

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS  
DIREITOS E CIDADANIA**

**DANIELA CARVALHO ALMEIDA DA COSTA**

**MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA**

**NARCISO LEANDRO XAVIER BAEZ**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

P963

Processo de constitucionalização dos direitos da cidadania [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Daniela Carvalho Almeida Da Costa, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-063-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constitucionalização.  
3. Cidadania. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

---



**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS**  
**PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS E**  
**CIDADANIA**

---

**Apresentação**

Caríssimos(as),

É com imensa honra e satisfação que apresentamos a obra Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania, fruto das apresentações do Grupo de Trabalho (GT) que conduzimos no dia 05 de junho do corrente ano, na Universidade Federal de Sergipe (UFS).

Este GT foi pensado e proposto pela afinidade temática com uma das linhas de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, cuja área de concentração é justamente Constitucionalização do Direito, o que nos acrescenta uma satisfação pessoal. O Programa, ainda muito jovem, cujo início se deu em 2010, vivenciou um grande amadurecimento ao sediar o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, o que se refletiu na adesão maciça de seu corpo docente e discente, não só unindo esforços para ciceronearmos esse Encontro do CONPEDI, mas também na submissão de inúmeros artigos científicos.

A obra que apresentamos tem uma importância peculiar para o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFS, contando com uma das professoras do Programa dentre seus coordenadores, bem como com 6 artigos de alunos do Programa que, em conjunto com os demais 18 artigos, todos selecionados com o devido rigor científico, compõem os 24 artigos da presente obra sobre Constitucionalização e Cidadania. Os textos se destacam pela relevante discussão temática em torno das dimensões materiais e eficazes dos direitos fundamentais, especialmente pelo debate sobre os mecanismos de efetividade desses direitos, não só no âmbito jurídico, mas também no âmbito social, político e econômico.

Os Direitos Humanos, na célebre concepção de Hannah Arendt, são um dado e não um construído, o que nos remete ao dinamismo necessário a sua internacionalização/universalização e, sobremaneira, num país com uma democracia inconclusa como o nosso, a necessidade da construção e aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos para sua internalização. A Constitucionalização dos Direitos é força motriz para a efetivação desse processo paulatino de internalização dos Direitos Humanos.

É inegável o avanço que a Constituição de 88 representou nesse processo e o quanto nossas instituições públicas vêm se fortalecendo no jogo de forças da vivência democrática.

Entretanto, uma efetiva constitucionalização promove cidadania e dignidade, enraizadas nos valores sociais do trabalho, a começar pela democratização do acesso à justiça e à livre informação, não por outra razão fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Para tanto, é essencial uma efetiva hermenêutica constitucional, em que toda a interpretação e aplicação do direito se dê conforme o paradigma constitucional.

Os coordenadores do GT Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração da presente obra, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da graduação e pós-graduação e os próprios cidadãos interessados na tutela de seus direitos.

Desta feita, acreditamos que a presente obra muito acrescentará às reflexões tão necessárias dentro dos estudos do direito, acerca do Processo de Constitucionalização e Cidadania, com vistas à construção de um mundo mais igualitário.

Desejamos uma leitura construtiva a todos!

Aracaju, inverno de 2015.

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Daniela Carvalho Almeida da Costa<sup>1</sup>

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria dos Remédios Fontes Silva<sup>2</sup>

Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez<sup>3</sup>

<sup>1</sup>Advogada; Mestre e Doutora em Direito Penal e Criminologia pela USP; Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca; Ex-Coordenadora Regional em Sergipe do IBCCRIM; Coordenadora do Grupo de Pesquisa Estudos sobre violência e criminalidade na contemporaneidade da UFS; Professora Adjunta do Dept.<sup>o</sup> de Direito da UFS; Professora do Programa de Pós-graduação Mestrado em Direito da UFS; Professora do Curso de Direito da Fanese; Professora da Escola Superior da Magistratura de Sergipe.

<sup>2</sup>Mestre e Doutora pela Université Catholique de Lyon - França, Pós-doutorado pela Université Lumière Lyon II - França. Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Direito Estado e

Sociedade". Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professora Titular do Departamento de Direito Público da UFRN, Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte - ESMARN.

<sup>3</sup>Coordenador Acadêmico-Científico do Centro de Excelência em Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Catarina; Pós-Doutor em Mecanismos de Efetividade dos Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Santa Catarina; Doutor em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá, com estágio bolsa PDEE/Capes, no Center for Civil and Human Rights, da University of Notre Dame, Indiana, Estados Unidos; Mestre em Direito Público; Especialista em Processo Civil; Juiz Federal da Justiça Federal de Santa Catarina desde 1996.

## DEMOCRATIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIA DO VÍNCULO JURÍDICO PERANTE O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

### DEMOCRATIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS LEGAL RELATIONSHIP WARRANTY TO THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY

Anderson da Costa Nascimento

#### Resumo

O tema busca uma análise doutrinária entre a democratização dos direitos fundamentais consubstanciando a garantia do vínculo jurídico perante o princípio da solidariedade interligando-o a origem das relações humanas numa sociedade evolutiva. Pontuar modelos de democracia diante da tradicional democracia grega, destacando o pensamento político que transmitiu a célebre tipologia das formas de governo, destacando a democracia como o governo dos muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres, sendo, em suma, conforme a própria etimologia da palavra, o governo do povo e estabelecer o papel preponderante dos direitos fundamentais ditos na essência, os direitos do homem livre, visando estabelecer parâmetros humanitários válidos para todos os homens independente de raça, cor, sexo, poder, língua, opinião política, crença e demonstrar que o vínculo jurídico do princípio da solidariedade pode ser visto como um instrumento de busca de uma sociedade democrática, livre justa e solidária, unindo-o às relações humanas.

**Palavras-chave:** Democracia, Liberdade, Solidariedade.

#### Abstract/Resumen/Résumé

The theme seeks a doctrinal analysis of the democratization of fundamental rights evidencing the guarantee of the legal relationship to the principle of solidarity linking him to the origin of human relations in an evolutionary society, scoring models of democracy in the face of traditional Greek democracy, highlighting the political thought transmitted the famous typology of forms of government, highlighting democracy as the government of the many, the most, the majority, or the poor, and, in short, as the very etymology of the word, the people's government and establish the leading role of said fundamental rights in essence, the rights of a free man, to establish humanitarian valid parameters for all men independent of race, color, sex, power, language, political opinion, belief and demonstrate that the legal relationship of the principle of solidarity can be seen as a search tool for a democratic, free justice and solidarity, linking up human relations.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Democracy, Freedom, Solidarity

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo traçar um perfil doutrinário entre a democratização dos direitos fundamentais e garantia do vínculo jurídico perante o princípio da solidariedade. Ao mesmo tempo, fazer um estudo sobre os povos da antiguidade que nos dão uma visão clara de que o foco central do poder estava nas mãos dos governantes que o recebiam dos Deuses, tendo em vista uma sociedade absolutista e teocrática. Visamos também relacionar o conceito antigo de democracia com o do mundo contemporâneo.

Com o passar dos tempos evoluímos politicamente, economicamente, socialmente e religiosamente. É importante estabelecer um conhecimento científico, para ser possível entender a conjuntura político-social. Por outro lado, deve-se apresentar o objetivo específico, ao analisar as características, e o conceito de democracia e distinguir os regimes políticos apresentado, na Antiguidade clássica como, a democracia grega. Destacaremos o pensamento dos principais filósofos que propuseram discussões sobre a democracia, de modo a se poder conceber o ponto atual de sua conceituação.

Vale destacar que o seguinte artigo busca analisar as características dos direitos fundamentais no cenário político jurídico do mundo ocidental remonta ao processo revolucionário francês e americano. O Reino Unido, que enobrece o balizar simbólico por meio da Carta Magna, considerada a Grande Carta das Liberdades ou concórdia entre o Rei e os Barões assumindo, caráter público.

Também ressaltaremos os ideais iluministas como o início do processo de mudança, as novas demandas ideológicas, políticas e religiosas, no sentido de propiciar um Estado Democrático.

Por fim, abalizaremos uma perspectiva constitucional apontando o vínculo do princípio da solidariedade como princípio jurídico, em detrimento da Constituição Federal de 1988, relacionando aos demais princípios constitucionais como, os da dignidade humana e da liberdade.

A base metodológica deste artigo dar-se-á pela aplicação do método indutivo, a interpretação das leis e a pesquisa qualitativa, precedida em pesquisa bibliográfica em livros, revistas e periódicos vinculados à temática constitucional, democrática e social, envolvendo o método histórico relativo aos fatos históricos e evolutivos de transformações das relações humanas.

## 1. DEMOCRACIA

A cerca de Democracia, faz-se necessário estabelecer um conceito antes de, mas nada. É “um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas em que está prevista e facilitada à participação mais ampla possível dos interesses” (BOBBIO, 2004, p. 22).

Etimologicamente, democracia quer dizer governo do povo, para o povo e pelo povo. A pedra angular da ordem democrática baseia-se nos ideais de liberdade, igualdade, respeito à lei e da dignidade da humanidade.

Os povos da Antiguidade dão-nos uma visão clara de que o foco central do poder estava nas mãos dos governantes, tendo no topo uma pequena elite poderosa, concentradora de privilégios e da força, sustentada por uma esmagadora maioria da população imposta por um governo despótico e teocrático.

Com o passar dos tempos, evoluímos social, econômica, política e culturalmente explicitando o conceito do direito e de trato social, integralizando uma sociedade com bases no Estado.

### 1.1. Aspecto Histórico

Ao analisar os aspectos da democracia na Antiguidade clássica, podemos entender que na Grécia, a democracia desempenhou-se o papel preponderante, cuja influência repercutiu na formação da cultura ocidental. Por ser o berço do pensamento filosófico os gregos discutem a respeito da democracia, de modo possibilitar chegarmos à conceituação. Definir democracia como o Estado no qual reina a liberdade e ao descrever uma sociedade utópica onde os filósofos são conhecedores da autêntica realidade, reinado no lugar de tiranos, reis e oligarcas.

No entanto, a ideia de distinguir as formas de governo pelo número de governantes, Platão, defende em a República que democracia seria a forma de constituição ou forma de governo em que o poder emana da multidão, sendo que no decorrer do Livro VIII da obra citada propõe algumas discussões sobre esta forma de governo de maneira a ressaltar suas principais qualidades e defeitos (PLATÃO, 2003).

Outro pensador e filósofo que apresenta formas de governo é Aristóteles. Ele entende que as formas corretas e os desvios de governo ou constituição, em que um só governa seria a monarquia e o seu desvio, a tirania; das formas em que uns poucos, os

melhores homens governam a sua forma correta seria a aristocracia e o seu desvio, a oligarquia; e das formas em que grande parte dos cidadãos governa, seria chamada pelo nome genérico de constituição e seu desvio, democracia (ARISTÓTELES, 2001).

Segue afirmando que “democracia é o governo no qual se tem em mira apenas o interesse da massa, não possuindo então, interesse de toda sociedade (ARISTÓTELES, 2001, p. 125)”.

Nesse sentido, ou melhor, dizendo, a denominada democracia ateniense mais se aproxima de uma república aristocrática, uma vez que o ingresso e a participação política de parcelas da população eram excluídos. Entretanto, atenienses de baixa renda não podiam dedicar-se à participação política, mas com a reforma política implantada por Péricles<sup>1</sup>. Este governou Atenas num período considerado a ‘idade de ouro’, devido ao apogeu econômico, político, militar, cultural e dentro dessa reforma houve a instituição do *misthoy*<sup>2</sup>, que possibilitou maior participação popular. De certa forma, maior amplitude democrática, considerando população estimada em 300 mil pessoas, cerca de 40 mil tinham *status* de cidadão, como tal compreendidos os maiores de 20 anos nascidos de pais atenienses (BARROSO, 2013).

Nos estudos filosóficos e democráticos, os gregos não se ocuparam com os estudos dos direitos fundamentais, tendo em vista que o homem não era visto na sua individualidade. No entanto, a sua vida social e política girava em torno das Cidades-Estados denominadas de *polis* e integrava o homem ao Estado.

Vale ressaltar que, nas Cidades-Estado, a democracia constitucional lograva êxito na medida em que a democracia direta consagrava o único sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no que diz respeito ao poder político que estava igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos.

Segundo Maestri Filho, o escravo, na Antiguidade, era considerado bem móvel:

---

<sup>1</sup> Péricles: foi um célebre e influente estadista, orador e general da Grécia Antiga, um dos principais líderes democráticos de Atenas e a maior personalidade política durante a ‘Era de Ouro de Atenas’. Em discurso aos seus cidadãos, diz ele: “Nossa constituição política não segue as leis de outras cidades, antes lhes serve de exemplo. Nosso governo se chama Democracia, porque a administração serve aos interesses da maioria e não de uma minoria. De acordo com nossas leis somos todos iguais no que se refere aos negócios privados. Quanto à participação na vida pública, porém, cada qual obtém a consideração de acordo com seus méritos e mais é o valor pessoal que a classe a que pertence; isso quer dizer que ninguém sente obstáculo de sua pobreza ou condição social inferior quando seu valor o capacite a prestar serviço à cidade. [...] Por essas razões e muito mais, nossa cidade é digna de admiração (AQUINO, 1980, p. 201)”.

<sup>2</sup> *Misthoy*: soldo para os integrantes do exército, assim como uma pequena remuneração para as funções e cargos públicos (VICENTINO, 2002, p. 74).

Não constituía uma categoria social desprovida totalmente de direitos. Na família senhorial recebia um nome e era associado ao culto doméstico. [...] Mesmo escravo, podia pleitear, representado pelo senhor, seus direitos na Justiça. E mais, ao amo era proibido, ao menos segundo a lei, injuriar gravemente, aleijar ou matar seu cativo. O escravo injustamente seviciado podia até mesmo procurar refúgio junto a templos específicos e pedir aos sacerdotes que se pronunciassem pela sua venda a outro senhor. Em Atenas, o castigo físico ‘normal’ dos cativos não podia exceder 50 chicotadas (MAESTRI FILHO, 1986, p. 29).

Já a civilização Romana, herdeira do pensamento político grego em muitos sentidos, pode ser considerada um sistema político misto contendo elementos democráticos e oligárquicos, haja vista que a mescla de sociedade monárquica era uma organização política dividida entre o Rei, Senado, Assembleia Curial, Assembleia Centuriata; e o poder central era exercido pelo Rei.

Na República romana, a autoridade residia no Senado que se tornou o órgão máximo, o qual controlava toda a administração. O Sistema Jurídico romano foi sendo construído progressivamente. Apesar dos poderes estarem concentrados nas mãos da elite, surge nesta época um corpo de juristas, com autoridade para interpretar e aprimorar as leis que regulavam a vida pública e privada. (VICENTINO, 2002).

O Império Romano, ao atingir o seu apogeu devido à estrutura política estar concentrada nas mãos do Imperador que conquistava territórios, riquezas, escravizava ainda mais a população sem observar os direitos fundamentais. Era o poder Supremo, mas as garantias de certas classes eram mantidas. Com o advento do Cristianismo, que pouco a pouco foi ganhando seguidores, foi atribuída importância aos direitos fundamentais do homem que passou a ser visto como figura semelhante a Deus (ARRUDA e PILETTI 2004).

Vale ressaltar que, em Roma, alguns antecedentes formais das declarações de direitos foram elaborados, como o veto da plebe contra ações injustas dos patrícios, “a lei Valério Publícola proibindo penas corporais contra cidadãos em certas situações até culminar com o *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*<sup>3</sup>, remoto antecedente do *habeas corpus*, instituído como proteção jurídica da liberdade (SILVA, 2008, p. 150)”.

---

<sup>3</sup> *Interdicto de Homine Libero Exhibendo*: Era uma forma de interdictum. No direito romano consistia como uma proteção jurídica da liberdade tinha alcance limitado aos membros da classe dominante, mas em Atenas, já se lutava pelas liberdades democráticas. No entanto, na Idade Média surgiram antecedentes mais diretos das declarações de direitos. Para tanto contribuiu para a teoria do direito natural que relacionou o aparecimento do princípio das liberdades fundamentais do Reino, limitadoras do poder do monarca, assim como um conjunto de princípios que se chamou humanismo. Ai floresceram os pactos, os forais e as cartas de franquia, outorgantes de proteção de direitos reflexamente individuais, embora diretamente grupais, estamentais, dentre os quais mencionam-se, os espanhóis de León e Castela de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurara sustentar a justiça e a paz do reino, articulando-se em preceitos

A característica do Feudalismo como sistema político, econômico e cultural, ao entrarmos no período medieval, devido a sua característica de política descentralizada onde o poder era exercido em cada feudo, o arbítrio do Estado, determinava o modo de pensar e de viver da sociedade. Sob a influência do Direito Romano, de Cristianismo e Código de Justiniano resultaram um dos maiores legados do mundo romano o *Corpus Juris Civilis*<sup>4</sup>; Institutos de suma importância que adotaram medidas que contribuíram para a base do Direito Germânico, dando caráter de poder público em decorrência da aspiração do povo.

Devido ao enfraquecimento do Estado, a Igreja Católica Apostólica Romana, consolida suas normas e regras, via o Direito Canônico. No sistema eclesiástico de ver a Justiça, em virtude ao livre arbítrio do Estado, na Idade Média, após a reunião do Direito Romano, Germânico e Canônico, se via a existência de um Direito Comum, tendo em vista a estudos destinados aos direitos humanos.

Como nos ensina Fábio Konder Comparato:

A proto-história dos direitos humanos começa na Baixa Idade Média, mais exatamente na passagem do século XII ao século XIII. Não se trata, ainda, de uma afirmação de direitos inerentes à própria condição humana, mas sim do início do movimento para a instituição de limites ao poder dos governantes, o que representou uma grande novidade histórica. Foi o primeiro passo em direção ao acolhimento generalizado da ideia de que havia direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social – clero, nobreza e povo – no qual eles se encontrassem (COMPARATO, 1999, p.33).

Analisando o cenário político jurídico do mundo ocidental associado aos processos revolucionário francês e americano, devemos levar em consideração o constitucionalismo britânico que enobrece o balizar simbolismo ao elaborarem as Cartas e Estatutos Assecuratórios de Direitos Fundamentais, como a Magna Carta<sup>5</sup>, a *Petition*

---

concretos, as garantias dos mais importantes direitos das pessoas, como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo, etc.; de Aragão, que continha reconhecimento de direitos, limitados aos nobres, o de Viscaia, reconhecimento privilégios, franquias e liberdades existentes ou que por tal acordo foram reconhecidos. (SILVA, 2008, p. 150/151).

<sup>4</sup> *Corpus Juris Civilis*, (corpo do direito civil): conhecido como o Código de Justiniano, conjunto de trabalhos que resultou num dos maiores legados do mundo romano, composto de quatro partes reunindo todas as Constituições Imperiais: Digesto ou Pandectas: continha os comentários dos grandes juristas romanos; Institutas: princípios fundamentais do direito romano; Novelas ou Autênticas: Constituições elaboradas no período de Justiniano. O *Corpus Juris Civilis* serviu de base aos códigos civis de diversas nações, no entanto essas leis definiam os poderes quase ilimitados do imperador e protegiam os privilégios da Igreja e dos proprietários, marginalizando a grande massa de colonos e escravos. (VICENTINO, 2002).

<sup>5</sup> Magna Carta: Documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo. Assinada em 1225, longe de ser a Carta das liberdades nacionais, é, sobretudo, uma carta feudal, feita para proteger os privilégios dos barões, e os direitos dos homens livres. Mas nesse tempo os homens

*of Rights*<sup>6</sup> em 1628, *Habeas Corpus Amendment Act*<sup>7</sup>, em 1679 e o *Bill of Rights*<sup>8</sup>, em 1688 que estabelecem normas comuns a todo o território inglês. A Magna Carta é considerada a Grande Carta das Liberdades ou concórdia entre o Rei e os Barões assumindo caráter público é considerada a base das liberdades inglesas, mas constituiu, em essência, a imposição da autoridade dos nobres sobre o poder real.

Com a formação da *common law*<sup>9</sup> e a consistência da afirmação do Parlamento inglês e do Judiciário foi suficiente para se assentar aos direitos fundamentais do homem.

Diante de tantas mudanças na política, na economia e na sociedade em geral, inicia-se a decadência do sistema feudal, compreendendo-se elementos caracterizadores entre o indivíduo e a Igreja. É nesse contexto que surgem os Estados Nacionais,

---

livres, eram tão poucos que podiam contar-se, e nada de novo se faziam a favor dos que não eram livres. Essa observação de Noblet é verdadeira, mas não exclui o fato de que ela se tornasse um símbolo das liberdades públicas, nela consubstanciando-se o esquema básico do desenvolvimento constitucional inglês e servindo de base a que jurista especialmente Edward Coke com seus comentários, extraísse dela os fundamentos da ordem jurídica democrática do povo inglês. (SILVA, 2008, p. 153).

<sup>6</sup> *Petition of Rights*: é um documento dirigido ao monarca em que os membros do Parlamento de então pediram o reconhecimento de diversos direitos e liberdades para os súditos de sua majestade. A petição constituiu um meio de transação entre Parlamento e rei, que este cedeu, porquanto aquele já detinha o poder financeiro, de sorte que o monarca não poderia gastar dinheiro sem autorização parlamentar. Então, precisando de dinheiro, assentiu, respondendo-o nos termos seguintes “Qua quidem petitione lecta et plenus intellecta per dictum dominium regem taliter est responsum in pleno parlamento, viz. Soi droit fait come est desiré” (petição que, de fato, tendo sido lido e inteiramente compreendida pelo dito senhor rei foi respondida em Parlamento pelo, isto é: Seja feito o direito conforme deseja). Mas na verdade a petição pede a observância de direitos e liberdades já reconhecidos na própria Magna Carta. (SILVA, 2008, p. 152/ 153).

<sup>7</sup> *Habeas Corpus Amendment Act*: Reivindicação de Liberdade, traduzindo-se, desde logo, e com as alterações posteriores, na mais sólida garantia de liberdade individual, e tirando aos déspotas uma das suas armas mais preciosas, suprimindo as prisões arbitrárias. (SILVA, 2008, p. 153).

<sup>8</sup> *Bill of Rights*: Declaração de Direitos decorreu da Revolução de 1688, pela qual se firmara a supremacia do Parlamento, impondo a abdicação do rei Jaime II e designando novos monarcas, Guilherme III e Maria II, cujos poderes reais limitavam com a declaração de direitos a eles submetida e por eles aceita. Dai surge para a Inglaterra, à monarquia constitucional, submetida à soberania popular, que teve Locke como seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX. (SILVA, 2008, p. 153).

<sup>9</sup> *Common law* (direito comum): é o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. Constitui, portanto um sistema ou família do direito, diferente da família romano-germânica do direito, que enfatiza os atos legislativos. Nos sistemas de *common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo um precedente. O conjunto de precedentes é chamado de *common law* e vincula todas as decisões futuras. Quando as partes discordam quanto o direito aplicável, um tribunal idealmente procuraria uma solução dentre as decisões precedentes dos tribunais competentes. Se uma controvérsia semelhante foi resolvida no passado, o tribunal é obrigado a seguir o raciocínio usado naquela decisão anterior. Entretanto, se o tribunal concluir que a controvérsia em exame é fundamentalmente diferente de todos os casos anteriores, decidirá como "assunto de primeira impressão". Posteriormente, tal decisão se tornará um precedente e vinculará os tribunais futuros. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](http://pt.wikipedia.org/wiki/Common_law)>. Acesso em 20 de janeiro de 2015.

centralizados e fortes. Assim, o poder político, antes exercido pelos senhores feudais e cidades medievais autônomas, concentrou-se na pessoa do soberano de cada nação.

O mundo moderno consubstancia no período humanitário quando se deu início à ponderação, propiciando a legalidade e proporcionalidade. Essa transformação social deu-se a partir dos reais fundamentos do direito, razão pela qual a lei que deve ser aplicada deve clara, certa e precisa, uma vez que as incertezas dos preceitos legais fazem desenvolver a inatividade e a ignorância.

Nesse sentido, vimos à necessidade de fazer um comparativo da passagem do Estado de natureza, para um Estado de sociedade, baseados nas divisões de poderes numa proposta apresentada por John Locke<sup>10</sup>, que definiu as bases da democracia liberal e individualista que serviu de alicerce para a Constituição dos Estados Unidos, e sistematizado por Montesquieu<sup>11</sup> no “Espírito das Leis”.

A independência dos Estados Unidos estimulou o sentimento de libertação nos demais povos da América e na Europa acelerou-se a crise do antigo regime. Com a aprovação da Constituição dos Estados Unidos, fundem-se duas tendências e define-se como sistema de governo a república federativa presidencialista inspirada em Locke, Montesquieu e Rousseau<sup>12</sup>. Entretanto os constitucionais puseram em prática a concepção de contrato social entre Estado e sociedade civil e a separação de poderes executivo, legislativo e judiciário. Essa Constituição acrescida de algumas emendas é vigente até os dias atuais.

---

<sup>10</sup> John Locke: (1632 -1704): filósofo inglês e ideólogo do liberalismo, sendo considerado o principal representante do empirismo britânico e um dos principais teóricos do contrato social, como precursor do pensamento liberal suas ideias não apenas repercutiram na Inglaterra, mas também na França e nos Estados Unidos, definiu as bases da democracia liberal individualista. Para Locke, ao governante não lhe caberia jamais o direito de destruir, de escravizar, ou de empobrecer propositalmente qualquer súdito; ele negava assim o direito dos governantes ao autoritarismo e à aplicação do direito divino, além de outras prerrogativas fundamentadas em preconceitos. (VICENTINO, 2002).

<sup>11</sup> Charles-Louis de Secondat, Barão de Montesquieu, conhecido como Montesquieu (1689-1755), foi um político, filósofo e escritor francês. Ficou famoso pela sua teoria da separação dos poderes, no espírito das leis (legislativo, executivo e judiciário), atualmente consagrada em muitas das modernas constituições internacionais. Para ele, não cabia ao Estado realizar os planos divinos, mas garantir aos cidadãos a liberdade, por meio de uma divisão equilibrada dos poderes. (VICENTINO, 2002).

<sup>12</sup> Jean-Jacques Rousseau ou simplesmente Rousseau (1712-1778), foi um importante filósofo, teórico político, escritor e compositor autodidata suíço. É considerado um dos principais filósofos do iluminismo e um precursor do romantismo, criticava a burguesia e a propriedade privada, que segundo ele era a raiz das infelicidades humanas e que o homem em estado de natureza é sempre o mesmo, em qualquer lugar do mundo, por sua vontade que originou a sociedade humana, e as leis expressam essa vontade livre. Assim sendo a vontade do povo deve expressar-se sempre mediante o voto e essa vontade, necessária e justa, deve prevalecer sobre qualquer outra consideração, onde a esperança de garantir os direitos de cada um é então organizar uma sociedade civil e ceder todos esses direitos à comunidade. Sua teoria teve grande sucesso entre as camadas populares e a pequena burguesia na expectativa de um Estado democrático. (VICENTINO, 2002p. 241/242).

Sobre a democracia comenta Locke que:

Os homens começaram a se reunir em sociedades, a maioria de sufrágios teve naturalmente todo o poder, e pode utilizá-lo para fazer, periodicamente, leis destinadas à comunidade, leis estas executadas por funcionários por ela nomeados. Nesse caso, a forma de governo é uma perfeita democracia. (LOCKE, 2002, p. 88).

A respeito de democracia, Montesquieu trata as leis como se fossem derivadas diretamente da natureza do governo e de três diferentes governos: republicano, relacionado à democracia; monárquico e despótico. Devido ao fato de a democracia nascer numa república quando o povo, formar um só corpo, tem-se o poder soberano. Se esse poder estiver nas mãos de apenas uma parte do povo tratar-se-ia de uma aristocracia donde afirmar que “O povo, na democracia, é, em certos aspectos, o monarca, e, em outros aspectos, o súdito.” (MONTESQUIEU, 2002, p. 23).

Já Rousseau elenca as diferenças entre suas ideias e as de Locke e Montesquieu, dizendo que o homem é naturalmente bom, e a sociedade, uma instituição regida pela política e culpada por sua "degeneração".

Assim sendo afirma Rousseau:

Que não haveria governo mais sujeito às guerras civis do que o democrático ou o popular, pois não haveria nenhum outro que tenha tanta tendência a frequente e continuamente mudar de forma, nem que demande mais vigilância e coragem para se manter. Foi na referida obra, também, que o autor escreve uma de suas mais famosas frases, que quase todos os autores que o seguiram, ao tratarem da democracia citam, “Se houvesse um povo de Deuses, ele se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não convém aos homens.” (ROUSSEAU, 2013, p. 95/96).

O marco inicial da contemporaneidade foi a Revolução Francesa em 1789, com base nas ideias filosóficas e Iluministas, pondo fim ao Antigo Regime com a aprovação em Assembleia, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que pela primeira vez, são proclamadas as liberdades e os direitos fundamentais do Homem, visando alcançar toda a humanidade, estabelecendo direito a igualdade perante a lei, à liberdade individual, à propriedade privada e o direito de resistência e opressão.

Em agosto de 1789, foi assinado um documento que ficou mundialmente famoso: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que inaugura a primeira fase das etapas de revoluções, chamada de Fase da Assembleia Nacional entre (1789 a

1792), sob o lema liberdade, igualdade e fraternidade, dentre outras reformas incluíram-se o fim do sistema feudal e inaugura a elaboração de um mundo constitucional.

Sob o acontecimento revolucionário francês que alterou as estruturas políticas do *ancien regime*<sup>13</sup>, evidencia-se de forma institucionalizada o poder político dos direitos e liberdades fundamentais de determinada sociedade.

Cumprem-nos ressaltar, em primeiro momento, que a concepção de um constitucionalismo liberal, está marcada pelo liberalismo clássico<sup>14</sup>, o qual pauta-se pelo individualismo, absentéismo estatal<sup>15</sup>, valorização da propriedade privada e proteção individual e faz nascer concentração de renda e exclusão social. Dessa forma, o Estado passa a ser chamado no sentido de se evitar abusos e a limitar poder econômico.

Assinala Carlos Brito *apud* Carvalho que “o liberalismo triunfou sobre o absolutismo porque limitar poder era e é a própria condição de defesa da liberdade e da cidadania. Porém, era preciso fazer avançar o movimento racional e consciencial do constitucionalismo (CARVALHO 2008, p. 236)”.

O constitucionalismo moderno foi revestido de caráter supremo, passando a servir de fundamentos para todas as normas instituídas como mecanismo de responsabilização de uma série de direitos fundamentais e suas respectivas garantias de forma a disciplinar o poder político e torná-lo limitado. Entretanto, após a Primeira Guerra Mundial, consubstancia a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, em que passaram a ser incorporados direitos econômicos e sociais às Constituições. Contudo a democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, evidenciados nos marcantes documentos a exemplo da Constituição do México de 1917<sup>16</sup> e a de Weimar de 1919<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> *Ancien regime*: termo francês cujo entendimento paira pelo regime de governo e organização social de um Estado, portanto era uma forma de Estado absolutista, mas era também forma de sociedade, com poderes, nas tradições, usos, costumes em virtude de suas mentalidades e suas instituições. (BOBBIO, 2008, p. 30).

<sup>14</sup> Para Kildere Gonçalves, o liberalismo consiste na “conformação da ordem política com o reconhecimento da liberdade política e liberdade civil de um povo, que consiste em valores básicos os quais modela o Estado e a sociedade (GONÇALVES, 2008, p. 195)”.

<sup>15</sup> Absenteísmo estatal: Expressão utilizada quando do estudo dos direitos e garantias constitucionais, encontra respaldo na passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito, mormente que se buscava fazer frente aos abusos do Estado, principalmente no tocante aos direitos de liberdade, sejam liberdades públicas, direitos civis e direitos políticos. Tal circunstância, portanto, representam os direitos de liberdade, cujo titular é o homem. (ALMEIDA, 2011). Disponível em: <<http://policiamilitaredireitoshumanos.blogspot.com.br/2011/09/v-behaviorurldefaultvml.html>>. Acesso em 29 de dezembro de 2014.

<sup>16</sup> Constituição do México de 1917: A nova Carta inaugurou uma era de constitucionalização dos direitos sociais e se caracterizou, principalmente, por um marcante intervencionismo estatal nas relações trabalhistas ao prever que toda pessoa tem direito a um trabalho digno, com jornada diária de oito horas.

Nesse sentido podemos dizer que as Constituições pós-segunda Guerra Mundial prosseguiram na mesma linha das anteriores, somente com um significativo avanço no âmbito dos Direitos Fundamentais do Homem, assinalado pela previsão nas declarações internacionais do direito à paz, ao meio ambiente. Com efeito, em quase todos os direitos individuais de ordem civil, política, econômica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos (REZEK, 2011).

Em função disso, o constitucionalismo contemporâneo é marcado por um totalitarismo constitucional, conseqüência da noção de Constituição programática sedimentada num conteúdo social. A concepção de dirigismo estatal é caracterizada pela perspectiva de dirigismo comunitário<sup>18</sup> vislumbrado por um constitucionalismo globalizado, em busca de difundir a proteção aos direitos humanos e de propagação para todas as nações (TAVARES, 2010, p. 37).

---

Com vistas a garantir o cumprimento desse objetivo, a Lei Fundamental Mexicana proibiu o trabalho de menores de 14 anos, instituiu a licença maternidade, o salário mínimo, proibiu a despedida arbitrária e criou o seguro social. Foi à primeira Constituição a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita à lei da oferta e da procura do mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, finalmente, o princípio da igualdade substancial na posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito. Deslegitimou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho e, portanto, da pessoa humana, cuja justificação se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar (COMPARATO, 1999, p. 172). Acrescenta Flavia Pessoa, que a Carta mexicana é a primeira Constituição político-social do mundo que traz no seu bojo a dívida social e o compromisso quanto ao seu resgate. (PESSOA, 2009, p. 19).

<sup>17</sup> Constituição de Weimar de 1919: inaugurou a república em terras alemãs à nova Carta marcou a transição definitiva do constitucionalismo de político para o constitucionalismo social em solo europeu, mudança cuja velocidade foi diretamente determinada pela vitória dos bolcheviques, que resultou na implantação do comunismo na Rússia, e pela necessidade premente de fornecimento de auxílio material à população alemã, duramente castigada pela Primeira Guerra. A elaboração de uma Carta Constitucional que contemplava direitos de cunho social foi uma das alternativas encontradas pelo Estado alemão para amenizar a terrível crise socioeconômica que se instalou após a I Grande Guerra. O texto inovador contemplava: jornada de trabalho de oito horas, prestações assistenciais aos necessitados, igualdade jurídica entre homens e mulheres, com o a introdução do sufrágio universal (MORAES, 2006, p. 58). Sobrepe a este ensinamento Flavia Pessoa, que a Constituição de Weimar dispõe sobre a constitucionalização de normas de direito social, bem como a influência dessas Constituição na historia do constitucionalismo mundial e da teoria política (PESSOA, 2009, p. 19).

<sup>18</sup> Dirigismo Comunitário: Parte da concepção do texto constitucional em fixar regras para dirigir as ações governamentais numa perspectiva de se apontar o constitucionalismo globalizado, o qual busca a expansão e a proteção dos direitos humanos mundialmente. Faz-se imperativo ressaltar a proteção aos chamados direitos da fraternidade e solidariedade, como o direito à paz; direito à autodeterminação dos povos; direito ao desenvolvimento; direito a um meio ambiente equilibrado e qualidade de vida; conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural; direito de comunicação etc.. Tais direitos vêm a consolidar tudo aquilo que se espera do constitucionalismo do futuro: Verdade; Solidariedade; Consenso; Continuidade; Participação; Integração; Universalização. (TAVARES, 2010).

A Coroa Portuguesa deu início à colonização das terras descobertas a partir de 1530, utilizando-se do Direito Lusitano, que era empregado nas relações sociais estabelecidas perante a coletividade onde vigoraram as Ordenações do Reino<sup>19</sup>.

No Império, diante da outorga da Carta Constitucional de 1824, vislumbrou a necessidade de uma legislação que substituísse a legislação do Reino. Com a Proclamação da República em 1889, surge a primeira Constituição Republicana promulgada em 1891, pela Assembleia Nacional Constituinte, institucionalizando um país republicano, federativo e presidencialista. Em 1934, foi promulgada a terceira Constituição brasileira, inspirada na Constituição Alemã, conservou o liberalismo e o presidencialismo, mantinha a independência dos três poderes. Após o golpe continuísta de Vargas em 1937, suprimiu a Constituição de 1934 e outorga uma Carta Constitucional, instituindo o Estado Novo. Em 1945, foram eleitos membros da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgaram em 1946 a quinta Constituição brasileira.

Surge em 1967 uma nova Constituição autoritária, rígida, ou seja, necessitava de procedimentos especiais para sua modificação, e, no entanto, teve vida curta por ter sido largamente emendada em 1969, absorvendo os instrumentos ditatoriais os Atos Institucionais.

Para José Afonso da Silva, a Emenda Constitucional nº 01/69, sem dúvida se tratou de um diploma constitucional, e tecnicamente a emenda só serviu como “mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado a começar pela denominação República Federativa do Brasil (SILVA 2008, p. 87)”.

---

<sup>19</sup> ORDENAÇÕES DO REINO: ORDENAÇÕES AFONSINAS: D. Afonso V, promulga em 1446, as Ordenações Afonsinas que vigoraram até 1514, e apresentavam normas do Direito Romano de Justiniano e do Direito Canônico. Vigorava a crueldade, inexistia o Princípio da Legalidade e Ampla Defesa, a aplicabilidade da justiça era pela arbitrariedade dos juízes. Esta ordenação vigorou por quase setenta anos, quando foi substituída por uma nova codificação empreendida por D. Manuel, O Venturoso; ORDENAÇÃO MANUELINA: D. Manuel o Venturoso, editada em 1514, as Ordenações Manuelinas que pouco se diferenciou das Ordenações Afonsinas visto que os Donatários das Capitâneas Hereditárias, é que aplicavam um direito informal e personalista no sentido de manter a ordem social e jurídica. Com a implantação dos Governos Gerais, a aplicação desta codificação ficou mais efetiva devido à participação de funcionários públicos no sentido da manutenção da ordem, mesmo assim havia a prática da crueldade e injustiça; ORDENAÇÕES FILIPINAS: Foram às Ordenações Filipinas que mais vigoraram editadas em 1603, pelo Rei Felipe II, mantiveram a arbitrariedade e a crueldade das anteriores. Por ter sido a mais longa das Ordenações a vigorar no Brasil Colônia e adentrar no Brasil Imperial, com incidência até 1916 com a promulgação do Código Civil, marcaram pela confusão do que era o direito, a moral e a religião (COSTA e MELLO, 2005).

Com o sentimento de redemocratização, entende ser um processo de restauração da democracia e do Estado de Direito, que pode acontecer de maneira gradual, onde se restaura os direitos civis lentamente ou de forma abrupta. Contudo varias passagens marcantes, da distensão do regime, que ocorreu lentamente durante o governo de Geisel, com continuidade do Presidente Figueiredo que anistiou e permitiu a volta de inúmeras pessoas exiladas que estavam fora do país, devemos observar o desenvolvimento de um combativo e organizado movimento sindicalista, bem como a volta do pluralismo e das eleições direitas para o cargo de Governador em 1982, eleições fruto da Emenda Constitucional nº 15/80 (FERNANDES, 2012).

Entre 1983 e 1984, o país mobilizou-se na campanha pelas "Diretas Já", surge o movimento, "Diretas Já", que produziu intensa mobilização nacional em grandes comícios pelo país explicitando a cara de uma sociedade civil que clamava por mudanças, pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito, além de se clamar por eleições para presidente da República; mas a eleição foi pelo colégio eleitoral<sup>20</sup>.

## 1.2. Reinventando o Estado Democrático brasileiro

Em 1988, a nova Constituição foi promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte, decorrente de representantes do povo. A Constituição de 1988 está centrada como conseqüência da noção de Constituição Programática. Busca-se um constitucionalismo do futuro, democraticamente, consolidando os chamados direitos humanos e incorporando em um constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e solidário. Por trata-se de solidariedade, a nova perspectiva de igualdade, sedimentada na solidariedade dos povos, na dignidade da pessoa humana e na justiça social.

---

<sup>20</sup> Em número de 479 Congressistas, a Emenda pela eleição direta para Presidente da República, necessitava de 320 votos para ser aprovada, mas alcançou somente 298 votos favoráveis. Então em eleição indireta Tancredo Neves obteve 480 votos contra 180 votos do candidato derrotado do PDS Paulo Maluf. Fato é que o Presidente eleito Tancredo Neves, por motivo de saúde não chegou a tomar posse e pouco tempo depois faleceu. Com isso o Vice-presidente eleito José Sarney, se torna Presidente e cumpriu a promessa de campanha enviando ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional prevendo instauração de uma nova Assembleia Constituinte no Brasil, promulgada a Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985, foi estabelecida a previsão de que os membros do Congresso Nacional reunir-se-iam unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, tendo sido finalizado em outubro de 1988. Nesse sentido, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a nova Constituição da República Federativa do Brasil, que é uma Constituição democrática e cidadã (FERNANDES, 2012, p. 270/274).

Fato é que a ideia de um Estado Democrático de Direito, perante a atual Constituição da República Federativa do Brasil, centra-se na essência da interpretação do conteúdo dos direitos fundamentais, de modo que os princípios e as regras devem comandar e nortear a atividade do Estado.

Com base nos ensinamentos de Bernardo Gonçalves Fernandes, a realidade do Estado Democrático de Direito seria a união de dois princípios fundamentais, o Estado de Direito<sup>21</sup> e o Estado Democrático<sup>22</sup>, mas a junção desses princípios formaliza-se novo conceito ao ser adicionado um ao outro. Sentido este de se equivar ao novo paradigma de Estado e de Direito, mas na realidade é muito mais que:

Um princípio configura-se num verdadeiro paradigma das práticas jurídicas contemporâneas, que vem representando, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Aqui a concepção de direito não limita a um mero formalismo como no primeiro paradigma, nem descamba para uma materialização totalizante como o segundo. A perspectiva assumida pelo direito caminha para a procedimentalização, e por isso mesmo, a ideia de democracia não é ideal, mas configurando-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade (FERNANDES, 2012, p. 285).

Vale ressaltar que podemos classificar os regimes democráticos em três espécies a seguir:

Democracia direta: é aquela em que o povo exerce, por si, os poderes governamentais, fazendo leis, administrando e julgando; constitui reminiscência histórica; Democracia indireta: chamada de democracia representativa é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da

---

<sup>21</sup> Estado de Direito: Em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto por particulares. Este sentido mais fraco de conceito corresponde, segundo a doutrina alemã de Rechtsstaat, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade, todavia em uma visão substantiva não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente ao conceito anglo-saxão e que se procurou incorporar à ideia latina contemporânea (BARROSO, 2013, p. 63).

<sup>22</sup> Estado Democrático: é a democracia considerada em uma dimensão predominantemente formal, que inclui a ideia de governo da maioria e de respeito aos direitos individuais, frequentemente referidos como liberdades públicas; como as liberdades de expressão, de associação e de locomoção, realizáveis mediante abstenção ou cumprimento de deveres negativos pelo Estado. Já a democracia em sentido material, dá alma ao Estado constitucional de direito, é mais do que governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as maiorias; raciais, religiosas, culturais, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que minoritários, como mulheres e, em muitos países, os pobres em geral. Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade. (BARROSO, 2013, p. 63/64).

densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente; Democracia semidireta: é, na verdade, democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo, institutos que, entre outros, integram a democracia participativa (SILVA, 2008, p. 136).

A Constituição de 1988 articula tanto o plano de democracia direta quanto da democracia indireta, decorrendo então a figura da democracia semidireta de evidência participativa. O processo de distinção entre democracia participativa e representativa, para Cardoso, é “fundada na estrutura institucional da manifestação da vontade, a teoria política contemporânea identifica dois modelos de democracia, distintos em razão do procedimento em que suas decisões são tomadas”. Segue afirmando que no modelo agregativo, “a democracia é vista como o somatório das opções e preferências pessoais da maioria, ocorre à pura e simples agregação de preferências pessoais na escolha de candidatos ou de políticas que melhor convenham aos atores sociais (CARDOSO, 2010, p. 271/272)”.

No entanto, a formação de decisões no modelo agregativo tanto tem lugar na democracia participativa quanto na democracia representativa, mas o processo político de escolha, numa ou noutra forma de exercício, privilegia os interesses particulares dos emittentes da vontade.

Com base na filosofia política do século XXI, podemos citar que:

O modelo deliberativo, diferentemente, privilegia a qualidade das decisões tomadas num Estado Democrático, dando especial ênfase à deliberação. É posto como uma forma de razão prática, merecendo especial relevo no processo a argumentação, tendo sempre em vista o alcance do bem comum. Observa Joshua Cohen que a deliberação almeja alcançar um consenso racionalmente motivado. Encontrar razões que sejam convincentes a todos aqueles comprometidos em atuar para a produção de resultados, decorrentes estes de um processo livre e racional de avaliação de alternativas entre iguais. A Democracia Deliberativa<sup>23</sup> passa a figurar como uma súbita mudança no enfoque com que um substancial número de autores passaram a analisar a

---

<sup>23</sup> Democracia Deliberativa: surge, nas duas últimas décadas do século XX, com alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduziam a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes. Em oposição a essas teorias agregativas e elitistas a democracia deliberativa repousa na compreensão de que o processo democrático não pode restringir à prerrogativa popular de eleger representantes. A experiência histórica demonstra que, assim concebida pode ser amesquinhada e manipulada. A democracia deve envolver além da escolha de representantes, também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. A troca de argumentos e contra-argumentos racionaliza e legítima a gestão da *res pública*. Se determinada proposta política logra superar a crítica fórmula pelos demais participantes da deliberação, pode ser considerada, pelo menos *prima facie*, legítima e racional. Mas para que essa função se realize, a deliberação deve se dar em um contexto aberto, livre e igualitário. Todos devem participar. A participação deve ocorrer livre de qualquer coerção física ou moral. Todos devem ter, de fato, iguais possibilidades para influenciar e persuadir. Esses pressupostos de uma deliberação justa e eficiente são institucionalizados através do estado de direito, que é entendido, portanto, como condição, requisito ou

democracia. Leciona Pablo Sanges Ghetti que deliberar é hesitar decidir imediatamente, e submeter-se radicalmente ao outro, a alteridade, e reconhecer o caráter assimétrico da política e os limites da racionalidade e o caráter efêmero de toda e qualquer decisão (CARDOSO, 2010, p. 272).

Com base nos ensinamentos de Henrique Cardoso, que a teoria democrática de Habermas é diferente do campo da filosofia política e relaciona seu conceito de Democracia Deliberativa a Teoria Discursiva do Direito<sup>24</sup>, a Ética do Discurso<sup>25</sup> e a Teoria do Agir Comunicativo<sup>26</sup>, apresentando sua proposta num quadro teórico bem demarcado de direito procedimental e de Estado, o que faz com que sua teoria seja preferível às demais. Habermas concentra-se na gênese e na legitimação do direito como decorrente de uma política legislativa que envolve negociações e formas de argumentação. Em sua sociologia reconstrutiva da democracia, apoia-se na premissa de que o modo de operar de um sistema político, constituído pelo Estado de direito, não pode ser descrito adequadamente, nem mesmo em nível empírico, quando não leva em conta a dimensão de validade do direito e a força legitimadora da gênese democrática do direito (CARDOSO, 2010).

Como resultado desta concepção elementar procedimental da democracia deliberativa afigura-se na resposta de que se valoriza a vontade popular e a liberdade pessoal, na medida em que o exercício de uma e outra reflitam ou expressem a autonomia das pessoas, entendendo-se autonomia como autodeterminação, isto é, a disposição de capacidade de determinar os rumos da própria vida privada ou pública por meio da deliberação. Isto reside no fato de não reduzi-la a uma mera democracia

---

pressuposto da democracia. De fato não há verdadeira democracia sem respeito aos direitos fundamentais (...). (SOUZA NETO, *apud* FERNANDES, 2012, p. 289).

<sup>24</sup> Teoria discursiva do Direito: Concerne na teoria do discurso, constitui o amago do processo democrático, assimila elementos da teoria liberal, Estado como protetor de uma sociedade econômica, e da teoria republicana, comunidade ética institucionalizada na forma de Estado, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Acrescenta Cardoso que os princípios do Estado de direito como uma resposta coerente a pergunta acerca do modo de institucionalização das formas pretensivas de comunicação de uma formação democrática da opinião e da vontade (CARDOSO, 2010, p. 278).

<sup>25</sup> Ética do discurso: É uma ética cognitivista, em que há uma substituição da noção de que a conduta correta e a do “eu” universalizável, para a noção de Discurso, de alteridade, onde são válidas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais. A Ética do Discurso fornece elementos que possibilitam uma argumentação pautada por critérios de verdade, sinceridade correção normativa. Lastreados na Ética do Discurso, na proposta de condições procedimentais que possibilitem o alcance de soluções corretas. (CARDOSO, 2010).

<sup>26</sup> Teoria do Agir Comunicativo: proposta por Habermas e adotada por Alexy, preocupa-se em identificar e propor modelos de fala que produzam resultados mais justos, que promovam o bem comum de todos os envolvidos no processo de fala, e que sejam pautados pelo critério da correção normativa. Para tanto propõe Habermas uma modalidade de coordenação do processo de comunicação - atos ilocucionários orientados ao acordo num agir comunicativo forte. (CARDOSO, 2010, p. 138).

procedimentalista moderada, que se encontra temperada por alguns direitos correlatos ao exercício da democracia, tendo em vista que a democracia deliberativa convive bem com a existência de direitos tanto individuais como coletivos. (TAVARES e BUCK, 2007).

A partir dessa reflexão, podemos dizer que a democracia deliberativa centra-se na figura do discurso, daí então, a importância que se dá a esse elemento ao explicarmos seis motivos a seguir:

a) revela informações privadas; b) enfraquece ou supera o impacto da racionalidade tolhida; c) encoraja um modo particular de justificar certas demandas e exigências; d) ajuda a tomar a última decisão mais legítima aos olhos do grupo, de forma a aumentar a solidariedade entre estes ou a facilitar a implementação dessa decisão; e) melhora a qualidade moral e intelectual dos participantes; f) produz a coisa certa, independentemente das consequências da discussão. (TAVARES e BUCK, 2007, p. 172).

Podemos compreender com base nos ensinamentos de Fearon (1998) *apud* Tavares e Buck, que da leitura desse rol percebe-se a existência de uma série de fatores que auxiliam o coletivo que chancela a legitimidade da decisão ao permitir que se alcance de forma mais racional, a extravasar a racionalidade limitada de cada indivíduo desta forma “os confrontos com problemas complexos, os indivíduos podem querer reunir suas capacidades limitadas por meio do discurso e dessa forma faz aumentar as chances de realizarem uma boa escolha (TAVARES E BUCK, 2007, p. 172)”.

Coaduna-se de forma cautelosa Tavares e Buck, que a democracia deliberativa é reputada favorável ao desenvolvimento moral e intelectual do indivíduo uma vez que, “ao envolvê-lo na tomada de decisões, força-o a desenvolver habilidades próprias para tal atividade, aparelhando-o para tomar decisões através da retórica, articulação e maior racionalidade para refletir sobre o assunto (TAVARES E BUCK, 2007, p. 172/173)”.

No entanto, o Estado Constitucional brasileiro defende uma democracia procedimental na defesa dos Direitos Fundamentais, consubstanciando nos objetivos de igualdade por via dos direitos sociais, da universalização da participação popular em conformidade com as prestações sociais, como no caso da seguridade, saúde, previdência e assistência sociais, educação e cultural fundamentada na proteção da dignidade da pessoa humana.

## **2. VÍNCULO JURÍDICO PERANTE O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE**

Devido a grande intimidade entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do vínculo jurídico que corresponde à tutela da solidariedade<sup>27</sup> entre os membros da sociedade, esta ligação de sentimentos guiada pela autodeterminação empenhada e apoiada na ajuda de caráter ético e moral, com interesses objetivos e relevantes entre todos que se relacionam.

Com base nessas considerações, o objetivo do que queremos é tratar dos Direitos Fundamentais à luz do conceito e dos efeitos das políticas de solidariedade, especialmente de solidariedade social e jurídica sob as diversas formas ou significados conforme o ramo do conhecimento.

Assim sendo, André Jean Arnaud aborda o termo solidariedade dentro do que se está tratando:

Em ética, solidariedade é o sentimento de grupo, que impõe simpatia mútua e disposição para combater e lutar uns pelos outros; em teoria do direito privado, categoria específica de relações de obrigação, caracterizada pela unidade/integridade do vínculo obrigatório e a pluralidade dos sujeitos; e, em Sociologia, o consenso entre unidades semelhantes que somente pode ser assegurado através da cooperação que deriva necessariamente da divisão do trabalho, ou característica das relações sociais onde a ação de cada um dos participantes implica todos os outros (ARNAUD, 1999, p. 766).

Vale ressaltar que ao construirmos a ideia de solidariedade como direito fundamental, primordialmente devemos analisá-la sob a ótica da ética, da teoria política e da origem da solidariedade social que na verdade não se pode falar apenas na esfera do indivíduo, mas do ser humano tomado em suas relações com o outro.

## 2.1. Evolução histórica do princípio da solidariedade

As peculiaridades do princípio da solidariedade consistem na utilização do instrumento constitucional, considerando-se a necessidade de limitação ao arbítrio do poder estatal, tendo em vista que o sistema consistia com o desenvolvimento da evolução do Direito. Razão pela qual, o cunho religioso era manifestado pela vontade dos Deuses, o temor religioso ou mágico, sobretudo em relação com o culto dos antepassados, cumpridores das normas, e com certas instituições de fundo mágico ou religioso. Devido à forma contraditória do homem e do mundo com relação a prática de

---

<sup>27</sup> Solidariedade: Qualidade do que é solidário reciprocidade de obrigações e interesses. Disponível em << [http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal= Solidariedade](http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=Solidariedade)>>. Acesso em 10 de setembro de 2014.

magias nutrida pelos *totens* e *tabus* em caráter expiatório, assumindo as mais variadas formas de proibição, aproximação ou contato com algo considerado sagrado ou objeto proibido por temor de castigo divino ou sobrenatural, como um lugar, animal, vegetal ou qualquer símbolo de uma coletividade. Em virtude do caráter sagrado, no entanto, quem violava as normas divinas era considerado culpado ou o seu grupo era castigado, medida pela qual a repressão era a satisfação dos Deuses.

Nader ressalta que:

As crenças religiosas formulavam as explicações necessárias. Segundo o pensamento da época, Deus não só acompanhava os acontecimentos terrestres, mas neles interferia, por sua vontade e determinações ocorreriam fenômenos que afirmavam os interesses humanos. Diante das tragédias, viam-se os castigos divinos; com a fartura, via-se o prêmio. (NADER 2008, p.23).

Perante o crescimento dos povos, após a vingança divina surge a vingança privada, consistente a uma reação natural e instintiva, decorrendo de um aumento populacional levando a humanidade a distinguir o fato natural em relação ao fato social, mantendo laço afetivo com a comunidade a que pertence. O homem se sentia desprotegido quando estava fora da sua comunidade por causa da suposição de que a força dos Deuses e da magia poderiam lhe atingir facilmente, daí a nítida relação entre a vingança divina e a vingança privada, em decorrência de que a lei do mais forte se sobrepuja a do mais fraco (GALVÃO, 2009).

Com o surgimento das antigas civilizações, nesse sentido, Marimélia Martins, registra que: “O Estado avoca o *jus puniendi*, o poder-dever de manter a ordem, a segurança social, a divisão social do trabalho, responsável pela estrutura socioeconômica e administrativa” (MARTINS, 2008, p. 16).

O exercício da justiça consistia na aplicação de regulamentos e regras, com finalidade jurídica, social e filosófica, no sentido de alcançar a justiça, a verdade e a ordem. Os povos da Antiguidade nos dão uma visão clara de que o foco central do poder estava nas mãos dos governantes que o recebiam dos Deuses.

As rígidas estruturas medievais o constituíam entrave aos interesses da burguesia firma-se uma nova tendência, o capitalismo comercial, ressurgindo o comércio na Europa e a exploração comercial do Novo Mundo, fatos constitutivos da Idade Moderna, percebendo-se elementos caracterizadores como a cultura burguesa, individualista em relação ao indivíduo e a Igreja. A pobreza era vista como destino, o

amor cristão ao próximo era considerado como obrigações de *status* ou pertencimentos às corporações que determinavam as formas de auxílio e ajuda a serem praticados em tempo de necessidade. “O Estado absolutista não praticava nenhuma forma de solidariedade, mas de paternalismo de sorte<sup>28</sup> ou despotismo benevolente<sup>29</sup> (WESTPHAL, 2008, p. 48)”.

O espírito de competitividade tomou posse de aspectos da vida cotidiana que passou a ser regra de acesso para que os indivíduos conquistassem espaços considerados importantes na sociedade, fazendo com que fossem realçadas as diferenças entre os seres humanos tais como culturais, educacionais e sociais, conseqüentemente surgem vários e diferentes grupos enfraquecidos pelas lutas em virtude das políticas públicas.

Assevera Dallari, que:

O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início alguns inegáveis benefícios; houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as técnicas de poder, surgindo e impondo-se a ideia do poder legal em lugar do poder pessoal. (DALLARI, 2000, p. 277).

No século XVIII, em face da Revolução Industrial, grandes transformações aconteceram nos Estados Unidos e na Europa, com o crescimento do capitalismo devido aos investimentos industriais que acabam influenciando no poder político face sua hegemonia. Disso decorre a exploração da força do trabalho do operariado pelos capitalistas, fazendo com que houvesse o aumento da pobreza em nível inimaginável, surgindo o fenômeno da concentração de riqueza.

Coaduna-se com essas reflexões Paul Singer, ao afirmar que:

---

<sup>28</sup> Paternalismo de sorte: ocorre quando uma pessoa decide por outra, colocando limites à autonomia individual daquela. Geralmente, o objetivo explícito é ajudá-la. A intenção é louvável, resta saber se esta ajuda é a mais adequada. A nossa sociedade culturalmente, desde cedo, a realiza e a felicita através do prêmio sem esforço. Em grandes programas que premiam pessoas pobres, o paternalismo se configura, então, como uma relação emocional, autoritária, hipnótica, que guarda uma armadilha ou um pacto oculto. Disponível em: < [http://www.rh.com.br/Portal/Geral/Blog\\_Alberto\\_Ruggiero/5459/o-estilo-primordial-do-lider-brasileiro-e-o-paternalismo.html](http://www.rh.com.br/Portal/Geral/Blog_Alberto_Ruggiero/5459/o-estilo-primordial-do-lider-brasileiro-e-o-paternalismo.html)>. Acesso em: 17 de janeiro de 2015.

<sup>29</sup> Despotismo benevolente ou despotismo esclarecido é um conceito político que surgiu no século XVIII, que faz parte das monarquias absolutas e pertence aos sistemas de governo do Antigo Regime Europa, inclui as ideias filosóficas do Iluminismo, segundo o qual as decisões humanas são guiadas pela razão. Os monarcas desta doutrina contribuíram para o enriquecimento da cultura de seus países e adotaram um discurso paternalista, aqueles que praticam, são chamados de ditador benevolente. Disponível em: < [http://es.wikipedia.org/wiki/Despotismo\\_benevolente](http://es.wikipedia.org/wiki/Despotismo_benevolente)>. Acesso em: 17 de janeiro de 2015.

Tudo isso explica porque o capitalismo produz desigualdade crescente, verdadeira polarização entre ganhadores e perdedores. Enquanto os primeiros acumulam capitais, galgam posições e avançam nas carreiras, os últimos acumulam dívidas pelas quais devem pagar juros cada vez maiores, são despedidos ou ficam desempregados até que se tornam inempregáveis, o que significa que as derrotas os marcam tanto que ninguém mais quer empregá-los. Vantagens e desvantagens são legadas de pais para filhos e para netos. Os descendentes dos que acumularam capitais ou prestígio profissional, artístico, etc. entram na competição econômica com nítida vantagem em relação aos descendentes dos que se arruinaram, empobreceram e foram socialmente excluídos. O que acaba produzindo sociedades profundamente desiguais (SINGER, 2002, p. 08/09).

Salientamos o surgimento de novos modos de pensar sobre a sociedade baseados em um ideal de solidariedade, imputando-a como uma alternativa de inclusão frente ao atual sistema competitivo, uma vez que possui como mola mestra a promoção da dignidade da pessoa humana, valorizando o trabalho do homem, sua dignidade e liberdade, visando à concessão de oportunidades para todos.

Com base na perspectiva de se esclarecer um conceito solidariedade, nasce à ligação de dois conceitos: um advindo da ideia de comunidade e outro de solidarismo como bem conceitua Paulo Bezerra:

Sendo ideal a comunidade, podemos dizer que advém dos estudos de Tönnies, que distingue sociedade, através dos termos *Gemeinschaft*<sup>30</sup> e *Gesellschaft*<sup>31</sup>, no final do século XIX, que criou uma estrutura tipológica da ideia de comunidade, na qual sistematizou a noção de comunidade esboçada no início do referido século, tanto pelos conservadores como pelos revolucionários recolocando-a como critério de oposição entre modernização e tradição, apesar de afirmar que comunidade faz parte da sociedade. Entende que comunidade, não é variável ou um espaço, mas uma realidade e a causa para outros fenômenos, e tal ideia permeia as reflexões sociológicas desde seus fundadores até hoje, associada a diferentes fenômenos e objetivada em diversas oposições. É assim no seio das comunidades, que as ações de solidariedade se produzem como fator de sinergia dos interesses comuns (BEZERRA, 2007, p. 517).

Diante dessas reflexões, há de se compreender, a seguir a distinção que se faz necessário entre solidariedade primária<sup>32</sup> e solidariedade social<sup>33</sup>, pois tanto uma como a

---

<sup>30</sup> *Gemeinschaft*: (comunidade) vínculo de sangue, lugar, e espírito ou parentesco, vizinhança e amizade, sendo o sangue elemento de construção, o trabalho e a crença comum, a sua base de construção. Portanto, os sentimentos nobres, como o amor, a lealdade, a honra, a amizade, são emoções de *Gemeinschaft* (BEZERRA, 2007, p. 517).

<sup>31</sup> *Gesellschaft*: (sociedade) nada tem de positivo do ponto de vista moral. Nela os homens estão vinculados, mas divididos. Ela aparece na atividade aquisitiva e na ciência racional, e sua base é o mercado, troca e dinheiro (BEZERRA, 2007, p. 517).

<sup>32</sup> Solidariedade primária: são configurações de relações que correspondem ao nível primário de apropriação social do mundo e de constituição de identidades que incluem redes de parentesco, co-residência, comensalidade e vizinhança, acionáveis em situação de necessidade, para se apoiar

outra se desenvolvem mais no seio das comunidades do que na sociedade como um todo.

Zoll (2000) *apud* Vera Westphal, analisa a solidariedade tanto à base quanto a prática da política social ao esclarecer que “a prática do cuidado aos pobres é caridade, benevolência, incluindo diferenças hierárquicas entre doador e receptor. Enquanto a solidariedade constitui base da política social”, já que caridade e benevolência não desembocam no reconhecimento de direitos estatais, desta forma solidariedade tornou-se um conjunto de objetivos fundamentais em relação à coletividade (WESRPHAL, 2008, p. 48).

## 2.2. Solidariedade no plano jurídico

A noção de solidariedade foi uma construção atribuída aos estudos representados por Leon Duguit<sup>34</sup>, Maurice Hauriou<sup>35</sup> e Georges Gurvitch<sup>36</sup>, tendo em

---

materialmente ou moralmente aqueles que são reconhecidos como membros das redes (BEZERRA, 2007 p. 517).

<sup>33</sup> Solidariedade social: nada mais é do que o vínculo social ou independência dos homens na vida em sociedade (BEZERRA, 2007, p. 518).

<sup>34</sup> Leon Duguit: Jurista francês especialista em direito público diplomou-se pela Faculdade de Direito de Bordéus, onde também obteve o título de Doutor. É responsável por influenciar significativamente a teoria do Direito Público. Seu trabalho jurídico caracteriza-se por uma crítica das teorias então existentes do Direito e pelo estabelecimento da noção de serviço público como fundamento do Estado e seu limite. Vê os seres humanos como animais sociais dotados de um senso universal ou instinto de solidariedade e interdependência. Deste senso vem o reconhecimento de respeito a certas regras de conduta essenciais para uma vida em sociedade. Desta forma, as regras jurídicas são constituídas por normas que se impõem naturalmente e igualmente a todos. Sobreleva-se a governantes e governados o dever de se absterem de qualquer ato incompatível com a solidariedade social. A existência da sociedade é um fato primitivo e humano, e não, portanto, produto da vontade humana. Compreende que anseios não podem ser satisfeitos se não pela vida em comunidade. Mas, o homem procura sempre dirigir a sua solidariedade para os membros de um grupo determinado, primeiramente porque têm necessidades comuns e, em segundo lugar porque têm anseios e aptidões diferentes cuja satisfação efetiva-se pela troca de serviços recíprocos, relacionados exatamente ao emprego de suas aptidões. Os homens tornam-se diferentes por suas aptidões; daí os laços de solidariedade. O direito fundado na solidariedade social, uma regra de conduta que impõe ao homem social a não praticar nada que possa atentar contra a sua solidariedade social sob qualquer das formas e, por isso, realizar toda atividade propícia a desenvolvê-la organicamente. A tendência e o potencial, em cada um, são diferentes e por isso mesmo devem cooperar de maneira diferente na solidariedade social. Dessa forma, o Estado não é um poder soberano, mas apenas uma instituição que cresce da necessidade de organização social da humanidade. Os conceitos de soberania e direito subjetivo são substituídos pelos de serviço público e função social, e que a ciência do direito deve ser puramente positiva, rejeitando a ideia de direito natural, juízos axiológicos, e quaisquer outras concepções metafísicas (como os conceitos de soberania do Estado e de pessoa moral). Assim o direito, para Duguit, encontra seu verdadeiro fundamento num substrato social, representado pela solidariedade e interdependência entre pessoas, ou seja, pela consciência inerente a todo indivíduo das relações que o ligam a seus semelhantes. A função social do direito é, portanto, a realização dessa solidariedade. Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9on\\_Duguit](http://pt.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9on_Duguit). Acesso em 15 de janeiro de 2015.

<sup>35</sup> Maurice Hauriou: Professor de direito em Toulouse (1883-1929). Fez coincidir as funções da decisão, da deliberação e do consentimento com os poderes executivo, legislativo e de sufrágio. O instituto de

vista que constroem diferentes caminhos. A ideia de solidariedade para Duguit é no sentido de estabelecer norma de direito objetivo; para Hauriou a solidariedade forma-se da noção de instituição de organismo-representativo; já para Gurvitch a solidariedade desenvolve-se pelo fato normativo sistematizado pela ideia do direito social. (CASABONA, 2007).

Entretanto, nos planos jurídicos e político assumem o papel de mediação entre valores pessoais e coletivos, com a finalidade de construir um direito de solidariedade pautado na moral e na lógica do individual e do coletivo, do fato e do direito e que esta construção não pode ser feita sem uma mediação político-jurídica. O fundamento do Estado Democrático de Direito, não apenas está ligado à democracia e ao direito de solidariedade, mas sim pelos seus destinos, que estão ligados, visto que a democracia não pode funcionar fora das garantias estabelecidas pelo direito da solidariedade.

O que se propõe por solidariedade, é um direito fundamental, que cria uma obrigação e dever para o Estado em contrapartida com a Sociedade Civil como um todo. Não só com políticas públicas e programas de ajuda, correspondente ao Programa Fome Zero, Bolsa Família entre outros programas instituídos no Brasil, mas sim com outras estratégias públicas e privadas, tais como: políticas de justiça social que busca

---

matriz orgânica considera o direito como manifestação normativa da instituição, que o fundamento jurídico e social está nas instituições, entendidas como organizações sociais, subsistentes e autónomas. Elas é que criam as regras do direito e não ao contrário, dado serem marcadas por três elementos (uma ideia de empresa; a organização de um poder que realizaria e concretizaria a ideia de empreendimento; e a produção de manifestações de comunhão entre os membros do grupo) e serem o resultado de três forças: a liberdade, o poder e a ideia: as instituições são fundadas graças ao poder, mas este deixa lugar a uma forma de consentimento; se a pressão que exerce não vai até à violência, o consentimento dado pelo sujeito é juridicamente válido, todos estão hoje de acordo que o laço social sendo naturais e necessários, os elementos de qualquer instituição corporativa é em número de três: Em primeiro a ideia de obra a realizar num grupo social; segundo o poder organizado posto ao serviço desta ideia para a sua realização; terceiro as manifestações de comunhão que se produzem no grupo social tendo em vista a ideia e a sua realização. Uma instituição é uma ideia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização desta ideia organiza-se um poder que lhe tenta encontrar órgãos; por outro lado entre os membros do grupo social interessado na realização da ideia, produzem-se manifestações de comunhão. Disponível em: < <http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/autores/franceses/hauriou.htm>>. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

<sup>36</sup> Georges Gurvitch: figura importante no desenvolvimento da Sociologia da lei. Insistiu que as leis não são regras ou decisões produzidas, interpretadas e aplicadas pelas agências do Estado, pois grupos e comunidades de vários tipos, sejam formais ou informalmente organizadas, produzem regulamento para si e para outros. Ele considerou que a legislação é um direito do ponto de vista sociológico, e que, o pluralismo jurídico é mais rigoroso e radical, ao localizar uma imensa variedade de tipos de leis em vários tipos de interações sociais que se distinguiram em seus escritos. Ele viu a necessidade de enfatizar a realidade e a importância da legislação social e dos direitos sociais, em oposição ao que chamou de direito individual. Sua carta de Direitos Sociais, elaborado no final da II Guerra Mundial, foi uma tentativa de afirmar um modelo jurídico de direitos sociais para um mundo pós-guerra onde a ideia dos direitos humanos era muito poderosa. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/Georges\\_Gurvitch](http://pt.wikipedia.org/wiki/Georges_Gurvitch)>. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

redistribuição de renda e igualdade a todos, consubstanciada na capacidade existencial, econômica e cultural como também na segurança social, ou seja, bem-estar social, na prestação de serviços públicos básicos e nos seguros sociais, assim com a assistência social para se garantir um mínimo de dignidade humana ao cidadão.

### 2.3. Solidariedade no plano político constitucional

A ordem jurídica constitucional estabelece íntima relação do princípio da solidariedade com os Direitos Humanos, em todas as suas dimensões, porque não se pensa mais em um Estado Democrático apartado da solidariedade humana, tendo em vista o encontro de múltiplas forças consubstanciado num caráter pluralista político social, baseado nas ideias de democracia participativa, soberania popular e bem comum, separação de poderes, tutela efetiva dos direitos fundamentais, em virtude de uma cidadania inclusiva.

Na defesa da democratização dos Direitos fundamentais o princípio da solidariedade conjuga-se com a globalização dos negócios privados com os públicos, influenciando reciprocamente sua atuação em entidades internacionais tornando-os supranacionais no plano econômico (FMI, OMC, etc.); no mercadológico (MERCOSUL, NAFTA, ALCA, etc.); no político (ONU, OEA, etc.); no cultural (UNESCO), culminando com a relativização da soberania dos Estados Nacionais por tratados de defesa de direitos humanos ou de constituição de comunidades supranacionais.

Diante dessa reflexão podemos dizer que se desenvolve uma crescente solidariedade no âmbito do Estado Nacional, mas também dos organismos internacionais e supranacionais; igualmente, se reflete na solidariedade interna e externa das nações atuais. Na verdade, o que se desenvolve é a solidariedade humana, cuja necessidade se tornou premente para preservar a humanidade contra atos que afetam a globalização, em valores que lhes são essenciais. Vale ressaltar que, valores humanos fundamentais se expressam nas condições da vida humana imprescindíveis à subsistência da humanidade, tais como: paz mundial, equilíbrio do meio ambiente, autodeterminação dos povos, desenvolvimento econômico social e cultural dos povos, patrimônio comum da humanidade e tantos outros. Tornaram-se hoje necessitados de proteção mediante a promoção da solidariedade e da dignidade humana.

## 2.4. Solidariedade perante o ordenamento jurídico brasileiro

A Constituição de 1988, considerada cidadã sendo então motivo de orgulho para a nação brasileira, é unida pela ideia da solidariedade. Assim podemos citar que a partir do seu preâmbulo<sup>37</sup>, mesmo não tendo caráter de norma jurídica, versa de um vetor importante de interpretação informador de toda a ordem jurídica ao consagrar princípios, valores e normas. Embora haja o emprego da palavra fraterna quanto aos valores supremos da sociedade, a Constituição logo em seguida se utiliza a expressão solidária manifestando que são palavras sinônimas.

No entanto, a solidariedade em decorrência do Estado Democrático de Direito podemos compreendê-la no sentido formal e material, conforme a distinção de Klaus Stern citado por Ferreira:

No sentido formal o Estado de Direito apresenta preocupação com a segurança jurídica, estipulando a estabilidade da coisa julgada, do ato jurídico perfeito ou prevendo a garantia da legalidade e da irretroatividade da lei, dentre outras medidas assecuratória, sendo chamado de Estado vigilante da ordem social. Através do sentido material, têm-se o Estado Democrático, pautado por matérias que revelam sua intenção na busca da justiça social, da diminuição das desigualdades regionais e sociais, da erradicação da pobreza e marginalização, bem como da construção de uma sociedade livre justa e solidária (FERREIRA, 2010, p. 04).

Por meio da solidariedade, referimo-nos ao Estado Democrático de Direito como um incentivador da justiça social, atinente à adoção de políticas cuja tendência é redistribuir renda e a propiciar liberdade, igualdade e oportunidade ao mesmo tempo, promover o bem de todos com a prestação de serviços básicos, como saúde, educação, segurança, sistema de seguridade e assistência social.

A carga valorativa da solidariedade é como um vetor de segmentos, capaz de apoiar a ideia de democratização e de garantia dos direitos fundamentais consubstanciando na proteção do ser humano na sua dignidade. Assim sendo, salientamos que o princípio da solidariedade é consagrado em todo texto constitucional, servindo de mecanismo de interpretação ou afirmação de outros princípios, relacionados

---

<sup>37</sup> “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.”

à democracia, liberdade, igualdade entre homens e mulheres, não discriminação, tolerância, justiça, baseados nos valores indivisíveis e universais da dignidade da humanidade.

Nesse sentido, a atual Constituição da República Federativa do Brasil de forma cristalina nos objetivos fundamentais destaca a fundamentalidade da norma em caráter essencial anunciando uma das finalidades do Estado Democrático de Direito, construir uma sociedade livre, justa e solidária, em seu artigo 3º inciso I, vinculando-o às relações humanas.

Observa José Afonso da Silva que:

(...) é a primeira vez que uma Constituição assinala especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2008, p. 105/106).

Considerando as afirmações de Douglas Yamashita (2005), que para se construir uma sociedade livre, justa e solidária, deve-se constituir e defender o princípio de Estado de Direito da Constituição de 1988, como um princípio de Direito Material ao explicitar como Estado Social a verdadeira norma de Direito Constitucional em prol da solidariedade. (CASABONA, 2007).

A eloquência da palavra construir, contida no artigo 3º, I da Constituição Federal de 1988, preconiza não o país, ou o Estado, ou organizações, mas “construir uma sociedade solidária, como a querer indicar que a solidariedade é inerente à sociedade e que é da sociedade que surge o Estado, que pode haver sociedade sem Estado, mas não pode haver Estado sem sociedade, porque é dela um produto (BEZERRA, 2007, p. 528)”.

Desta forma, o objetivo de se construir uma sociedade e que ela seja solidária. Somente assim, será justa como também livre, tendo em vista que liberdade, justiça e solidariedade seja a junção de um povo (BEZERRA, 2007).

A partir de então, podemos afirmar que o vínculo jurídico da sociedade contemporânea está ligado à análise de tendências dominadas pela legislação e pela aplicação do direito, aliando à solidariedade não apenas os poderes públicos, mas a sociedade e cada de seus membros individuais, pela existência social de cada componente da sociedade.

## CONCLUSÃO

Para o desenvolvimento da personalidade individual, é imprescindível o adimplemento os deveres inderrogáveis de solidariedade, que implicam em comportamentos interindividuais num contexto social.

O princípio jurídico da solidariedade resulta da superação do individualismo jurídico, que por sua vez é superação do modo de pensar e viver da sociedade a partir do predomínio dos interesses individuais, que marcou os primeiros séculos da modernidade, com reflexos até a atualidade. Na evolução dos direitos humanos, aos direitos individuais vieram concorrer os direitos sociais, no mundo contemporâneo.

No direito pátrio, após a Constituição Federal de 1988 a solidariedade foi inscrita com base na assistência moral e material, pautada nos ideais de justiça e democracia, inovando a proteção do ser humano, o qual passou a ter proteção especial à sua dignidade como também se vislumbra nela uma fonte da qual emanam direitos e obrigações. Sendo assim, inúmeras normas foram editadas a fim de combater discriminações nos mais variados setores da sociedade, de certa maneira ao afirmar a efetivação dos direitos fundamentais em uma sociedade estruturada apenas por lei não deve ser bem sucedida, haja vista o sentimento da própria ordem jurídica que a respalde, quando se garante objetivos constitucionais.

Vale ressaltar que, por essa razão, o princípio da solidariedade necessita ser efetivado em plena harmonia com os demais princípios constitucionais, balizando-se no sentido criativo e interpretativo para servir de justificação da noção de cidadania almejando a diminuição das desigualdades baseada na ideia de cooperação impondo uma aproximação inclusiva da humanidade. Ver a solidariedade não como um instrumento de verticalidade, com ar de superioridade, mas sim no quadrante inculpido na horizontalidade no mesmo plano sem as diferenças que nos separam.

Assim, é possível afirmar que quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desvestida de qualquer eficácia normativa. Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico, que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.

## REFERENCIAS

ALMEIA, Jeffeson. Absenteísmo estatal: uma visão dos direitos humanos de 1ª Dimensão. Disponível em: <http://policiamilitaredireitoshumanos.blogspot.com.br/2011/09/v-behaviorurldefaultvmlo.html>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2015.

AQUINO, Rubim dos Santos Leão. História das sociedades das comunidades primitivas às sociedades medievais. Rio de Janeiro. 1980.

ARNAUD, André Jean. Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito. Rio de Janeiro. Renovar. 1999

ARISTÓTELES. Política. 5. ed. Texto integral. Tradução de Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2001.

BARLETTA, Fabiana. Liberdade, igualdade e solidariedade como direitos fundamentais na democracia. Disponível em: <file:///C:/Users/Anderson/Downloads/306-1139-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4ª ed. São Paulo. Saraiva 2013.

BEZERRA, Paulo. Solidariedade um direito ou uma obrigação? CLEVE, Clemerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BOBBIO, N., MATTEUCCI N. PAQUINO. G. Dicionário de Política. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 13. Ed. Brasília: UNB.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo, sociedade. Para uma teoria geral da política. 10. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2003.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Teoria do estado e da constituição direito constitucional positivo. Ed. 14, ver. Atual e ampl. Belo horizonte: Del Rey, 2008.

CASABONA, Marciel Barreto. O princípio constitucional da solidariedade no direito de família. São Paulo. 2007. LEXML

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral de estado. 2ª edição atualizada. Editora Saraiva. 1998.

DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. Estado social e princípio da solidariedade Disponível em: <http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n3/2.pdf> Acesso em: 20 de novembro de 2014

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 4ª edição. 2012. Editora JusPodivm.

FERREIRA, Emanuel De Melo A EVOLUÇÃO DA SOLIDARIEDADE: DAS SOCIEDADES CLÁSSICAS À PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3021.pdf>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2015.

GARCIA, Heloíse Siqueira e GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Democracia e solidariedade: a solidariedade como instrumento de busca de uma sociedade democrática. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=13b84e27ae884ad0>. Acesso em: 22 de outubro de 2014.

JUNIOR, Carlos Henrique Carvalho Ferreira. Novo constitucionalismo: apresentação de um conceito político e jurídico. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b4681a619cf018ee>>. Acesso em 21 de dezembro de 2014.

MAESTRI FILHO, Mário. O escravismo antigo. São Paulo-Campinas, Atual-Unicamp, 1986.

MARTINS MARIMELI, Marimélia. Sistema ressocializador brasileiro segundo a percepção de alunos formandos dos cursos de direito e serviço social. Disponível em: <[http://portal2.unisul.br/content/navitacontent\\_/userFiles/File/cursos/cursos\\_graduacao/Direito\\_Tubarao/monografias/Marim\\_lia\\_Martins.pdf](http://portal2.unisul.br/content/navitacontent_/userFiles/File/cursos/cursos_graduacao/Direito_Tubarao/monografias/Marim_lia_Martins.pdf)> Acesso em: 25 de novembro de 2014.

MORAES, Guilherme Peña de. Direito constitucional: teoria da Constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo de direito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Manual de metodologia do trabalho científico: como fazer uma pesquisa de direito comparado. Aracaju. EVOCATI, 2009.

\_\_\_\_\_. Relações de Trabalho na sociedade contemporânea. Editora LTR. São Paulo. 2009.

PLATÃO. A república. Texto integral. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

PRESIDENCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 30 de junho de 2014.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 13ª edição revista aumentada e atualizada. 2ª triagem. São Paulo: Saraiva, 2011

ROSSO Paulo Sergio. SOLIDARIEDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/cejur/article/viewFile/16752/11139>>. Acesso em: 09 de dezembro de 2014.

SANTOS, Sergio Roberto Leal dos. Três momentos do estado de direito. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14935/tres-momentos-do-estado-de-direito/2#ixzz3NQnks48x>>. Acesso em: 25 de novembro de 2014.

SILVA. Cleber Demétrio Oliveira da. O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. Disponível em: <[http://www.rzoconsultoria.com.br/resources/multimedia/files/1164885118\\_Art20\\_PrincipioDaSolidariedade.pdf](http://www.rzoconsultoria.com.br/resources/multimedia/files/1164885118_Art20_PrincipioDaSolidariedade.pdf)> Acesso em: 22 de dezembro de 2014. SELLERS, Charles. Uma reavaliação da historia dos Estados Unidos. Rio de Janeiro. Zahar. 1990.

SILVA. José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 32ª edição, revista e atualizada até a Emenda constitucional nº 57. Malheiros editores. 2008.

SINGER, Paul. Introdução à economia solidária. 1ª ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. SILVA, Jose Afonso. Curso de direito constitucional Positivo. 32ª edição. São Paulo: Editora Medeiros. 2008

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos e BUCK, Pedro. Direitos fundamentais e democracia: complementaridade/contrariedade. CLEVE, Clemerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Direitos humanos e democracia. Rio de janeiro: Forense, 2007.

VICENTINO, Claudio. História geral. Edição atualizada e amplificada. São Paulo: Editora Scipiano. 2002.

WESTPHAL, Vera Herweg. Diferentes matizes da ideia de solidariedade. Revista Katábysis. Vol.11, número 1. Santa Catarina, enero-junior. 2008.