federais), enquanto que o capital com direito a voto das Sociedades de Economia Mista é de maioria pública; e as Empresas Públicas podem ser constituídas sob quaisquer das formas admitidas em direito, ao passo que as Sociedades de Economia Mista somente poderão ser constituídas sob a forma de sociedades anônimas.

Ademais, o foro competente para dirimir as lides das Empresas Públicas federais é o da Justiça Federal. Já o foro competente para resolver os litígios das Sociedades de Economia Mista federais é o da Justiça Estadual. Se a União for chamada a intervir em questões de alguma Sociedade de Economia Mista, o processo deverá ser avocado para a Justiça Federal.

Com respeito ao regime jurídico incidente sobre as duas formas citadas, podemos destacar:

- ▶ criação e extinção por lei;
- ▶ personalidade jurídica de direito privado;
- ▶ poderão ser criadas para a prestação de serviços públicos ou a intervenção na atividade econômica, realizando atividades comerciais e empresariais que o Estado entenda necessárias à segurança nacional e ao relevante interesse público;
- ▶ regime tributário das empresas privadas; se forem prestadoras de serviços públicos, seus bens serão bens públicos, se forem exploradoras de atividades econômicas, seus bens serão privados;
- ▶ não possuem privilégios processuais;
- ▶ a contratação de pessoal é realizada mediante concurso público pelo regime da CLT;

- ▶ seus empregados não gozam de estabilidade no emprego;
- ▶ não podem acumular empregos e cargos públicos;
- ▶ seus empregados equiparam-se aos funcionários públicos para fins penais (artigo 327, § 1º, do Código Penal);
- ▶ são considerados agentes públicos para efeitos de prática dos ilícitos de improbidade administrativa previstos na Lei n. 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa;
- ▶ obrigatoriamente, têm de licitar, nos termos previstos no artigo 2º, da Lei n. 8666/93, e no artigo 37, XXI, da Constituição;
- ▶ não estão sujeitas à falência (artigo 2º, I, da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005);
- ▶ a responsabilidade extracontratual das entidades prestadoras de serviços públicos é objetiva, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição; e
- ▶ no caso das entidades exploradoras de atividades econômicas, a responsabilidade extracontratual é subjetiva, nos termos do direito privado.

Sendo assim, podemos perceber que as empresas públicas possuem características que as tornam diferentes das empresas privadas. Cada um dos itens anteriores demonstra a proteção que é dada às empresas públicas com o objetivo principal de proteger o seu capital social: que é público, logo, é proveniente do povo.

NOVAS FIGURAS ADMINISTRATIVAS

Na história recente de nosso País, ocorreram várias reformas administrativas que buscaram diversificar e conferir maior grau de eficiência à prestação dos serviços públicos e, também,

às atividades que de alguma maneira impliquem um determinado teor de interesse público.

Entretanto, antes de discorrer sobre essas novas figuras administrativas, convém aprofundar a noção de serviço público.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 665), *in verbis*:

[...] serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado, ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador das prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.

Já Meirelles (2005, p. 323) conceitua serviço público como

[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.

Para a corrente essencialista, serviço público seria aquela atividade que, por sua própria natureza, somente poderia ser exercida sob um regime jurídico de direito público.

A acepção subjetiva seria aquela que afirma que o serviço público seria aquele prestado diretamente pelo Estado. Tal corrente foi desmentida pelo ordenamento jurídico tendo em vista que as entidades da Administração Indireta também prestam serviços públicos.

Já a corrente formalista entende que serviço público seria aquele que o ordenamento jurídico, a constituição e as leis afirmassem que dita atividade seria ministrada de forma pública. Essa é a opinião majoritária da doutrina no Brasil.

O professor Paulo Modesto (2008) entende que a dicotomia serviço público/atividade de exploração econômica se sustenta na

ideia da dicotomia entre o Estado e a Sociedade. Assim, a Administração Pública de todos os poderes monopolizaria a prestação dos serviços públicos enquanto que a iniciativa privada seria a responsável direta pelo domínio na área econômica, restando ao Estado as funções regulatórias e fiscalizadoras da atividade econômica. O Estado somente poderia substituir os particulares na ação econômica em situações restritas que fossem demandadas pela segurança nacional e pelo relevante interesse público. Por outro lado, os particulares poderiam exercer atividades de natureza pública como delegados contratuais do Estado.

 **Saiba mais**

Paulo Modesto

Professor de Direito Administrativo da UFBA e CCJB. Presidente do Instituto de Direito Público da Bahia. Membro do Ministério Público. Conselheiro Técnico da Sociedade Brasileira de Direito Público. Membro do Conselho de Pesquisadores do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado. Ex-assessor especial do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado do Brasil. Fonte: <<http://tinyurl.com/2d8ftm>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

Este modelo foi denominado pelo professor Paulo Modesto como de soma zero: “as atividades são qualificadas como atividades públicas ou privadas, por um lado, e de interesse público ou de interesse privado por outro”. (MODESTO, 2005, p. 2)

Ocorre que no Estado Social pode-se observar uma **zona híbrida** em que podemos encontrar situações nas quais o particular pode desenvolver atividades de interesses públicos que não seriam enquadradas formalmente na noção de serviço público.

Tais atividades seriam denominadas de serviços de relevância pública mencionadas expressamente nos artigos 129, inciso II e 197, da Constituição, *in verbis*:

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Portanto, é necessário que seja procedido ao rompimento do modelo denominado **soma zero** e que se inclua na classificação das atividades de prestação pública as atividades de relevância pública exercidas pelos particulares, inclusive em regime de parceria com o setor público e, logicamente, sob controle estatal.

Assim, é importante trazer ao cenário a conceituação de serviço de relevância pública para que possamos introduzir as novas figuras da reforma administrativa.

Contratos de Gestão

Nas duas últimas décadas, podemos observar um movimento nas políticas governamentais no sentido de implementar um novo modelo de Administração Pública, denominado de administração gerencial. A origem histórica dessas **novas ideias** podemos encontrar no Plano Diretor da Reforma do Estado e nos trabalhos apresentados pelo então Ministro Bresser Pereira (1996, p. 27-28), que entendia que a inovadora

[...] forma de gestão da coisa pública mais compatível com os avanços tecnológicos, mais ágil, descentralizada, mais voltada para o controle de resultados do que o controle de procedimentos, e mais compatível com o avanço da democracia em todo o mundo, que exige uma participação cada vez mais direta na gestão pública.

Foi a Emenda Constitucional n. 19/1998, conhecida como a Emenda da Reforma Administrativa, que introduziu a figura do Contrato de Gestão no nosso ordenamento constitucional, em seu artigo 37, § 8º, *in verbis*:

§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

- I – o prazo de duração do contrato;
- II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III – a remuneração do pessoal.

Convém observar que a Constituição não menciona expressamente a expressão contrato de gestão, e sim o vocábulo contrato. Entretanto, ao estabelecer que o objeto de tais contratos seria o de fixar metas de desempenho, tendo em vista a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta, o texto constitucional não fez mais do que reafirmar a própria natureza do contrato de gestão que seria o cumprimento de determinadas metas pelas entidades estatais, em troca de algum privilégio concedido pelo poder público, *in casu*, a ampliação da autonomia administrativa e financeira.

Foi o Decreto n. 137, de 27 de março de 1991, o dispositivo normativo que iniciou a regulação dos contratos de gestão em nosso ordenamento jurídico. Nos termos especificados no artigo 8º, do revogado Decreto n. 137, de 27 de março de 1991, as Empresas Estatais poderiam submeter ao Comitê de Controle das Empresas Estatais (CCE) “propostas de contratos individuais de gestão, no âmbito do Programa de Gestão das Empresas Estatais, objetivando o aumento de sua eficiência e competitividade”.

Em consonância com o § 1º do mesmo dispositivo, os contratos de gestão, estipulando os compromissos reciprocamente assumidos entre a União e a empresa, contêm cláusulas especificando:

- ▶ objetivos;
- ▶ metas;
- ▶ indicadores de produtividade;

- ▶ prazos para a consecução das metas estabelecidas e para a vigência do contrato;
- ▶ critérios de avaliação de desempenho;
- ▶ condições para a revisão, renovação, suspensão e rescisão; e
- ▶ penalidades aos administradores que descumprirem as resoluções do CCE ou as cláusulas contratuais.

Já o § 3º do referido dispositivo determinava que

[...] as empresas estatais que vierem a celebrar contratos de gestão com a União ficarão isentas do sistema de autorização prévia previsto no artigo 3º, II, assim como do disposto no artigo 3º do Decreto n. 17, de 1 fev. 91.

Sendo assim, o artigo 3º, II, referido no dispositivo, estipulava que as Empresas Estatais deveriam submeter à prévia aprovação do CCE suas propostas relativas a preços e tarifas públicas, admissão de pessoal, despesa de pessoal, inclusive contrato a título de Serviços de Terceiros, elaboração, execução e revisão orçamentárias, contratação de operações de crédito ou de arrendamento mercantil, inclusive refinanciamento; e demais assuntos que afetem a política econômica.

O citado Decreto deu origem aos primeiros contratos de gestão firmados com a Companhia Vale do Rio Doce (CRVD) e a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras).

As Organizações Sociais e os Contratos de Gestão

Foi a Lei n. 9637, de 15 de maio de 1998, que instituiu a nova figura jurídica denominada Organizações Sociais no nosso ordenamento jurídico. O artigo 1º da mencionada Lei, autorizou o Poder Executivo a qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento

tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. Enumerou como requisitos específicos para que as entidades privadas habilitem-se à qualificação como organização social, os seguintes:

- I. comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:
 - a) a natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
 - b) a finalidade não lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
 - c) a previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquela composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas na lei;
 - d) a previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
 - e) a composição e atribuições da diretoria;
 - f) a obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
 - g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
 - h) a proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade; e
 - i) a previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação,

ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados.

- II. haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

A citada Lei também prevê, em seu artigo 5º, a figura do Contrato de gestão considerado como o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas de interesse público e social.

O contrato de gestão deverá discriminar as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social e deverá ser submetido, após aprovação pelo Conselho de Administração da entidade, ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade estimulada.

Já o artigo 7º da Lei observa que os Contratos de Gestão a ser firmados com as Organizações Sociais deverão conter o seguinte:

- I. especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade; e
- II. a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

Podemos observar que as Organizações Sociais poderiam ser incluídas naquelas entidades de natureza privada, sem finalidades lucrativas que prestam serviços de relevância pública, também chamadas de terceiro setor.

AS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL DE INTERESSE PÚBLICO (OSCIPs)

Uma nova figura jurídica criada pela ação do Governo e do Congresso Nacional, por meio da Lei n. 9790, de 23 de março de 1999 (regulamentada pelo Decreto n. 3.100, de 30 de junho de 1999), foi a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Tal criação deriva do intuito de melhorar a prestação dos serviços de relevância pública.

Podem ser qualificadas pelo Ministério da Justiça como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais sejam um dos descritos a seguir conforme artigo 3º da Lei n. 9.790:

- I. promoção da assistência social;
- II. promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
- III. promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- IV. promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
- V. promoção da segurança alimentar e nutricional;
- VI. defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
- VII. promoção do voluntariado;

VIII. promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;

IX. experimentação, não lucrativa, de novos modelos socioprodutivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;

X. promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;

XI. promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;

XII. estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Ao contrário das Organizações Sociais, que firmam contratos de gestão com o Poder Público, as OSCIPs firmam os chamados Termos de Parceria com o Poder Público. Na verdade, tanto os Contratos de Gestão como os Termos de Parceria poderiam ser incluídos na categoria dos convênios, considerando que os interesses em jogo, tanto do Poder Público quanto do parceiro privado, são convergentes e objetivam a mesma finalidade: a prestação de serviços de relevância pública.

As Parcerias Público Privadas (PPPs)

As Parcerias Público Privadas surgiram em razão da incapacidade de o Estado financiar os grandes projetos de infraestrutura necessários ao desenvolvimento do País tendo em vista a incapacidade do setor público para ações de tamanho vulto.

As PPPs foram criadas pela Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. O legislador, em verdade, criou dois novos formatos específicos de concessão de serviços públicos (artigo 2º):

- ▶ A concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (que regulamentou

o artigo 175 da Constituição e que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços públicos), quando envolver adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

- ▶ A concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

As diferenças entre as três modalidades de concessão são as seguintes:

- ▶ Na concessão comum, da Lei n. 8.987/95, o concessionário contratado se remunera por meio da cobrança de tarifa do usuário do serviço.
- ▶ Na concessão patrocinada, o parceiro privado se remunera por meio de prestação pecuniária repassada pelo Estado e, adicionalmente, pela cobrança de tarifa.
- ▶ Na concessão administrativa, o parceiro privado será remunerado exclusivamente pela Administração que é a usuária indireta do serviço, sendo que a pessoa que se beneficia da prestação do serviço seria a usuária direta.

O prazo dos contratos de PPPs não poderá ser inferior a cinco anos, nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação. Ademais, é vedada a contratação de PPPs por valores inferiores a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões) de reais.

Complementando.....

Seu conhecimento não para por aqui. Para ampliá-lo, procure fazer as leituras sugeridas a seguir:

- ✦ *Direito Administrativo Descomplicado* – de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo. Capítulo denominado *Reforma Administrativa e Terceiro Setor*, no qual os autores realizam estudo didático sobre o assunto.
- ✦ *Reforma do estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômico para as parcerias público-privadas* – de Paulo Modesto. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2010.

Resumindo



Nesta Unidade você aprendeu que o Poder Executivo é, dos três poderes, o que cuida precipuamente da Administração Pública. Para tanto, nós estudamos que a Administração Pública é entendida, em sentido estrito, como o conjunto de agentes públicos, órgãos e entidades administrativas encarregadas por lei e regulamento do exercício das atividades administrativas.

Entre diversos princípios que regem a Administração Pública, você viu conosco alguns extremamente importantes como a supremacia do interesse público sobre o privado, mediante o qual podemos entender que, em um eventual conflito entre os interesses da coletividade e de um indivíduo, prevalece a coletividade.

Outro princípio igualmente importante é o da indisponibilidade dos interesses públicos. Entende-se por seu intermédio que a Administração Pública – como instituição – não pode dispor livremente dos bens e interesses colocados pelo ordenamento jurídico aos seus cuidados.

Vimos, ainda, que a Administração Pública organiza-se em duas facetas: a Administração Pública Direta e a Administração Pública Indireta. Enquanto a primeira caracteriza-se pela prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado, a última compõe-se de entidades dotadas de personalidade jurídica (e, portanto, autonomia) para exercer as funções a elas descentralizadas.



Atividade de aprendizagem

Você concluiu mais uma Unidade. Temos certeza de que o assunto agora ficou um pouco mais denso e por isso você merece os nossos parabéns! Vamos exercitar nossa aprendizagem?

1. Conceitue a Administração Pública somando todos os aspectos tratados nesta Unidade.
2. A doutrina entende que as Organizações Sociais possuem privilégios determinados pela Lei n. 9.637 que vulnerariam os princípios constitucionais da moralidade e da impessoalidade. Observe na Lei quais os dispositivos poderiam ferir tais princípios constitucionais.
3. Precisamos agora que você elabore um texto com aproximadamente duas páginas expressando se você acredita que os princípios básicos da Administração Pública – aqueles do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal – são efetivamente seguidos pelo Estado Brasileiro. Escreva a sua opinião.

UNIDADE 6

DIREITOS DO HOMEM

OBJETIVOS ESPECÍFICOS DE APRENDIZAGEM

Ao finalizar esta Unidade, você deverá ser capaz de:

- ▶ Compreender o que se entende por direitos fundamentais do homem;
- ▶ Conhecer os mais relevantes direitos e garantias individuais para o ordenamento jurídico brasileiro; e
- ▶ Verificar a classificação dos direitos em gerações diferentes.

O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

Caro estudante,

Estamos chegando ao final deste livro. Para finalizarmos o nosso estudo, vamos passar para a última Unidade em que trataremos sobre os direitos do homem. Portanto, você compreenderá como se deu a evolução e o desenvolvimento histórico dos direitos humanos. Aprenderá também como funciona a classificação dos direitos em gerações diferentes. E, passo a passo, chegará à análise do que diz a Constituição Federal brasileira sobre o tema.

Então vamos em frente? Bons estudos!

O conceito de direitos humanos existente em cada período temporal e em cada localidade do globo varia de acordo com a concepção político-ideológica presente. Outro problema existente para a sua conceituação é a variação terminológica empregada para designar tais direitos. Entre elas há as expressões direitos naturais, direitos positivos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, garantias individuais, direitos do homem e do cidadão, entre outras. Em realidade, não é a variação terminológica que acarreta problemas à conceituação dos direitos humanos. Apenas demonstra a variedade de concepções e possíveis definições propostas com o passar do tempo em diversos ambientes dessemelhantes, o que proporciona a percepção de impossibilidade de estabelecimento de uma única fundamentação acerca dos direitos humanos.

Poder-se-ia postular três grandes concepções fundamentais acerca dos direitos da pessoa humana. A primeira delas seriam as concepções idealistas, a segunda seriam as concepções positivistas e, enfim, as concepções crítico-materialistas (ARAÚJO FILHO, 1998).

As concepções idealistas realizam a fundamentação dos direitos humanos em uma visão metafísica, repleta de abstrações por meio da identificação de valores transcendentais que se podem expressar tanto pela vontade divina quanto pela razão natural humana. Seriam denominados, não direitos humanos, mas, sim, direitos naturais. Considerados naturais por serem inerentes à natureza do homem ou por serem resultado da força da natureza humana.

Inicia-se com Aristóteles e solidifica-se no decorrer do tempo a concepção da perenidade dos direitos naturais, coexistindo com aqueles direitos mutáveis no espaço e no tempo. Tal direito natural seria independente de decretos, opiniões ou vontades dos seres humanos. Estaria ligado à natureza humana, pois expressaria as suas inclinações racionais, sendo a lei fator de determinação do bom posto pela razão. Seriam, portanto, princípios independentes de contingências e variações por terem nascido na natureza e da razão. Aristóteles parecia afirmar que o que fosse regido pela natureza não se encontraria sujeito a lugares ou a tempos específicos, sendo, portanto, universal e atemporal (GINZBURG, 2001).

São Tomás de Aquino, precursor do jusnaturalismo cristão, estabelecia um **entretecimento*** do direito divino, da lei humana e dos poderes políticos, sendo que os dois últimos encontravam-se, necessariamente, subordinados ao primeiro. O soberano na Idade Média expressava a vontade divina exercendo absolutamente seus poderes. Não havia uma nítida separação entre o espaço de interesse particular do soberano, da aristocracia feudal, do clero e do interesse público. Os valores considerados essenciais à pessoa humana eram definidos e legitimados pela vontade divina.

Hobbes, considerado o pai do jusnaturalismo moderno, considerava o direito natural à liberdade atribuída a cada homem de usar seu próprio poder (seu julgamento e sua razão) para preservar a sua própria vida.

*Entretecimento – introdução ou inclusão de uma coisa em outra; intercalação, interposição, inserção. Fonte: Houaiss (2009).

Sob o ponto de vista dos pilares do direito natural em geral, os homens nasceriam livres e iguais por força ou do universo (jurnaturalismo de Aristóteles) ou da lei divina (jurnaturalismo de São Tomás de Aquino) ou pelo próprio homem responsável pela criação de seus próprios princípios por meio da razão (jurnaturalismo racional). Tem como fundamento a certeza de que o direito vai além daquele que é criado pelo ser humano, existiria uma ordem superior que seria a expressão do direito justo, o qual representa o jornaturalismo.

Diante desse cenário, começou a se substituir gradualmente a fundamentação jornaturalista por uma mais historicista, embasada no princípio de que os direitos estavam condicionados à situação histórica, de que eram relativos. Logo, seria impossível atribuir fundamento absoluto a direitos historicamente variáveis. Impensável, portanto, a ideia de serem os direitos fundamentais. Tais direitos nasceram gradualmente conforme era permitido pelas circunstâncias, resultado de necessidades de determinadas épocas.

A segunda das concepções, as positivistas, as quais fundamentaram os direitos da pessoa humana, reconhecia os direitos como fundamentais por meio da ordem jurídica positiva. O que a definiria seria a noção de justo, pois se encontra ordenado. Não mais haveria o entendimento de que a criação dos direitos dava-se por um poder superior ao Estado. Passou a ser vista tal criação como expressão verdadeira da **vontade estatal**, legitimadas e efetivadas pelo poder público. A lei passou a compreender o direito, ou seja, o direito encontrava-se restrito à lei, somente existiria um determinado direito se na lei encontra-se expresso. Se, por um lado, tal concepção preza pela segurança, tornar o direito produto exclusivamente do Estado, torna-o indiferente às exigências, necessidades sociais de justiça.

A última concepção, a crítico materialista, fundamenta-se na obra de Karl Marx. Segundo ela seriam os direitos resultantes de uma luta de classes.

Partindo-se das supracitadas perspectivas, foi possível alcançar uma afirmação e a criação de novas visões acerca dos direitos indispensáveis aos seres humanos.

Direitos humanos seriam, portanto, a terminologia utilizada para representar aquelas condições indispensáveis ao relacionamento dos homens entre si com o Estado.

Conformariam o conjunto de normas e princípios localizados em constituições ou declarações realizadas por organismos internacionais e indispensáveis ao Estado Democrático de Direito no que se refere às garantias e proteções ao homem. Segundo a concepção de Pablo Lucas Verdú (1994), caracterizar-se-ia o Estado Democrático de Direito pela igualdade dos cidadãos perante a lei um sistema hierárquico de normas que garantem a segurança jurídica, legalidade da administração, separação dos poderes como meio para alcançar e garantir a liberdade e frear possíveis abusos. Além disso, há o reconhecimento e a garantia dos direitos e das liberdades fundamentais incorporados ao ordenamento constitucional, exame de constitucionalidade das leis como garantia frente a um possível e eventual despotismo do legislativo.

Há ainda direitos econômicos e sociais baseados no trabalho e na fundamentação em uma sociedade justa, em que não há exploração econômica nem política que impeçam a participação plena dos cidadãos no processo político. Não pode haver a exploração do homem pelo homem, havendo, portanto, uma tentativa de superação do neocapitalismo (VERDÚ, 1994).

Termo que aparece como semelhante à terminologia direitos humanos é o direito natural, entretanto não podemos confundi-los. O direito natural diferencia-se, pois há a extração dos direitos dos homens do Direito Natural. Conceitos universais que, mesmo quando não escritos, têm legitimidade e vigência. Diferencia-se, assim, da concepção positivista como já ficou demonstrado no decorrer do texto.

Direitos individuais foram utilizados como denominadores durante o século XVIII caracterizando os direitos dos seres humanos isolados. Introduzidos pela Revolução Francesa, atualmente, são assegurados pelas constituições dos diversos países. Tais direitos

exigem responsabilidade social para exercê-los, não é por serem individuais que pressupõem a prática incondicionada, abusiva. Encontram-se expressos na Constituição brasileira de 1988, bem como na americana. Estabelecem o reconhecimento dos homens como homens independentemente de suas condições sociais, escolhas políticas e religiosas.

Direitos públicos subjetivos seriam aqueles direitos que tem o indivíduo face ao Estado, de forma a protegê-lo da intervenção estatal. É uma concepção que se encontra relacionada ao Estado Liberal e à perspectiva individualista do ser humano. Eram prestações negativas as quais preveniam a invasão da esfera jurídica do cidadão pelo Estado. Dessa forma, não mais existiam as prioridades daqueles deveres que deveriam ser cumpridos pelos súditos, mas sim a prioridade dos direitos dos cidadãos. Logo, deixou a sociedade de ser vista como um todo orgânico, não mais havia predomínio da sociedade sobre os indivíduos.

Atualmente, ao Estado não cabem apenas prestações negativas. Deve ele fornecer bens, ou seja, faz-se essencial uma prestação positiva também. Diante desse cenário, alguns autores afirmam que a melhor terminologia seria direitos humanos fundamentais. Ou seja, seriam fundamentais os direitos ou as garantias detalhados na Constituição de cada país alteráveis de forma árdua, complicada, para que não haja supressão de direitos provenientes de uma longa construção histórica.



Saiba mais

Perspectiva individualista

Com o pensamento iluminista francês no século XVIII e com a independência americana, ambas vislumbradas por esse viés individualista da sociedade, a denominação liberdades fundamentais surgiu como uma forma de delimitar as tarefas relativas ao Estado e aquelas próprias aos indivíduos que perfazem tal Estado. Liberdade fundamental não constitui um bom termo de designação pelo fato de não conter em sua estrutura a possibilidade de enxergar o indivíduo em sua esfera social, na qual está necessariamente inserido. Sempre ocorrerá o entrecimento das liberdades individuais, sempre existirão as relações sociais. Fonte: Elaborado pelos autores.

E você, sabe como ocorreu a construção histórica dos direitos fundamentais? Vamos saber então?

A Construção histórica se iniciou com a Magna Carta Inglesa na Idade Média. Em 1628, veio a *Petition of Rights*, a qual foi antecedente da *Bill of Rights* (1689), considerada a segunda Magna Carta. A Declaração de Direitos da Virgínia em 1776 é considerada a primeira Declaração de direitos fundamentais. Em 1776 teve, ainda, a Declaração de Independência americana, a qual não tinha uma natureza jurídica tão expressiva quanto a Declaração de Direitos da Virgínia, mas obteve maior repercussão. Em 1787 veio a Constituição Norte Americana, que apresentava diversos dispositivos relativos às liberdades fundamentais.

Os americanos, em regra, com a notável exceção, ainda aí, de Thomas Jefferson, estavam mais interessados em firmar a sua própria independência e estabelecer seu próprio regime político do que em levar a ideia de liberdade a outros povos. (COMPARATO, 2001, p. 127).

Finalmente, em 1789, houve, na França, a aprovação pela Assembleia Nacional Francesa da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Tal documento constituiu uma das importantes repercussões da Revolução Francesa. Kant (*apud* COMPARATO, 2001) afirma ter sido tal Revolução correspondente ao próprio direito de liberdade. Em relação ao caráter universal da declaração, Démeunier e Montmorency interuseram essenciais observações:

Démeunier afirmou, na sessão de 3 de agosto, que “esses direitos são de todos os tempos e de todas as nações”. Mathieu de Montmorency repetiu, em 8 de agosto: “os direitos do homem em sociedade são eternos, [...] invariáveis como a justiça, eternos como a razão; eles são de todos os tempos e de todos os países”[...] “Não se trata aqui de fazer uma declaração de direitos unicamente para a França, mas para o homem em geral.” (COMPARATO, 2001, p. 128).

Em 1848, houve a promulgação da Constituição Francesa. Essa, entretanto não buscou a reintrodução dos direitos sociais proclamados em 1791 e 1793. Discussões acaloradas ocorreram

apenas acerca dos direitos do trabalho. A Convenção de Genebra em 1864 inaugurou o direito humanitário na esfera internacional. A Constituição Mexicana de 1917 foi de extrema importância, pois foi a primeira a lançar os direitos trabalhistas como direitos fundamentais juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. Em 1919 a Constituição Alemã que, apesar de ter sobrevivido por pouco tempo, trouxe ideias que influenciariam a evolução das instituições políticas do Ocidente. Dividia-se entre organização do Estado e direitos e deveres fundamentais. E, em 1948, veio a célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos, produzida sobre os escombros provenientes da Segunda Guerra Mundial.

A Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens”. (COMPARATO, 2001, p. 128).

[...] constituiu um ímpeto decisivo no processo de generalização da proteção dos direitos humanos testemunhado pelas quatro últimas décadas, permanecendo como ponto de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a níveis globais e regional. (TRINDADE, 1991, p. 1).

Depois de tudo isso, poderíamos dizer que da estrutura histórica em relação aos direitos humanos, advieram diversos frutos. Discussões acerca da implementação e real cumprimento de tais direitos são realizados com frequência, pois, nesse aspecto, não se pode retroceder.

Decorridas quatro décadas e meia de experiência acumulada na proteção internacional da pessoa humana, adentramo-nos hoje, enfim, na era dos direitos humanos, os quais se mostram presentes em todos os domínios da atividade humana. Podemos hoje testemunhar um notável reconhecimento generalizado da identidade dos objetivos do direito público interno e do direito internacional no to-

cante à proteção do ser humano. Em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam os direitos humanos obrigações *erga omnes* (TRINDADE, 1994).

Esse entendimento de direitos humanos, independentemente de sua declaração em constituições e leis, busca a dignidade humana que deve ser exercidas por todos os poderes sejam eles oficiais ou não.

DIREITOS HUMANOS: GERAÇÕES E POLÊMICA

A divisão em gerações dos direitos humanos acarreta diversas discussões. Alguns autores entendem que tal divisão é possível, outros a criticam veementemente. Iniciaremos, portanto, pela apresentação da estrutura de tal divisão e, posteriormente, voltar-nos-emos às críticas.

Foram identificadas quatro gerações de direitos humanos, de acordo com a manifestação dos direitos fundamentais na ordem institucional. Os de primeira geração corresponderiam, portanto, àqueles de teor individualista. Os de segunda geração seriam os de feição social. Já os de terceira e quarta geração seriam aqueles direitos de titularidade coletiva.

Os direitos da primeira geração seriam aqueles concernentes às liberdades individuais. Teriam por titular o indivíduo e, segundo o pensamento liberal clássico, seriam oponíveis ao Estado. No Absolutismo havia um dever de cumprimento das leis emanadas do soberano, dever de obediência. Com o liberalismo advém o direito de resistência à opressão.

Com o advento do Estado Liberal e democrático, desenvolveu-se um processo de internalização e regulamentação das exigências da burguesia em ascensão. Buscava-se delimitar o poder tradicional. Resultou na constitucionalização do direito de resistência e revolução. Para estabilizar tais direitos, foi essencial a separação dos poderes e

a subordinação do poder estatal ao Direito, à constituição. “[...] da Constituição resulta o reconhecimento de certos direitos – os de liberdade e igualdade, sobretudo – que os indivíduos titularizam independentemente de outorga estatal” (SUNDFELD, 2008, p. 46).

Resultante da evolução do liberalismo foi realizada a complementação do individualismo com o reconhecimento dos direitos individuais coletivamente exercidos, a exemplo da liberdade de associação em partidos políticos, associações, entre outros, os quais convergem interesses semelhantes em uma direção. Tais direitos individuais coletivamente exercidos tiveram papel central na relação entre governantes e governados no século XIX por propiciar maior controle das ações dos governantes pelos governados.

Os direitos humanos de segunda geração correspondem aos direitos sociais. Foram integrados pelo sistema constitucional brasileiro em 1934. Enquanto no estado liberal poderiam os indivíduos exercer com maior liberdade seus direitos individuais, com o surgimento de um proletariado ávido por participação e exercício de seus direitos de liberdade, igualdade e fraternidade emergiram os direitos sociais. Tinha o proletariado, que entende-se socialmente e economicamente desprivilegiado, o desejo de participar do bem estar social.

Dentre os direitos sociais, podemos destacar o direito:

- ▶ ao trabalho;
- ▶ à previdência social;
- ▶ à saúde;
- ▶ à educação gratuita;
- ▶ à cultura e à ciência; e
- ▶ à alimentação e diversos outros.

Exigem uma prestação positiva do Estado, não mais se limitaria o Estado às meras prestações negativas.

Sendo assim, podemos afirmar que os direitos sociais seriam incompatíveis em relação aos direitos individuais, pois, ao aumentar aqueles, haveria a diminuição dos direitos garantidos quando o Estado não intervém.

Enquanto os direitos de primeira geração visavam limitar os poderes do Estado, os de segunda geração visavam à ampliação de tais poderes. Tal aparente incompatibilidade comporia a dialética essencial à democracia, pois os direitos sociais garantiriam o pleno exercício das liberdades individuais.

**Sine qua non* – expressão latina que significa “sem a qual não” e que se aplica para designar uma condição indispensável à realização ou validade de algum ato. Fonte: Cegalla (2008).

Os grandes conflitos sociais e as novas reivindicações humanas presentes no século XX foram a condição *sine qua non** ao desenvolvimento de uma nova modalidade de direitos cujo destinatário seria a humanidade. Deu-se em um contexto de avanço da ciência e do conhecimento, utilizados como fonte de exercício ilimitado do poder. Período de multinacionais, crescimento incessante da economia mundial, ou seja, os países enriqueceram, apesar de ter ocorrido um incremento da desigualdade entre os seres humanos. Houve o rompimento das barreiras comerciais entre países acarretando a integração da economia global. Em meio a tal desenvolvimento, não se teve muita preocupação com a igualdade e a justiça social.

Os direitos de terceira geração seriam direitos concomitantemente individuais e coletivos. São os chamados direitos dos povos ou da solidariedade. Não seriam titularizados por indivíduos singulares, mas sim por grupos, como a família, o povo, a nação. Iriam além das fronteiras nacionais, compreenderiam os direitos de autodeterminação dos povos, de desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de acesso aos benefícios provenientes do patrimônio comum da humanidade.

Os direitos de quarta geração seriam aqueles provenientes do período de institucionalização do Estado Social. Corresponderia aos direitos à democracia, ao pluralismo, à vida das gerações futuras, advindos da realidade virtual, da bioética, desenvolvimento sustentável, entre outros.

A quarta geração dos direitos humanos apresenta-se como a última até o momento expressa. Sabe-se que, com o passar do tempo e o incremento das demandas sociais, pode haver a

necessidade de novas tutelas de direitos por parte dos direitos humanos podendo surgir novas gerações de direitos humanos.

Tais gerações devem necessariamente coexistir, devem possuir uma relação dialética de complementaridade a partir de um determinado contexto social. São realidades que se presumem interdependentes.

De acordo com a visão de Trindade (2000), a teoria das gerações não seria plausível. Não apresentaria nenhum fundamento jurídico nem real. Rechaça tal teoria, pois afirma que, por exemplo, o direito fundamental à vida compõe tanto os direitos da primeira, da segunda, da terceira e da quarta geração. Ou seja, a ideia de que primeiramente teriam aparecido os direitos individuais, posteriormente, os econômicos sociais e os da coletividade, não estaria conforme a realidade. Em verdade, teria ocorrido assim somente no plano interno dos direitos dos países, tendo ocorrido no plano internacional uma evolução inversa à apresentada.

Já no plano internacional, primeiramente teriam surgido os direitos econômicos e os sociais, em segundo lugar os direitos individuais. Seria, portanto, uma construção vazia de sentido. Trindade (2001) afirma, ainda, que constitui uma perigosa construção por fazer analogia ao conceito de gerações, as quais se sucederiam no tempo e haveria o desaparecimento de uma para o surgimento de outra. Adverte que os direitos ampliar-se-iam e direitos posteriores enriqueceriam direitos anteriores. O autor destaca também que a falta de fundamento da teoria encontrar-se-ia em distorções verificadas em diversas partes do mundo. Cita como exemplo o fato de que a discriminação quando relacionada aos direitos individuais e políticos é condenada veementemente, entretanto, quando relacionada às disparidades em matéria de salário, de renda... é absolutamente tolerada.

As críticas tecidas por Antônio Augusto Trindade são apontadas em relação a autores que veem a divisão em gerações como esferas totalmente apartadas, divididas em que o surgimento de uma nova geração de direitos implicaria no desaparecimento, na desconsideração das anteriores. Se visto desse ponto, a crítica seria plausível. Entretanto, podemos considerar as diversas gerações,

como supracitado, em uma relação dialética e relacionando-as a uma construção histórica. Dessa forma, poder-se-ia realizar a divisão em gerações para efeitos de estudo e, inclusive, práticos, como consequência, os fundamentos da crítica ficariam abalados.

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SUA FUNDAMENTAÇÃO NOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

O conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana encontra-se estabelecido em Kant em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (*apud* BOBBIO, 1992). Apresenta o homem como sujeito de direitos e afirma os direitos subjetivos. A dignidade da pessoa humana é por ele considerada como princípio jurídico fundamental e absoluto, além de estar em constante reconstrução e como um direito à afirmação de um projeto individual.

A noção proveniente de Kant dos sujeitos de direito e da dignidade da pessoa humana encontram-se amplamente difundidos nas democracias ocidentais. O artigo 5º de nossa Constituição Federal é um reflexo ao apresentar direitos fundamentais atribuídos a brasileiros e estrangeiros.

A autonomia listada na teoria kantiana teve papel importante na definição da dignidade da pessoa humana e encontra-se no epicentro do conceito sujeito de direito. A noção de ser humano racional que participa na produção de regras com manifestação livre da vontade constitui característica essencial à definição de sujeito de direitos. Outra característica proveniente da autonomia da vontade é a definição do ser humano como ser capaz de reconhecer seus direitos e deveres e conduzir-se pela sua própria vontade.

A dignidade da pessoa humana indica que o sujeito de direitos possui um campo de direitos subjetivos fundamentais. Assegura as liberdades individuais frente ao Estado. Ademais,

assegura que não ocorra a redução da condição humana, ou seja, a violação dos direitos inerentes aos seres humanos. Sendo assim, o homem um fim em si mesmo e jamais um meio para alcançar um determinado fim.

Ao se estabelecer a dignidade da pessoa humana na Constituição, há a determinação de sua supremacia e inviolabilidade. Tais direitos, entretanto, não podem ser considerados absolutos, pois existem casos citados na própria Constituição em que pode ocorrer violação aos direitos fundamentais. Um desses casos encontra-se expresso no artigo 5º, XLVII, em que pode ser estabelecida pena de morte na situação de guerra declarada.

Decorrente da doutrina kantiana pode-se, ademais, concluir que exercer a liberdade em busca de uma vida feliz constitui uma das esferas da dignidade da pessoa humana. A própria procura da felicidade individual composta com a condição do ser humano como um fim em si mesmo determinaria o conjunto de fins de todos os homens. A Constituição brasileira assegura que os indivíduos possam buscar seus fins em um ambiente plural.

Ao longo da história, foi possível perceber que houve o alargamento do âmbito da dignidade da pessoa humana. Tal conceito encontrar-se-ia limitado ou ampliado de acordo com o paradigma no qual se encontrasse inserido. No Brasil, por existir um Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana teria sido adotada de uma forma ampla e irrestrita. Ocorrendo a sua constante reconstrução de acordo com as demandas sociais e individuais.

O Estado Democrático de Direito foi implantado no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Ocorreu a produção de tal texto para que ocorresse a adequação das normas constitucionais às exigências sociais do período.

Os direitos fundamentais estabelecidos com base na dignidade da pessoa humana encontram-se impetrados em nossa Constituição já no preâmbulo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Há de se ressaltar ainda que nem todos os direitos fundamentais são válidos universalmente, ou seja, a todos os cidadãos. Alguns contêm valores que satisfazem o homem em sua posição social específica. Um bom exemplo seriam os direitos cabíveis aos homens trabalhadores.

Embora exista uma carga inevitável de subjetividade relacionada à definição de um direito como fundamental, é o princípio da dignidade da pessoa humana que inspira os típicos direitos fundamentais. Há, contudo, princípios ditos fundamentais os quais não se encontram diretamente embasados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, Mendes (2007, p. 227) afirma que “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.”

A tese da inalienabilidade em relação aos direitos fundamentais

[...] não admite que o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente [...] a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir. (MENDES, 2007, p. 232).

Logo, a inalienabilidade seria resultado do valor da dignidade da pessoa humana. Entretanto, deve-se tomar cuidado, pois são relativos apenas a alguns direitos fundamentais, a exemplo do direito à vida.

As influências dos tratados internacionais em relação aos direitos constitucionais encontram-se expressas no artigo 5º, §2º, de nossa Constituição.

Os tratados internacionais de direitos humanos devem ser entendidos como normas que explicitam o conteúdo dos direitos fundamentais previstos pela Constituição. [...] Os tratados internacionais não revogam a Constituição, especialmente as regras constitucionais originárias. Sua função é explicitar como se deve interpretar um direito fundamental em dado momento histórico, segundo o consenso como única forma de fundar valores. (VASCONCELOS, 2003, p. 228)

Uma importante distinção doutrinária deve ser realizada acerca dos termos direitos humanos e direitos fundamentais.

A expressão direitos humanos, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução direitos fundamentais é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra. (MENDES, 2007, p. 234).

Tal distinção, entretanto, não estabelece que inexista comunicação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Em realidade, ambos se comunicam. Se diferenciam por haver mecanismos de implementação mais eficazes dos direitos fundamentais na ordem interna do que na ordem internacional.

Resumindo



Muito bem! Chegamos ao final da nossa última Unidade e nela estudamos os Direitos do Homem. E o que aprendemos? Em primeiro lugar, vimos que a expressão **direitos fundamentais do homem** possui todo um passado histórico, rico em lutas e revoluções cujo objetivo reside na definição dos direitos e das garantias individuais que assegurem uma sociedade justa e, portanto, livre, igualitária e fraternal.

Vimos também que dos ideais da Revolução Francesa decorrem as perspectivas dos direitos do homem – donde advém a expressão **gerações dos Direitos Humanos**. Entre os direitos de primeira geração, encontram-se aqueles de teor individualista – já que se volta em direção às liberdades individuais. Entre os direitos de segunda geração incluem-se os direitos sociais, integrados aos ordenamentos jurídicos a partir de uma visão igualitária dos seres humanos portadores de direitos e obrigações.

Os direitos de terceira geração são aqueles concomitantemente individuais e coletivos. Referem-se, portanto, à fraternidade dos seres humanos que, por assim dizer, visam à defesa de direitos dos povos ou da solidariedade. Os direitos de quarta geração, por fim, são aqueles que provêm do período de institucionalização do Estado Social – correspondem à democracia, ao pluralismo, à vida das gerações futuras, aos direitos advindos da realidade virtual, da bioética, do desenvolvimento sustentável, entre outros.

Finalmente, você conheceu os direitos e as garantias individuais mais relevantes, na ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, pudemos tratar de diversos pontos do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Entre eles, podemos destacar, exemplificativamente, o princípio da dignidade da pessoa humana – que é considerado o epicentro do conceito de sujeito de direito, ou seja, uma característica essencial à definição de sujeito de direitos.



Atividade de aprendizagem

Você chegou ao final da última Unidade de nossa disciplina. Parabéns pela sua força de vontade e esforço! Agora é hora de aplicar o que você aprendeu. Em caso de dúvidas, não hesite em consultar seu tutor.

1. Elabore em mídia digital um texto com aproximadamente cinco páginas com o seguinte título: *A Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Constituição Federal do Brasil, de 1988: encontros e desencontros*. Nesse texto, você deve explorar os pontos em comum e as divergências entre aquela declaração e a nossa Constituição. Aproveite, no seu texto, para dizer o que você entende que deveria ser mudado para que ela fosse mais bem aplicada no Brasil. Compartilhe no AVEA o seu texto final.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final de mais uma etapa. Se você está lendo esta mensagem é porque você conseguiu concluir os estudos da disciplina *Instituições de Direito Público e Privado*.

Estudamos juntos os principais institutos que se relacionam com a República Federativa do Brasil – tanto em sua dimensão administrativa como em seus ricos e diversos aspectos jurídicos. É de se recordar, por exemplo, que aqui vimos noções preliminares do Direito, estudamos a Teoria Geral do Estado e, após entendermos os aspectos básicos do Direito Constitucional, fomos a uma compreensão acadêmica do Estado Brasileiro.

Imaginamos que você ainda se lembre que estudamos também a Administração Pública nos moldes do ordenamento jurídico brasileiro e finalmente tratamos dos chamados **direitos do homem**.

Ufa! Quanta coisa, não é mesmo? Estamos certos de que você trilhou um longo caminho para chegar até aqui e isso serve para mostrar a sua enorme capacidade para realizar grandes feitos na sua formação universitária e, o mais importante, compreender as coisas todas que o cercam.

Por tais razões, nós lhe damos nossos mais sinceros parabéns!

Agora, apesar desta nossa alegria, não podemos deixar passar esta oportunidade para fazer-lhe uma importante advertência. Este livro, que integra um material especialmente confeccionado para auxiliá-lo na sua formação acadêmica, não tem o propósito de esgotar todo o conteúdo relativo aos assuntos nele tratados. É de extrema e primordial importância que você continue a estudar

as Instituições de Direito Público e Privado. Para tanto, recomendamos a leitura da bibliografia adiante consignada e, não menos importante, a releitura desta obra de tempos em tempos.

Se é que nos cabe uma citação neste texto de conclusão, queremos lembrá-lo das sábias palavras de um poeta vizinho nosso, Jorge Luis Borges (*apud* NEJAR, 2007, p. 528) o qual foi um autor argentino importante e certa vez disse que

*[...] todas as teorias são legítimas e nenhuma tem importância.
O que importa é o que se faz com elas.*

Portanto, caro estudante, não deixe de aplicar o que você aprendeu aqui no seu trabalho, em casa ou em qualquer outro lugar.

O Brasil precisa de mais pessoas dispostas a pôr em prática o rascunho bonito de uma nação onde as leis, a justiça e os demais princípios gerais do Direito sejam traduzidas em ações louváveis que se revertam em benefício da nossa população e da humanidade por intermédio de cada vez mais sólidas Instituições de Direito Público e Privado.

Um grande abraço!

Professores João Rezende Almeida Oliveira
Tágory Figueiredo Martins Costa

Referências



ARAUJO FILHO, Aldy Mello de. *Evolução dos direitos humanos: avanços e perspectivas*. São Luis: Universidade Federal do Maranhão, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: UnB, 1992.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. São Paulo: Mandarim, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.

CEGALLA, Domingos Paschoal. *Dicionário de dificuldades da língua portuguesa*: edição de bolso. Rio de Janeiro: Lexikon; Porto Alegre: L&PM, 2008.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

GINZBURG, Carlo. Matar um mandarim chinês – as implicações morais da distância. In: _____. *Olhos de madeira*: nove reflexões sobre a distância. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

HOBSBAWM, Eric. A ordem pública em uma era de violência. In: _____. *Globalização, democracia e terrorismo*. 2. reimpr. Tradução José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Freitas Bastos, 1958.

LOPES, Othon de Azevedo. *A Era dos Direitos*. 13. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

_____. A dignidade da pessoa humana como princípio jurídico fundamental. In: *Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALUF, Sahid. *Direito Constitucional*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1979.

_____. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 3 jan. 2008.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

- NOBRE, Marcos. *Indeterminação e estabilidade: os 20 anos da Constituição Federal e as tarefas da pesquisa em direito*. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 82, p. 97-106, novembro de 2008.
- PAIXÃO, Cristiano. Terrorismo, direitos humanos e saúde mental: o caso de prisioneiros de Guantánamo. *In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo. DALLARI, Sueli (orgs.). O direito achado na rua*. V. IV (no prelo). Brasília: UnB/Fiocruz, 2009.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SWINARSKI, Cristophe. *Introdução ao direito internacional humanitário*. Brasília: Comitê internacional da Cruz Vermelha, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. Apresentação. *In: ALVES, J. A. Lindgren. Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. XIII-XX.
- _____. *Questiona a Tese de “Gerações de Direitos Humanos” de Norberto Bobbio*. Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 30 ago. 2010.
- VASCONCELOS, Eneas Romero de. Reforma Constitucional, direitos fundamentais e cláusulas pétreas: análise do art. 60, §4º, IV da Constituição. *In: Direitos Fundamentais e Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Manual de derecho político*. Madrid: Tecnos, 1994.

MINICURRÍCULO

João Rezende Almeida Oliveira

Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madrid. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor do curso de mestrado e da graduação em Direito da Universidade Católica de Brasília. Atuou nas Consultorias Jurídicas dos Ministérios da Fazenda, Cidades e Previdência, com ênfase no Direito Público. Possui inúmeros artigos publicados. Implantou e foi o primeiro coordenador dos cursos de Direito da UNIP e do CESUBRA, em Brasília.



Tágor Figueiredo Martins Costa

Bacharel em Direito e mestrando em Direito Internacional pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Docência e Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade Anhanguera. Possui ampla formação em instituições no Brasil e no exterior, com destaque para a School of Advanced Studies e a renomada London School of Economics (ambas da Universidade de Londres), e o Instituto de Ciências Sociais e a Faculdade de Direito (ambos da Universidade de Lisboa). Como advogado, foi membro da Comissão de Relações Internacionais da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Distrito Federal. Atua no ensino universitário da Universidade Católica de Brasília, da Faculdade Projeção e da Faculdade Anhanguera, bem como na preparação para carreiras jurídicas lecionando diversas disciplinas, como Direito Internacional Público, Direito Penal, Direito Processual Civil e Penal, e Introdução ao Estudo do Direito. É secretário-geral do Centro de Estudos Interdisciplinares em Justiça Criminal (CEIJUSCRIM).

