



# A Constituição Político-Liberal

SÉRGIO BORJA\*

---

Conforme já vimos quando enfocamos a ideologia liberal no capítulo referente ao modelo atômico, embasado no indivíduo, a adjetivação deste paradigma constitucional é feita sobre três pressupostos teóricos que visam estabelecer uma separação entre Sociedade e Estado de forma dual. Estes pressupostos teóricos, conforme nos brinda o prof. Jorge Reis Novais em *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito* (p. 51) são:

- a) a separação entre política e economia, segundo a qual o Estado se deve limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado; [...]

É o clássico modelo visualizado como Estado Gendarme pela doutrina. Adotando as regras doutrinárias, como já vimos, seguidas por Adam Smith, o Estado, como sistema de liberdade natural tem três deveres a desempenhar

[...] o primeiro é proteger a sociedade de qualquer violência ou invasão por parte das outras sociedades independentes. O segundo é proteger, tanto quanto possível, cada membro da sociedade contra a injustiça ou opressão de qualquer outro membro, ou seja, o dever de estabelecer uma rigorosa administração de justiça. E o terceiro é criar e manter certas obras e instituições públicas que nunca atraiam o interesse privado de qualquer indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos na sua criação ou manutenção, na medida em que o lucro não compensa as despesas [...] (SMITH, op. cit., p. 55).

---

\* Professor da Faculdade de Direito da PUCRS.

O bem estar coletivo resultará da livre concorrência, através da regra “deixa fazer, deixa estar e o mundo vai por ele mesmo” que se traduz na mão invisível do mercado. Uma segunda característica ou pressuposto teórico adjetivo do Estado Liberal é o que Novais caracteriza como:

b) a separação entre o Estado e a Moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumida pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo; [...] (op. cit., p. 52).

Convalidando este enfoque vem a doutrina estabelecida por Kant, em sua *Metafísica dos Costumes*, que estabelece uma fronteira distintiva entre moral e direito. Se para a Moral o que importa são as determinantes subjetivas, interiores do indivíduo, já para o direito, na concepção do filósofo, há um aspecto meramente exterior, diríamos assim, físico, pois para o Direito o indivíduo há de se conformar a legalidade, não perquirindo-se de sua subjetividade na formação de seus desígnios. Assim, a moralidade é autonomizada da legalidade. Outro efeito, deste posicionamento é o que diz respeito aos efeitos da sanção, num ou noutro âmbito. Para o direito a coação é externa, enquanto que para a moral a coação restringe-se ao âmbito da consciência de cada um ou, até mesmo, do controle social de uma dada sociedade, que pode reprimir a conduta imoral reprovando-a através de vários tipos de manifestações de repulsa social. Seguindo o esquema de Bobbio, o professor Novais, estabelece um terceiro parâmetro que adjetiva a ideologia liberal, seja a dualidade Estado/Sociedade, no item final de seu esquema:

c) a separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil de acordo com suas próprias regras.

É este o quadro ideológico em que se inscreve o Estado Liberal e por conseguinte o seu modelo Constitucional, pois se dos pressupostos duais que estabelecem a separação Estado/Economia e Estado/Ética, deflui, inevitavelmente, a separação Estado/Sociedade. Se na esfera da Sociedade livre, em estado

de pura liberdade, há uma conflitualidade latente entre os interesses econômicos e os pontos de vista éticos, o Estado, já separado da Sociedade, sobrepõe-se a este conflito, regulando-o para, através da racionalidade propiciar a coexistência pacífica, sem a qual, haveria invasão das esferas individuais uma nas outras e possivelmente do Estado nas esferas privadas. Assim é, que nesta concepção, ao modo de Ferdinando Lassalle, o Estado é como uma guarda noturno zelando para que se assegure a livre concorrência entre os cidadãos, preservando de invasão recíproca as esferas de autonomias privadas, reciprocamente e mesmo do próprio Estado, sendo invadido ou invadindo. Com relação ao Estado ser invadido é que se estabelece a crítica marxista ao Estado Burguês, pois esta sociedade autônoma do Estado, separada de seu controle, sem comprometer-se, vai paulatinamente invadindo a área pública, surgindo mais tarde como mandatária não só da Sociedade, mas também como do Estado. É um paradoxo estabelecido dentro do modelo Liberal que tem por parâmetro a democracia, mas se contradiz, quando o alastramento da democracia pode colocar em cheque o controle do próprio Estado. Ainda conforme o professor de Lisboa, Jorge Novais, é Wilhelm von Humboldt que ainda no século XVIII, no seu *Ensaio sobre os limites de ação do Estado*, que estabelece a doutrina da dimensão negativa do Estado, pois

problematizando as possibilidades de atuação do Estado com vista à realização do ideal supremo da existência humana, o desenvolvimento mais elevado e proporcionado das faculdades do homem e da sua específica individualidade [...] segundo uma vontade própria, Humboldt considera para o Estado duas possibilidades de orientação: 'ou uma dimensão positiva expressa na procura da felicidade e do bem geral material e moral da nação ou uma dimensão negativa limitada a evitar o mal proveniente da natureza ou provocado pelos homens'. Perante estas duas possibilidades, que a análise revelará dicotômicas, em termos de alternativa procurar o bem estar positivo ou garantir a segurança, Humboldt rejeita globalmente a atividade positiva do Estado (NOVAIS, op. cit., p. 64).

Continuando na citação de Humboldt, Novais, diz que

[...] de fato, na medida em que essa atividade gera a uniformidade de condições, opõe-se ao livre desenvolvimento da individualidade e personalidade humanas cujos pressupostos

são, pelo contrário, a liberdade de ação e a diversidade de condições. Por outro lado, Humboldt procura demonstrar que independentemente das intenções dos seus autores, a intervenção positiva gera uma dinâmica incontável que afasta sucessivamente as novas medidas dos objetivos iniciais e que produz inevitavelmente os malefícios típicos do Estado de polícia. Assim é, ainda citando o autor, que 'quanto mais o Estado procura responder às insuficiências da sociedade civil, mais essas insuficiências se multiplicam e novos males se revelam, pois a expectativa da ajuda do Estado, o esmorecimento da iniciativa pessoal, a presença falsa, a preguiça, a incapacidade! O vício de onde nascem estes males é, depois, por eles engendrados'; o corpo de funcionários cresce, a burocracia aumenta e o formalismo que envolve necessariamente os problemas que se procuravam resolver gerará, por si só, novos e avolumados problemas. Perante a irreversibilidade desta dinâmica, a saída consiste na rejeição liminar da dimensão positiva da atividade do Estado e na fixação de limites rigorosos à sua intervenção; 'que o Estado se dispense de qualquer procura do bem-estar positivo dos cidadãos; que não desenvolva outra ação que a estritamente necessária para garantir a segurança interna e externa' (NOVAIS, op. cit., p. 66).

Assim, como vimos, a caracterização do Estado Liberal se faz através de três dimensões, sejam, separação do Estado, frente a Moral, a Economia e a Sociedade Civil, esta última separação como corolário, dos dois primeiros axiomas liberais.

Se ideologicamente o Estado Liberal se esboça através desta trilogia, política e juridicamente, em consonância com estes pressupostos, a Constituição Liberal, que é o estatuto jurídico do político, será retratada, conforme Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, Coimbra, Portugal: Almedina, 1991, p. 76), como modelo ideal não empírico, da seguinte forma:

### **Constituição do Estado de direito liberal.**

Os elementos constitutivos deste tipo são basicamente os seguintes:

- O referente da constituição é o Estado (constituição estadual).
- O arquétipo do Estado é o Estado liberal, caracterizado por três princípios fundamentais: (1) o princípio da subsidiariedade (o Estado pode e deve apenas intervir quando a sociedade não consegue solucionar seus problemas); (2) o

princípio do Estado mínimo, que exige a redução ao mínimo possível das atividades do Estado e, conseqüentemente, das suas tarefas e despesas; (3) o princípio da neutralidade aponta a necessidade de o Estado se abster de intervenções de carácter econômico-social, não devendo dirigir ou mudar as relações e situações pré-existentes (leave them as you find them).

- O telos da constituição liberal é fundamentalmente a racionalização e limite de poder.
- A força normativa da constituição traduz-se na sua pretensão de regular juridicamente o estatuto organizatório dos órgãos do Estado separado da sociedade (dualismo Estado-sociedade).
- A estrutura da constituição do Estado de direito é essencialmente negativa, porque: (1) conforma a sociedade negativamente através do estabelecimento de limites ao poder estadual; (2) consagra direitos, liberdades e garantias essencialmente concebidos como direitos de defesa (direitos negativos) do cidadão perante o Estado.
- A verdade da forma constitucional liberal tem de procurar-se no texto (expresso) e no contexto (oculto), isto é, a constituição embora fosse uma constituição 'estadual' pressupunha o modelo econômico-social burguês: autonomia privada, economia de mercado, valores fundamentais do individualismo possessivo (ideologia burguesa).

Desta forma, quando das revoluções burguesas, com a queda do Estado Absolutista, que justificava sua soberania numa ordem transcendental introjetada no poder absoluto dos monarcas, pode-se afirmar que o ideal de racionalização minimalista do estado, na forma da aceção liberal, consolidou-se através do surgimento de uma Soberania Imanente, pois justificada através de uma teoria democrática do poder, para os termos da época. Assim a vitória da Sociedade sobre o Estado, através da institucionalização de mecanismos jurídicos redutores do arbítrio, além de servir para consagração do poder da burguesia, facultava, através de técnicas jurídicas o controle do Estado pela Sociedade. Neste ponto de evolução é que se dá a consagração da teoria da Separação dos Poderes, repartindo o poder concentrado no monarca, estabelecendo órgãos e funções, através do princípio republicano da representação, adstritos por competências antecipadamente determinadas,

vinculados, ainda ao império da lei decorrente do princípio da legalidade e legitimidade do poder que defluía da função legislativa oriunda do Povo Soberano. Da mesma forma a visão anacrônica do Estado como patrimônio (medieval) era substituída pelo reconhecimento de personalidade jurídica não só ao Estado, figura de direito público, mas à cidadania, tornando-se impessoais as relações através dos procedimentos técnico-jurídicos, o que sedimentava ainda mais o processo de segurança do tráfico jurídico dos particulares entre si e com o Estado. Reconhecido pelo Estado, ou numa visão mais consentânea com o substrato ideológico do liberalismo, o Estado colocado no seu lugar, frente aos Direitos Individuais, fornecia-se a cidadania um aparato de garantia jurisdicional que propiciava a frenagem ou contenção do Estado, através das garantias ou remédios constitucionais, tais como o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança, ou o Amparo Judicial, surgidos posteriormente. Agregando-se ainda as garantias auridas aos longos dos séculos como os direitos possessuais referentes ao justo e necessário processo legal, o contraditório, o princípio do juiz natural, da anterioridade da lei no processo penal, tributário e eleitoral, da segurança da prestação jurisdicional, etc.

Para melhor esboçar a estrutura constitucional do Estado Liberal achamos de bom alvitre, utilizarmos os instrumentos fornecidos por Carl Schmitt pois se em alguns aspectos, conforme alguns teóricos que lhe são opositores como Heller suas premissas são discutíveis, no entanto, sob o enfoque metodológico-didático, sua teoria decisionista é insuperável para a identificação do modelo constitucional. Assim, vamos encontrar, dissecando o modelo constitucional liberal, cinco decisões fundamentais que são as vigas mestras da construção do direito público liberal, sejam: 1 - os Direitos Humanos e suas correlatas garantias; 2 - a Soberania; 3 - a Divisão dos Poderes; 4 - o Sistema Representativo; e (5) o Sistema Federal (exemplo americano). Na sequência, passaremos a analisar, item por item, as supracitadas resoluções constitucionais, pela ordem. Na obra *O Federalista*, Hamilton, Madison e John Jay, sob o pseudônimo de Publius, dirigindo-se ao povo do estado de Nova York, comprovam esta tese, pois nos vários artigos, prenunciando o

modelo constitucional americano, retratam os temas, notadamente, Direitos Humanos no opúsculo 84; Soberania e sua extensão no 13; Divisão dos Poderes e Equilíbrio dos Poderes no 47, 48 e 50; Sistema Representativo no 64, 67, 72, 77, 78; Sistema Federal no 2 até o 9. Assim pela ordem, abordaremos, as decisões contidas na Lei Maior Liberal:

- DOGMÁTICA

## 1 Os Direitos Humanos

Um dos problemas mais intrincados da Teoria Geral do Estado é determinar ontologicamente a natureza dos direitos humanos. Seriam eles princípios imutáveis, assim como arquetipos sociais que acompanhariam o homem, como imperativos, desde os albores da própria civilização, ou até mesmo de sua natureza humana intrínseca ou seria a ordem jurídica que os criaria? Em outras palavras estes direitos antecederiam a existência do fenômeno Estado e nesta mesma razão o condicionariam, ou seriam direitos reconhecidos pela ordem jurídica estatal, podendo até mesmo não serem reconhecidos por ela?

Podemos afirmar que a noção de direitos humanos individuais está intimamente ligada com a evolução do próprio direito e confunde-se com uma noção de direitos naturais e até mesmo direitos auridos numa ordem divina, transcendental. Inevitável esta junção em função de que até mesmo o direito, nos primórdios da civilização, nasce ligado a uma visão divina, mítica da própria sociedade política, que na visão dos antigos, era um presente dos deuses ao homem. Para os gregos, como Hesíodo era reconhecida a existência de normas de origem divina às quais o homem, por sua inteligência e trabalho, deveria com perspicácia decidir quais as regras que lhe eram consentâneas, sob o prisma de uma valor maior, que era a Justiça ou *diké*. Heráclito, da mesma forma, afirmava que a origem das leis humanas eram as leis de origem divina. Já o pensamento oriundo de Protágoras de certa forma é ambíguo pois embora explique a origem das leis de forma divina, através do mito em que Zeus teria enviado aos homens, o deus Hermes para que

lhes inoculasse o conhecimento do direito, da ética e da política, no entanto, colocava numa ordem terrena, as assembléias, a origem de leis vinculativas para os homens. Górgias, por seu lado, distinguia entre os homens fortes e os fracos, dizendo que estes últimos deveriam submeter-se aos primeiros. Os sofistas abordaram com grande extensão toda a problemática do direito natural (*fisis*). Calicles desenvolveu a teoria e Górgias a aperfeiçoou.

Sócrates, defendendo a existência de um direito que deveria emanar da natureza humana (*fisis*) e de seus ideais, ironicamente, morre aceitando a condenação, beber cicuta, pelas leis iníquas de sua cidade (*nomos*). Platão, seu discípulo, sobre o valor do *bem*, construiu toda uma doutrina sobre o direito natural, concluindo que tudo o que fosse mau era contra o direito porque destoava da razão, caminho pelo qual, inelutavelmente se chegava ao conceito de justiça.

Aristóteles divisava a existência de um direito natural no cerne da natureza humana pois o homem era por natureza um ser social e por isto mesmo um animal político, sendo a Justiça seu apanágio.

O estoicismo, de Zenon, é a que chega mais perto de um conceito de direito natural pois projeta na Natureza um *logos*, como se o Universo fosse um grande Pensamento, sendo que a razão humana deveria, em consonância com esta grande ordem pré-estabelecida (panteísmo) colher os valores eternos e imutáveis que se coadunassem com a sua natureza humana individual e a social, isto é dizer político e jurídica.

Marco Túlio Cícero, que escreveu *De legibus, Catilinárias e Filípicas*, fundador da retórica romana, acreditava que as leis para serem justas deveriam derivar das leis celestiais, que eram eternas, imutáveis e celestiais, de certa forma, este pensador vai influenciar o pensamento dos primeiros filósofos da Igreja.

Os pensadores cristãos iniciam por São Paulo, que na carta aos romanos, manifesta de que a base do direito está na própria Bíblia auridos nos Dez Mandamentos da Lei de Deus. Numa seqüência, com pouca mutabilidade, vem Santo Agostinho, a Águia de Hipona, que dá uma versão cristã ao idealismo platônico, estabelecendo uma distinção entre as leis eternas,

naturais e humanas. Estes três tipos de leis, encadeiavam-se hierarquicamente, analogamente a pirâmide de Kelsen, atribuindo-se, pela ordem, de cima para baixo, o sua validade, sendo que as leis eternas eram imutáveis pois fruto de uma Vontade Divina que dirigia o mundo. Metaforicamente a lei eterna seria como um selo, a que as leis humanas se moldariam, adquirindo pela plasticidade da natureza humana, que era como se fosse um molde, sua conformidade, analogamente a cera de uma lacre. Esta tese era revolucionária sobre determinados aspectos pois permitia que as leis temporais que contrariassem as leis eternas fossem, elas e seus defensores, derrogadas e depostos, pois injustos. Santo Tomás de Aquino, com suas peculiaridades e seguindo mais a linha peripatética, não deixa de ser caudatário de Santo Agostinho, neste aspecto, assim como os espanhóis Suarez e Vitória. Assim é que alternando-se entre o teísmo e o deísmo, sempre os direitos naturais, sob estas concepções, não deixam de ser emanções do Divino.

Nos albores do século XVI a linha evolutiva das idéias referentes ao conteúdo conceitual dos direitos naturais, vai sofrer algumas modificações qualitativas e essenciais pois o pensamento, sobre este tema, bifurca-se em três direções: a) numa versão ainda caudatária da cosmovisão cristã surgem as teorias representadas por Vázquez, Althusius e Grocius; b) numa segunda alternativa, pode-se dizer assim, com base nas paixões humanas, agrupam-se os contratualistas Hobbes, Locke e Rousseau; c) e, numa terceira proposição, com base na *ratio*, Pufendorf e Wolf.

Vázquez de Menchaca e Althusius, com suas idiossincrasias, estabeleceram que os direitos naturais e imutáveis tinham um escopo maior que era o de alcançar a felicidade humana e, mais, que eles tinham um conteúdo de liberdade e igualdade e que por isto mesmo deveriam ser aplicados aos problemas sociais.

Grotius criou a distinção entre fontes imediatas e mediatas do direito natural. Sendo que a fonte imediata era, como já dissera Aristóteles com sua aceção de *zoon politikon*, o próprio homem que necessariamente por vinculação a sua própria natureza gregária estava compelido a viver em sociedade. A fonte mediata, destas normas naturais, eram no seu entender

Deus. Grocius, de certa forma, avança um grau de laicização na aceção da norma natural, porque mesmo supondo, *ad argumentandum*, a inexistência de Deus, mesmo assim, estabelecia que as normas humanas, naturais, por serem fruto da *ratio*, da reta razão, nela auriam sua cogência vinculativa, devendo assim ser obedecidas. Grocius avançou mais, dizendo que o conteúdo racional do direito natural era determinado pela história, as sentenças dos juízes e pela produção dos historiadore, filósofos, poetas e oradore.

Hobbes, na sua versão da guerra de todos contra todos em que o homem seria o lobo do homem, sobre esta premissa maior edifica a teoria de que pela razão que identificava o interesse da sobrevivência, frente as múltiplas ameaças a que o homem estava sujeito, que a paz social era mais conforme com a possibilidade de conservar a vida.

Pufendorf considerava que o homem através da razão, na contemplação de seu espírito, poderia dezuzir as leis naturais já que aceitava a determinante de que Deus tinha concedido ao homem o direito de viver em comunidade. Para ele o fundamento do direito natural era amar a Deus e ao próximo.

Wolf baseava sua doutrina no conceito de aperfeiçoamento, tanto o homem como a sociedade deveriam trilhar o caminho do mesmo. Assim os homens deveriam buscar a perfeição e afastar-se do caminho que o separam dela. Assim seu conceito de direito natural é aquele que busca a perfeição.

As teorias jusnaturalistas, geraram uma reação, notadamente nos autores de origem alemã positivistas ou não. No século XIX Fichte afirmava que só existia um direito originário: o direito de liberdade. Este direito, na concepção do filósofo, só poderia realizar-se, no entanto, em sociedade. Hegel, por sua vez afirmava que o Estado era uma vontade suprema e incontrastável por qualquer outra vontade. Como já vimos em outro capítulo estas teorias combatiam a visão individualista do direito. Na mesma linha, temos Marx, também alemão, para o qual a idéia de direitos do homem, como as declarações de direito era uma idéia egoísta, por considerar o homem como uma "mônada" (Leibniz) e não como membro de uma sociedade.

Como já vimos anteriormente a diferença entre o atomismo e a dialética, esta última, bifurcando-se por vários caminhos do evolucionismo metafísico ao materialismo levou, numa de suas bifurcações ao positivismo.

Bergbohm impugnava a existência do direito natural com a seguinte argumentação: 1) que a moral estava condicionada aos costumes da comunidade e pelo tempo; 2) que o direito tinha validade unicamente para uma determinada época histórica concreta e 3) que a idéia do direito positivo excluía a possibilidade de existência de qualquer outro direito.

O embate acadêmico que se deu entre as versões filosóficas do jusnaturalismo e do positivismo, resolveu-se, através das guerras mundiais, que além dos interesses de Estado, interesses materiais envolvidos, possuíam um substrato ideológico, que resolveu-se favoravelmente ao jusnaturalismo, pois o positivismo acabou por justificar os estados de força que compunham o Eixo, sepultados na história pelas forças liberais e comunistas. É de lembrar a expressão de Mussoline: “Tudo dentro do Estado, nada fora do Estado, nada acima do Estado!” Hitler, na mesma diapasão, urrava: “A Alemanha acima de tudo!” Poderíamos dizer que o positivismo dialético, numa alternativa socialista, ainda sobrevive arquejante no leste europeu.

Poderíamos ainda fazer um retrospecto histórico dos direitos individuais nas diversas declarações mas acreditamos que, em substância, logramos o nosso intento ao denotar-mos firmemente a importância vital deste conceito, para o teoria geral do direito público liberal.

León Duguit em seu *Tratado de Direito Constitucional (Traité de Droit Constitutionnel, 1927, v. 3 p. 641)*, ao analisar a hierarquia das normas, coloca a norma constitucional no patamar mais alto da construção da ordem jurídica, notadamente quando se refere aos capítulos referentes aos Direitos e Garantias Individuais. No entender deste doutrinador, os Direitos Individuais seriam normas de sobredireito pois estariam, mesmo, acima das normas que organizam o estado. Assim, como já classificamos em capítulo anterior, a parte Dogmática da Constituição, consistente nos direitos e garantias individuais, cotejada com a parte orgânica, que se refere à organização do estado, seria, sob este enfoque,

hierarquicamente superior. A afirmação que diz que o estado é meio e o homem fim, traduz, com prioridade o lugar destacado para esta zona de exclusão jurídica onde o Estado cessa, em regra, seu poder. Desta forma os direitos individuais e seus consentâneos, são a pilastra, a viga mestra, sobre o qual se erige todo o aparato doutrinário técnico-jurídico do Estado Liberal. A parte orgânica da constituição, que possui as demais decisões, tais como soberania, divisão de poderes, sistema representativo e sistema federal, analisada com profundidade, não passa de uma aparato jurídico que instrumentaliza, ao final, não sendo por isso menos importante, o respeito à zona de exclusão que é o âmbito relativo a autonomia individual propiciado pelos direitos e suas garantias. O professor Novais, traça com propriedade a importância dos direitos, afirmando que:

Neste carácter dos direitos fundamentais radica o último sentido da limitação do Estado, já que, quando se obriga a respeitar e garantir os direitos, o Estado reconhece-os como anteriores e superiores a si próprio, como verdadeiros limites indisponíveis em cuja reserva só pode penetrar, como diz Schmitt, em quantidade mensurável e só de acordo com procedimentos pré-estabelecidos. Quando as Constituições do liberalismo e as respectivas Declarações de Direitos consagram as liberdades individuais tal não significa que o poder soberano concede direitos aos particulares, mas tão só que reconhece juridicamente os direitos originários dos homens e os proclama solenemente com a finalidade de melhor garantir. Daí o abismo que separa as Declarações Americanas de 1776 ou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dos seus antecedentes britânicos (Magna Carta, Petição de Direitos de 1672, Habeas Corpus de 1679, Declaração de Direitos de 1689), pois, enquanto estes procuravam apenas limitar os poderes do Rei, proteger o indivíduo e reconhecer a soberania do Parlamento, aquelas, inspiradas na existência de direitos naturais e imprescritíveis do homem, visavam limitar, através do Direito, os poderes do Estado no seu conjunto. Porém, a consagração constitucional dos direitos fundamentais só se traduzia plenamente em limitação de todos os poderes do Estado quando acompanhada do reconhecimento da supremacia da Constituição relativamente ao poder legislativo ordinário, sob pena de o Estado readquirir pela via do legislador parlamentar os poderes que perdera com o reconhecimento do carácter supra-estadual dos direitos. E, se é certo que o liberalismo não extraiu

todas as conseqüências da superioridade formal da Constituição, desde logo ficou aberto o caminho, como se comprova pela distinção operada entre poder constituinte e poder constituído ou, num plano prático, pela história da fiscalização judicial da constitucionalidade nos Estados Unidos da América (NOVAIS, op. cit., p. 72).

A prioridade dos Direitos Individuais sobre as demais leis constitucionais é externada na Declaração de Independência Americana datada de 4 de julho de 1776, no seu segundo parágrafo quando diz, com todas as suas letras:

Temos por evidentes estas verdades: que todos os homens foram criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, em cujo número estão a vida, a liberdade e o desejo de bem-estar; que para firmar tais direitos são instituídos os governos entre os homens, e que aqueles recebem a legitimidade do poder do consentimento dos governados, que em toda a parte, onde uma forma de governo se torna contrária a este fim, é do direito dos povos mudar ou abolir o que existe e instituir um novo governo, cujos princípios sejam legítimos e os poderes organizados, da maneira mais conveniente, para garantir a segurança e felicidade.

Assim é que aquela zona de exclusão, onde localiza-se a Sociedade Civil, torna-se como se fosse um hiato político, porque a margem de intervenção do Estado, permitindo através desta ótica o alheamento dos direitos individuais a qualquer engajamento político. O modelo constitucional americano, com relação ao sufrágio e ao serviço militar, prova-nos, que, neste âmbito, o Estado, no mais perfeito purismo, não obriga o cidadão a votar, nem a servir suas forças armadas, a não ser como forma de voluntariado. Desta forma identificamos no cerne da conceituação dos direitos individuais a existência de dois tipos de modalidades de direitos, quais sejam, aqueles referentes ao homem, em si, e os referentes ao homem político, como cidadão. Os primeiros seriam aqueles, por exemplo, referentes a liberdade de consciência, inviolabilidade do domicílio, da correspondência, da propriedade privada, etc., os segundos refeririam-se as interrelações do homem, já como cidadão, com seus iguais e o próprio Estado. Os direitos fundamentais, em essência, seriam aqueles do homem abstrato, em si, os que envolvessem os

homens nas relações com seus semelhantes tais como, a liberdade de manifestação de pensamento, a liberdade de culto, a liberdade de associação e reunião, só seriam considerados fundamentais, se não se emiscuissem na Política, pois, em caso afirmativo invadiriam o domínio do Estado, perdendo as características de direitos fundamentais, como seria típico das greves e da liberdade sindical. O Prof. Novais (op. cit., p. 75), chega a conclusão que

[...] resulta óbvio que no âmago desta concepção se situam os interesses de classe da burguesia, não obstante esta apresentar as suas aspirações como reivindicações de toda a sociedade face ao Estado (e, na medida em que se traduziam em proteção efetiva contra as arbitrariedades do Estado, os direitos fundamentais eram, potencialmente, uma conquista de toda a sociedade). Sustentada numa discutível interpretação de Locke, que neste sentido bem poderia ser considerado o pai do Estado de Direito Liberal, a concepção dos direitos fundamentais inspirada no individualismo possessivo é essencialmente marcada pela defesa da propriedade como critério que condicionava a interpretação, valoração, alargamento ou atribuição dos restantes direitos, num contexto em que a constituição da sociedade política visa, como diz Locke, 'a mútua conservação das vidas, liberdades e bens, que eu denomino, genericamente, de propriedade'. No Estado de Direito Liberal, sob a égide da burguesia, mais que conteúdo de um direito fundamental, a propriedade é, como diz Vieira de Andrade, 'uma condição objetiva (uma garantia) de liberdade, constituindo e distribuindo o poder de escolha (compra), e, simultaneamente, de felicidade'. É, com efeito, a necessidade de defesa da propriedade burguesa que justifica os entorces aos direitos fundamentais, especialmente na área onde a concepção liberal é mais acentuadamente redutora, ou seja, na exclusão dos direitos políticos ao quarto estado e, desde logo, do direito de voto. A teorização do sufrágio restrito pode ser mais ou menos elaborada, mas os interesses de classe que lhe estão subjacentes não deixam de se revelar nos argumentos dos seus defensores, sobretudo quando se é tão frontal (ou tão cínico, segundo Galvano Della Volpe) como Benjamim Constant: '... só a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos... o fim necessário dos não-proprietários é chegar à propriedade... estes direitos (os direitos políticos) nas mãos das massas servirão infalivelmente para invadir a propriedade. E isso será feito por essa via irregular, em vez da via natural, a do trabalho; para eles será uma fonte de corrupção, para o Estado uma fonte de desordens (NOVAIS, op. cit. p. 76).

Se temos aqui até agora a matéria crua o substrato com que se compõem os direitos naturais, podemos dizer que cabe a doutrina alemã a elaboração da teoria jurídica que estabelece o surgimento da teoria da personalidade jurídica e dos dos direitos subjetivos públicos. Os teóricos a este respeito dividiam-se, Savigny considerava que a personalidade jurídica era uma ficção jurídica, já Gerber, um organicista, considerava, teorizando contra a origem natural dos direitos fundamentais, que os direitos dos cidadãos eram efeitos reflexos surgidos do conflito entre os indivíduos e o Estado. O Estado, no seu entender concedia estes direitos aos cidadãos. A figura exponencial, que consagrou a teoria dos direitos públicos subjetivos foi Jellinek (*System der subjektiven öffentliche Rechte*, 1892) para ele o Estado reconhecia seus súditos como pessoas, como sujeitos de direitos capazes de “reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado”, assim, o Estado moderno exerce a sua soberania sobre homens livres os quais reconheceu, através de um processo de autolimitação. As pretensões jurídicas que nascem sob o manto das relações jurídicas são como diz, direitos subjetivos públicos. Observando o cerne da idéia de Jellinek, vemos que ela destoa, no entanto, da substância da teoria liberal pura, pois esta reconhece o cidadão como dado anterior e o Estado como dado posterior. Não há concessão do Estado em *reconhecer* o direito da cidadania, pois ela é um *prio*, é a zona de exclusão onde não é permitido ao Estado se emiscuir. Deixando de lado as contradições de substância entre a doutrina jusnaturalista e as que estruturam a teoria dos direitos subjetivos, constatamos que a substância teórica do direito jusnaturalista é completada pelo instrumental jurídico fornecido pela teoria da personalidade jurídica que viabiliza materialmente o processo não só a nível de direito público, como também privado. Notadamente frente ao Estado, quando este fere algum direito subjetivo público que enseja o nascimento de uma pretensão a uma restauração do *stato quo ante* através de uma garantia constitucional. O nosso Rui Barbosa é que prelecionava a diferença entre os direitos individuais, que para ele eram declaratórios, e as garantias a estes direitos, fornecidas pelo aparato constitucional através de remédios constitucionais (habeas corpus, mandado de

segurança, injunção, etc.), que para a Águia de Haia, eram assecuratórios pois visavam a proteção do indivíduo, na sua zona de exclusão, frente ao Estado.

Creemos não ter esgotado tema tão complexo e que ocupou e ocupa um lugar ímpar na doutrina fundante do direito público mas sobretudo, acreditamos ter traçado, nestas poucas linhas um cenário que forneça subsídios, até mesmo a um neófito, sobre assunto de tal envergadura. Assim, passaremos, conforme nossa proposta a decisão fundamental que lhe dá sequência, seja, a Soberania.

- ORGÂNICA

## 2 A Soberania

Ao esquematizarmos no início do capítulo as decisões fundamentais concernentes à uma Constituição Liberal citamos pela ordem, a Declaração de Direitos e Garantias, cognominando-a de parte Dogmática e, na sequência, pela ordem, citamos a Soberania, a Divisão dos Poderes, o Sistema Representativo e o Sistema Federal, que fariam parte do que convençamos chamar de parte Orgânica da Constituição. Queremos, aqui, neste momento, denotar dentro do espírito da razão liberal, a importância maior do Capítulo Dogmático, sobre o Capítulo Orgânico. Partimos do axioma de que “o homem é fim e o estado meio”. Assim, do estudo anterior destacou-se que não só as teorias jusnaturalistas, mas concomitantemente os movimentos insurgentes das sociedades do século XVIII, através das revoluções burguesas, institucionalizaram em documentos constitucionais declarativos os direitos inalienáveis da cidadania. Notamos que ao mesmo tempo o processo de poder do estado, que era justificado como aurido de forma transcendental, divina, é transferido para uma ordem secular, seja o homem. O homem, que não é mais o escravo, nem o servo. O homem que é livre e por assim ser é digno. Assim é que a justificativa do Poder emigra da ordem divina para se instalar no seio da própria sociedade civil, em que os homens, átomos, células ou mônadas, como queiram, pela celebração de um pacto ou contrato, como já vimos mesmo que este seja uma figura de retórica, fundam

através da soma das vontades dos livres, ou pela síntese de vontades, como querem outros, o Estado Democrático de Direito. Tanto Marsílio de Pádua, no século XIV, como Jean Bodin, no Século XVII, anunciavam e teorizavam sobre a Soberania. Constatamos aí, uma mudança que além de quantitativa, não temos um indivíduo mas um coletivo, se torna quantitativa. Quantitativa porque além do número de cidadãos, pela interação e contraste das individualidades teremos o conceito de igualdade. Não teríamos como nos igualar se fôssemos, numa tese absurda, um só elemento. Assim é que os livres e por isto dignos, já iguais e por isto fraternos, participantes agora de uma sociedade política, um estado, são, como ente coletivo, a nação como querem uns ou o Povo Soberano, como querem outros. Infere-se assim que os direitos, pela ordem, da liberdade rumando para a igualdade e, desta ordem defluindo-se os demais direitos, introjetados no homem que agora é um ser coletivo chamado Povo Soberano é por isto mesmo, titular da Soberania. Jean Bodin afirmava que a soberania era absoluta e perpétua e por ter esta última característica só poderia existir nos estados aristocráticos e populares ou ainda, no caso de uma monarquia, só se ela fosse hereditária. Assim é, que no Estado Liberal, a Soberania é aurida no Povo Soberano tendo aquelas características que todos os teóricos acordam, seja, tanto no âmbito interno como externo(internacional) ela seria uma, indivisível, inalienável e imprescritível.

### **3 Divisão do Poder**

Deflui, de todo o explanado, naturalmente o problema que se refere a Divisão dos Poderes. Grafamos, poderes, porque queremos chamar a atenção sobre este aspecto. Não são poderes, mas um só Poder em razão do mesmo ser uno, como já vimos. No Estado Moderno Absolutista, já observamos, o monarca concentrava todas as funções relativa ao Poder. Assim é, que já na antiguidade Aristóteles, em seu livro *A Política* havia identificado três funções de exercício do poder, quais sejam, a legislativa, a executiva e a judicial. John Locke falava em seu *Tratado de Direito Civil* em quatro funções, mas, sabemos que foi Montesquieu, em sua obra o *Espírito das Leis*, o pai da

tripartição do Poder. Charles de Secondat, Barão de Montesquieu, no capítulo VI, de sua obra, falando sobre a constituição dos ingleses, dizia:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tirânicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse êsses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos (*O espírito das leis*, São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, p. 181).

Podemos, assim, traçar uma analogia na evolução do poder soberano. Se ele, quando do Estado Absolutista, era justificado numa ordem transcendental, esta divindade, no Medievo era a cultuada pela Igreja, e para ela havia, como ainda há, o dogma da Santíssima Trindade, o Pai, o Filho e o Espírito Santo, pois bem, com a secularização do estado, através do racionalismo e do iluminismo, estabelecendo-se inclusive com a implantação dos governos repúblicanos uma separação da Igreja do Estado, da mesma forma, através de uma metáfora, poderíamos afirmar que esta trindade, antes divina, já neste segundo momento, seculariza-se projetando-se no dogma proclamado pela revolução francesa, no artigo 16 da sua Declaração de Direitos, como separação do Poder, na tríade conhecida, Legislativo, Executivo e Judiciário. A transcendência se torna imanente numa visão mais propriamente do estado hegeliano. Assim, justificado o conceito de Soberania, inferido do conceito de Povo Soberano que deflui da junção dos indivíduos livres e dignos e assim iguais e fraternos, conforme atributos próprios auridos nas Declarações de Direitos, chegamos ao conceito de partição do Poder, que visava frear os órgãos de poder do Estado. Lord Acton, afirmava que “o poder corrompe e que o poder absoluto corrompia absolutamente”. Nesta razão, dividia-se o poder em

várias funções e por órgãos diferentes, desconcentrando o poder exercido anteriormente por um só pessoa, o monarca, que mesmo delegando-o, exercia o direito de ser a voz no último recurso. Madison, um dos pais do sistema americano, no *O Federalista*, n. XLVII, diz, a viva voz:

A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, auto-nomeadas ou eletivas, pode se dizer com exatidão que constitui a própria definição da tirania (*O Federalista*, Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, p. 196).

Estas verdades foram consagradas na constituição americana, respectivamente, o Legislativo, no art I, o Executivo no art II e o Judicial no III. Outra doutrina que vai se agregar e beneficiar a idéia de partição do poder é aquela que faculta a harmonia entre os mesmos. É a chamada doutrina dos "*checks and balances*" ou pesos e contrapesos, que alguns atribuem a Benjamim Constant, não o nosso republicano Botelho de Magalhães, mais ao francês autor da obra *Princípios Políticos Constitucionais*, cremos que enganados, porque em realidade está em Montesquieu mesmo, naturalmente sem grande sofisticação, o germen da doutrina dos pesos e contrapesos. O professor Dalmo Dalari em sua obra *Elementos da Teoria Geral do Estado*, dá num *closed up* magistral uma idéia desta teoria, pois conforme diz,

... o sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos *gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de *atos especiais*. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado

de atuar discricionariamente porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando a cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências (DALARI, *op. cit.*, Saraiva, 1985, p. 193).

Aproveitamos o ensejo, pois concernente ao tema sobre ato geral e especial, para abordarmos a matéria que se refere ao Princípio da Legalidade e da supremacia da Lei. Vimos no capítulo referente ao modelo atômico, as acepções constitucionais de continuidade e de ruptura, conforme a visão de Maurice Hauriou, que identificava a primeira como o *devoir* histórico inglês, um direito eminentemente consuetudinário, e a segunda, como a francesa-continental, uma acepção legalista, isto é, baseada na supremacia da lei. Se o sistema anglo-saxônico justifica-se no costume e no direito dos precedentes judiciais através da jurisprudência dos tribunais, já o sistema continental vai colher sua justificativa na ordem legal. É a chamada doutrina da hierarquia das fontes do direito. Presume-se assim, que a lei, que é genérica, hipotética e abstrata, embasa-se no contrato social, axioma justificativo de toda a ordem jurídica retratada na constituição. Desta forma, o sistema onde vige o monopólio e a supremacia da lei tem a pretensão de catalogar e retratar na lei, todos os atos juridicamente relevantes para aquela determinada Sociedade Política. Daí inferindo-se um dos princípios mais caros do sistema jurídico continental, qual seja o princípio da legalidade: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei ...”. Desta forma a administração, fica imperativamente vinculada ao princípio da legalidade enquanto os particulares, em não havendo lei que regule determinado fato não estarão obrigados e, em existindo lei, superados os princípios de ordem pública, o privado se subsumiria ao princípio dispositivo, seja, poderia dispor da maneira que lhe aprouvesse, respeitando no mínimo, as condições do ato jurídico perfeito, sejam, capacidade, objeto lícito e forma prescrita e não defesa em lei, para que não sofra as sanções jurídicas impostas pelo sistema, nulidade absoluta ou relativa (anulabilidade). Todo o sistema, através do monopólio da lei, feita exclusivamente pelo Legislativo, encerra-se dentro do

princípio da reserva legal, seja a geral contida no princípio da legalidade ou sejam as especiais que informam os demais direitos, como o penal, o tributário e outros.

#### 4 Sistema Representativo

Assim, numa ordem natural e lógica, tivemos a explanação dos direitos e garantias, das quais defluiu o conceito de Soberania e da qual se inferiu o conceito de repartição do Poder. Seguindo a ordem inelutável desta lógica, passamos a análise da decisão referente a legitimação deste sistema. Ora, se o Poder Soberano é oriundo do povo, somente o sistema republicano, através da representação conferida pelo mandato parlamentar, pelo sufrágio e o voto, pode atribuir legitimidade a este sistema. Alguns podem observar que existem formas de governo monárquicas e constitucionais que invalidariam o princípio republicano. Não de convir que o sistema inglês, belga, sueco, ou japonês, utilizam-se de um sistema misto parlamentar permitem a convivência da modalidade monárquica com a republicana. O caso inglês é exemplificativo pois lá, como se diz, “a rainha reina mas não governa”. Existe o Parlamento, constituído de uma Câmara dos Lords (ainda resquício aristocrático), e uma Câmara dos Comuns, sendo o governo exercido por um primeiro ministro que é retirado da maioria parlamentar, constituindo-se assim o que convencionou-se chamar, como sistema de governo, de regime de gabinete ou parlamentar. Podemos ingressar neste tema, representação, pelas mãos do próprio Montesquieu, pois ele, após tratar da divisão do Poder, justifica sua legitimação, no próprio capítulo fazendo menção a representação. Diz ele:

Já que num estado livre, todo homem que supõe ter uma alma livre deve governar a si próprio, é necessário que o povo, no seu conjunto, possua o poder legislativo. Mas como isso é impossível nos grandes Estados, e sendo sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo, através de seus representantes, faça tudo o que não pode fazer por si mesmo (MONTESQUIEU, op. cit., p. 183).

Sabemos da discussão teórica que se estabeleceu sobre o exercício da Soberania, se era delegada ou indelegada. Rousseau acreditava que ela não poderia ser representada. É ele quem diz:

A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; ela consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade de modo algum se representa; ou é a mesma ou é outra; não há nisso meio termo. Os deputados do povo não são, pois, em poder ser seus representantes; são quando muito comissários e nada podem concluir definitivamente. São nulas todas as leis que o povo não tenha ratificado; deixam de ser leis. O povo inglês pensa ser livre, mas está completamente iludido; apenas o é durante a eleição dos membros do Parlamento; tão logo estejam estes eleitos, é de novo escravo, não é nada. Pelo uso que faz da liberdade, nos curtos momentos em que lhe é dado desfrutá-la, bem merece perdê-la" (ROUSSEAU, *Contrato Social*, São Paulo: Cultrix, p. 96).

Rousseau, como Carré de Malberg, acreditavam que a legislatura tinha de ser referendada. Não era o caso de Siéyès, que mudando o conceito de Povo Soberano, para o de nação, criava o artifício que possibilitava a representação na forma como hoje a conhecemos. No entanto o abade Siéyès traça uma distinção vital para o direito público constitucional, qual seja, a diferenciação entre Poder Constituinte Originário, que para ele era original, autônomo e incondicionado, e Poder Constituído, que ao inverso era derivado, secundário. Estabelecendo este dogma, Siéyès, dava liberdade a Assembléia quando se reunia exclusivamente com o poder fundante originário, inicial, autônomo e incondicionado, para estabelecer a Lei Maior, distinguindo-o assim, do poder derivado, seja o Constituído, condicionado que estava, numa linguagem Schmitiana, as decisões colocadas terminantemente pelo primeiro na Constituição do estado. O dínamo do processo de representação é o sistema eleitoral. A teoria geral do estado conhece variadas alternativas de representação, sejam, a profissional que se faz através do agrupamento das categorias ocupacionais e por intermédio dos sindicatos; representação corporativa surgida com base na idéia das antigas corporações de ofício medievais e transplantadas como substrato ideológico para o regime orgânico facista; a representação institucional, feita através de representantes de entidades institucionalizadas no seio de uma sociedade e que por categorias sobrepostas, do nível menor ao maior, indicam representantes em sua representação (ex.: Iugoslávia de Tito); e por último a tradicional representação política feita através dos partidos políticos que

aliás têm uma história bem recente, pois anteriormente ao processo democrático, seja do governo da maioria fiscalizado pela minoria, os partidos eram grupos, clãs, que se agrupavam em torno de um líder ou de um interesse momentâneo. Exemplos históricos são os dos *tories e whigs*, os primeiros partidários do rei e os outros contra; os *guelfos*, partidários da supremacia do Papa e os *gibelinos*, adeptos do imperador; os *capuletto e os montechio* de Sheakespeare. Assim é que conforme Munro, a partir de 1680 começou a explicitar-se a doutrina que já não contemplava os opositores do governo como traidores ou subversivos. Dalmo Dalari (op. cit., p. 144) afirma

que no século XIX os partidos firmaram-se como instrumentos eficazes da opinião pública, dando condições para que as tendências preponderantes no Estado influam sobre o governo, os partidos se impuseram como veículo natural da representação política.

Dalmo Dalari, em continuação, classifica os partidos sob o critério da organização interna, dividindo-os em: Partidos de quadros e de massas; Quanto à organização externa em partidos de sistema único (URSS), bipartidários (EUA e Inglaterra) e sistemas pluripartidários (Brasil, Itália, Argentina). Assim é que no sistema liberal é utilizado, com vista a suprir a representação, a modalidade política através do sufrágio, que é direito, que se manifesta pelo voto, fato, colhido através do escrutínio e contabilizado através da apuração. Os sistemas eleitorais podem tomar várias conformações, desde a forma de representação majoritária em que o mais votado é que assume o cargo, ao sistema de representação proporcional, que proporciona a representação das minorias permitindo-lhes a participação, de forma proporcional no governo e também o sistema de distritos eleitorais, que pode ser puro ou misto. Puro quando dentro de uma circunscrição eleitoral funciona o sistema majoritário; amainado, quando dentro do distrito funciona o sistema proporcional; misto, quando dentro do distrito funciona a alternativa majoritária, mas no cômputo global dos distritos, somam-se as sobras na proporcionalidade dos partidos, dividindo-se as vagas pelas sobras proporcionais. Assim, em várias alternativas constitucionais, todos os órgãos das funções do Poder, são

eleitos, como nos EUA, em que o Executivo composto pelo Presidente e seu Vice são eleitos por quatro anos e o Legislativo, composto pela Câmara dos Deputados e Senado, são eleitos respectivamente por dois e seis anos e da mesma forma o Judiciário em alguns Estados da Federação Americana.

## 5 Sistema Federal

Assim, chegamos a última estação do projeto liberal, que é a consequência agregada de todas as demais, seja a Federação. Constatamos, que o estado é definido como a ordem soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um determinado território. Vimos que esta ordem soberana é aurida no povo soberano e que tem três funções, para que não seja tirana e, ainda, que seja exercida através de uma representação, renovável de períodos em períodos, para que não se corrompa. Assim, resta estabelecer o exercício desta soberania sobre o território do estado. A Teoria Geral do Estado classifica os estados federados, como estados compostos. As federações estabeleceram-se através da união dos estados conferados, como o caso americano. John Jay, no *O Federalista*, n. III, exorta os americanos à união em função do perigo de ameaça do poder inglês, localizado no Canadá, e do poder espanhol, naquela época ainda localizado até às margens do Rio Grande. Jay afirma:

... conviria perguntar-nos se a *América Unida* oferecerá tantas causas de guerra como a *América desunida*; porque se conclui que a América Unida provavelmente dará menos motivos de guerra, então deve ser deduzido que, sob este aspecto, a União é o melhor meio de conservar o povo em paz com outras nações (*O Federalista*, III, op. cit., p. 15).

Hamilton, no *O Federalista*, n. VII, após Jay colocar o perigo externo, concita à União em face dos perigos internos a que estava sujeita uma confederação, em que as antigas colônias já com o *status* de estados, pois soberanos, arriscavam-se perante as seguintes ameaças:

... As disputas territoriais ... hoje existe uma grande parte do território ocidental (oeste americano) vaga por cessão ...; ... as competições comerciais seriam outra fonte de contendas ... cada estado ou cada uma das confederações poria em vigor

sua própria política comercial ...; ... as oportunidades que teriam certos estados de converterem outros em seus tributários, mediante a regulamentação do comércio ...; ... a probabilidade de alianças incompatíveis entre os diferentes Estados ou confederações e as diversas nações estrangeiras, e o efeito desta situação sobre a paz geral ..." (*O Federalista*, n. VII, Hamilton, op. cit., p. 28 usque 31).

Assim é, que os americanos optaram em razão de uma série de considerações pelo sistema federal em que a União é a pessoa de direito público interno e externo que detém, pela representação do povo soberano, o Poder. Os Estados que compõe a Federação, não são soberanos, como seriam sozinhos ou confederativamente, são autônomos politicamente, não possuindo o poder de representação externa, de guerra e ou de fazer a paz, poderes estes, que foram transferidos à União. Assim fica delineado o problema e a solução da representação da Soberania, concomitantemente a representação do Povo Soberano. Os americanos optaram por um regime de representação bicameral, em que uma Câmara, com mandato de dois anos, a dos Deputados Federais, representa o Povo Soberano e, uma segunda câmara, o Senado, como já vimos, com mandato de seis anos, que representa os Estados que compõem a União. Nos Estados Unidos os senadores são em número de dois por Estado, na forma da emenda XVII, da Constituição Americana.