

2

DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1

ORIGEM HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A semente dos direitos fundamentais foi lançada em tempos muito longínquos. Afinal, o homem dotado de dignidade não é idéia nova, deitando raízes na tradição hebréia e greco-romana¹. Na antiguidade, textos legais afirmam uma noção básica de direitos humanos. O Código de Hamurabi (século XVII a.C) prevê uma série de direitos atribuídos a todos os homens, tais como a vida, a integridade física, a família, a propriedade e a honra². Outros códigos existiram na antiguidade, tais como os de Lipit-Istar, Bilalama e Ur-Namur³, atribuindo direitos a classes de homens e, por conseguinte, limitando poderes dos governantes. Vale registrar ainda as Leis de Eshnuna, no Oriente Médio, datadas de mais de 4000 anos, “que limitava os juros de dívidas no seu item 18; que fixava o salário mínimo de certas categorias de trabalhadores nos itens 7, 8 e 11; que regulamentava preços; que protegia a esposa que tivesse gerado filho, contra as arbitrariedades do marido” (Almeida, 1996, p. 44). O Código de Manu (séc. XIII a.C.), composto de doze livros, disciplinava a sociedade hindu e seu sistema rígido de castas, protegendo e regulamentado a propriedade, a vida, a integridade,

¹ “A civilização ocidental tem origem remota na Mesopotâmia e no Egito. Origem próxima, nos gregos e romanos antigos. A cultura greco-latina foi a raiz. Sobre as civilizações da antiguidade, especialmente da Mesopotâmia e do Egito, se erigiu a cultura greco-romana e esta, por sua vez, se constituiu em raiz fundamental da cultura ocidental. Essa raiz suportou outros elementos. A antiga cultura chinesa também se somou com elementos culturais importantes, ainda que tardiamente. Por sua parte, a cultura hebréia aportou as bases da religião cristã. E a islâmica, suas matemáticas. No resultado histórico, o tronco que hoje sustém e identifica a cultura ocidental como sistema é – na seqüência do seu crescimento – greco-latino-cristão” (Barros, 2003, p. 5).

² “O Código de Hamurabi (séc. XVII, a. C.) tem sua matéria distribuída em 282 parágrafos e contém matéria processual, penal, patrimonial, obrigacional e contratual, familiar, sucessória e regulamentar de profissões, preços e remuneração de serviços. Estipulava penas rigorosas para a calúnia, a difamação e a injúria, com o que se buscava a proteção da honra alheia. As penas para as lesões corporais e os homicídios eram extremamente severas, adotando-se o talião e a ordália, com o que se procurava proteger a integridade física e a vida das pessoas. As penas variavam segundo a categoria social do autor e da vítima e eram desiguais se as categorias de um ou de outro fossem diferentes. Puniam-se com a morte o furto, o roubo, o assalto, o seqüestro de pessoa, a calúnia e o falso testemunho” (Oliveira, 2000, p. 101).

³ Cf. Almeida, 1996, p. 44.

a família e a honra⁴. Os cinco primeiros livros bíblicos formam o Pentateuco, e neles contêm as leis de Moisés e de seus dez mandamentos, num conjunto de regras morais, sociais e religiosas que cumprem a função de organizar a vida política, religiosa, civil e penal do povo de Israel, protegendo e regulando a propriedade, a honra, a família, o trabalho, a vida e a integridade física⁵.

No entanto, é na transição da Idade Média para a Moderna que tais direitos ganham notoriedade e significação mais precisa. As novas condições sócio-econômicas e o poder político central e burocratizado da era moderna substituem o pluralismo jurídico e político da Era Medieval no contexto de surgimento do estado nacional, abrindo espaço para a constante necessidade de proteção da autonomia privada, a ser tutelada contra todos, nomeadamente contra o próprio estado.

Os direitos humanos surgem com a mudança de paradigma societário em direção ao individualismo que trouxe consigo, por seu turno, a reflexão sobre os limites do poder e inspirou a justificação contratualista de Estado, da separação dos poderes e dos direitos de participação política associados à liberdade, à propriedade e à segurança (Sampaio, 2004, p. 149).

São várias as matrizes que deram origem e afirmação aos direitos fundamentais⁶, destacando-se, dentre elas, a religiosa, a das garantias processuais e a da propriedade.

⁴ Cf. Oliveira, 2000, p. 102.

⁵ “Outra legislação expressiva da Antiguidade é a mosaica, assim conhecida por ser atribuída a Moisés (séc. XIII, a. C.) e reunida nos primeiros livros da Bíblia sob o título de *Pentateuco*, ao qual os judeus denominam *Tora*, ou *Lei*. Compõe um conjunto de regras morais, sociais e religiosas, de observação obrigatória para o povo de Israel. Como as demais daqueles tempos, tem como fundamento a vontade divina. As *Tábuas da Lei* ou *Decálogo* – assim denominado por encerrar os dez mandamentos fundamentais – Moisés os trouxe do Monte Sinai como um ditado de lavé, Deus Supremo. A legislação propriamente dita, pode dizer-se que principia com o *Decálogo*, que é uma súmula admirável de todo o Direito Judaico, para completar-se com o *Levítico*, o *Livro dos Números* e o *Deuteronômio* (palavra grega que significa *Segunda Lei*). Nesses cinco livros, se contém a legislação israelita, compreendendo a organização política, religiosa, civil e penal. Protegia-se a vida (‘Não matarás’), a propriedade (‘Não furtarás’), a honra (‘Não prestarás falso testemunho’), a família (‘Honrarás teu pai e tua mãe’; ‘Não cometerás adultério’; ‘Não cobiçarás a mulher do teu próximo’), instituiu o descanso semanal (‘No sétimo dia, descansarás’). Admitia a escravidão (3º e 10º mandamentos). Admitia a pena de morte para os homicidas dolosos, para os raptos, para os parricidas e para os que atentassem contra a integridade física dos pais (Ex. 21, 12-17)” (Oliveira, 2000, pp. 102-103).

⁶ “A ideologia dos direitos humanos reconhece múltiplas raízes e origem, sendo absurdo que tal ou qual jusnaturalismo reclame para si uma paternidade exclusiva. Sem dúvida esta ideologia é fruto de diferentes momentos históricos, apesar de sua configuração ou formulação contemporânea ser proveniente do século XVIII, de um momento de consciência humanista estimulado e instrumentado pela classe dos proprietários das máquinas que lutavam por um poder retido despoticamente por aqueles que se diziam seus titulares por ‘direito divino’” (Zaffaroni, 1991, p. 149).

O Cristianismo e o processo de afirmação da liberdade religiosa são elementos muito importantes no nascimento dos direitos humanos. O Cristianismo contribuiu para a afirmação dos direitos humanos à medida que inovou na noção de homem fundada na idéia moral de dignidade humana e da igualdade essencial dos homens por sua origem divina comum⁷.

O processo de afirmação da liberdade religiosa, circundado por muitas lutas e por derramamento de sangue, iniciou-se na Idade Média, nos conflitos entre o poder secular e o religioso, mas teve seu auge na Reforma Protestante, rompendo com o monopólio católico dominante durante toda a era medieval. O pluralismo religioso desencadeado, necessário para pôr fim aos conflitos religiosos, deu espaço à tolerância religiosa e fez da liberdade religiosa uma questão íntima da pessoa, ao mesmo tempo afastando o estado da interferência nessa seara e tornando-o o tutor dessa liberdade. A tolerância religiosa, por sua vez, projeta-se em outros cenários, como a liberdade de consciência, de opinião, de locomoção, de contratar, etc, tendo como fundamentação de cunho religioso o homem como ser sagrado e inviolável. O processo de “privatização de toda a religião”, convertendo-se em ‘assunto próprio do indivíduo’” (Sampaio, 2004, p. 143), contaminou outros valores, sob o fundamento central de que a esfera privada do homem é intangível, e o poder de interferência do estado nas liberdades é limitado.

Na segunda matriz citada, a das garantias processuais, relembre-se que a história da humanidade é marcada pela arbitrariedade dos agentes do estado, pela insegurança na indeterminação de penas, a sua aplicação de forma cruel, degradante, desproporcional e desumana, a vindita privada, etc. Os sistemas de direitos humanos afirmam-se na necessidade de humanização e racionalização da pena e na instituição de instrumentos de natureza processual que tutelem tais direitos e necessidades, a exemplo da Magna Carta de 1215, documento de grande importância na história dos direitos fundamentais, traduzindo-se em prerrogativas – ainda restritas a uma classe, os barões – oponíveis ao rei, e que viria a

⁷ Cf. Oliveira, 2000, p. 107.

influenciar, de modo decisivo, novas gerações de pensadores e políticos na afirmação dos direitos humanos⁸.

Quanto à última matriz citada, o desenvolvimento do sistema econômico capitalista marca a virada da Idade Média para a Moderna, e a propriedade privada é o elemento de dominação da classe burguesa então emergente. A propriedade da Idade Média ganha notoriedade na Era Moderna, com a concentração dos poderes do proprietário de usar, gozar, dispor e reivindicar de quem injustamente a detivesse, e se presta ainda, no plano social, como critério de aferição de mérito dos homens, sendo inadiável, nesse contexto, a criação de mecanismos legais de proteção contra a sua violação.

São várias as declarações de direitos que se sucederam ao longo da história determinando a limitação do poder do estado em benefício da proteção do indivíduo, seja afirmando as liberdades religiosas ou as garantias processuais, seja tutelando a propriedade. Na história inglesa, além da Magna Carta, várias vezes ratificada pela realeza ao longo dos séculos, atendendo-se à pressão da nobreza, é possível citar a *Petition of Rights* de 1628 que, além de proibir a prisão ilegal, trazia vastas restrições ao poder do estado de tributar a propriedade privada. O *Habeas Corpus Act*, de 1679, regulamentou o direito de petição contra a prisão ilegal. A *Bill of Rights* de 1689 representou uma série de limitações ao poder do

⁸ Preleciona José Adércio Leite Sampaio (2004), “a Inglaterra, à época, vivia sob o reinado de João Sem Terra, a descontentar a todos: exigia dos barões mais do que de costume, oprimia os pequenos senhores e cobrava pesadas contribuições dos comerciantes, além de abusar constantemente de seus poderes de guarda dos descendentes menores, das filhas e esposa de um barão morto, a exemplo do direito de explorar o seu patrimônio e de vender a guarda ou o próprio herdeiro e viúva para casamento. Constantes eram as intromissões nos assuntos internos da Igreja, criando, por isso mesmo, embates com o Papa, no tempo do King John, Inocência III. O descontentamento se agravou ao paroxismo com o aumento dos tributos destinados a financiar a guerra contra a França e com as prisões daqueles que se opuseram a tais medidas. Em janeiro de 1215, os barões reivindicaram uma carta de liberdades, aos moldes concedidos anteriormente por Henrique I, Stephen e Henrique II, como uma salvaguarda contra os atos arbitrários do Rei. O fracasso das negociações os levaram a se rebelar contra *King John*, tornando-o prisioneiro em maio seguinte. Finalmente, em 10 de junho, as partes chegaram a um acordo no campo de Runnymede, que resultou na Magna Carta, um documento oficial de concessões e reconhecimento de limites do poder real (...).

As garantias penais e processuais penais foram a grande marca antecipatória da Carta. Nela encontramos a determinação da proporcionalidade da pena à gravidade da transgressão (cap. 20) e da proteção jurídica e judicial dos cidadãos (“*To no one will we sell, to no one will we refuse or delay right or justice*” – cap. 40). Reconheciam-se, no capítulo 39, as garantias centrais do que viria a ser o luminoso e influente princípio do devido processo legal: ‘nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus direitos de posses, nem declarado fora-da-lei nem exilado ou de alguma forma molestado; nem nós usaremos a força contra ele, nem mandaremos outros fazê-lo, a não ser por meio de um julgamento legal por seus pares e pela lei da terra (*by the law of the land*)’, que completavam com regras de adequado procedimento, como as previstas nos capítulos 16 a 19, 34, 38, 52 a 5 (Sampaio, 2004, pp. 150-152).

estado. Além de criar o direito de petição e proscrever a aplicação de penas cruéis, fortaleceu o parlamento em diversos aspectos, com a proibição ao rei de suspender leis sem autorização do parlamento, instituindo liberdade de eleição dos membros do Legislativo, criando-lhes imunidades e obrigando à sua convocação freqüente. O *Act of Settlement*, de 1701, reafirma o princípio da legalidade, e prevê a responsabilização política de agentes públicos.

Nos Estados Unidos destacam-se outras importantes declarações de direitos. A *Declaração de Direitos de Virgínia*, de 1776, proclama o direito à vida, à propriedade e a várias liberdades, como a de imprensa e religiosa, afirmando ainda o princípio da legalidade, do devido processo legal e do juiz natural. A *Declaração de Independência* dos Estados Unidos da América, também de 1776, traz em seu bojo a limitação do poder do estado, influenciada pelos excessos da coroa britânica. A Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, dá os contornos políticos da nação americana, limitando o poder estatal, instituindo a separação de poderes e afirmando vários direitos fundamentais.

A Assembléia Nacional francesa, em 1789, promulga, na efervescência da Revolução Francesa, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, consagrando e arrolando vários direitos fundamentais, tais como a igualdade, a liberdade (incluindo a religiosa e de manifestação do pensamento), a propriedade, a segurança, a resistência à opressão, a associação política, o princípio da legalidade, que também se estendia à matéria penal – princípios da reserva legal e da anterioridade da lei penal. A Constituição Francesa de 1791 traz direitos fundamentais e limitações ao poder do estado. Em 1793, nova Constituição é promulgada, reafirmando os direitos da Declaração de 1789 e acrescentando outros mais.

Ao longo do século XIX, o constitucionalismo se espalha pelo mundo, sendo promulgadas várias constituições sob a inspiração central de declarar e proteger direitos limitando o poder estatal.

Sintetizando todo esse processo histórico, Raul Machado Horta (1983) registra:

A recepção dos direitos individuais no ordenamento jurídico pressupõe o percurso de longa trajetória, que mergulha suas raízes no pensamento e na arquitetura política do mundo helênico, trajetória que prosseguiu vacilante na

Roma imperial e republicana, para retomar seu vigor nas idéias que alimentaram o Cristianismo emergente, os teólogos medievais, o Protestantismo, o Renascimento e, afinal, corporificar-se na brilhante floração das idéias políticas e filosóficas das correntes do pensamento dos séculos XVII e XVIII. Nesse conjunto temos fontes espirituais e ideológicas da concepção, que afirma a precedência dos direitos individuais inatos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis do homem (pp. 147-148).

2.2

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da idealização dos direitos fundamentais – direitos do indivíduo contra o Estado – é possível identificar quatro etapas de sua evolução: positivação, generalização, internacionalização e especialização ou especificação⁹.

Sob um enfoque jusracionalista, a positivação dos direitos fundamentais representa a consagração dos ideais da filosofia política em textos jurídicos, conferindo certeza e segurança aos direitos declarados. As declarações de direitos acabaram por permear os sistemas jurídicos ocidentais, tendo especialmente nas constituições o seu *locus* privilegiado.

O reconhecimento da existência dos direitos fundamentais remonta aos séculos XVII e XVIII, com a vitória ideológica, política e jurídica do estado liberal, de que são exemplos documentais e concretos as declarações de direitos da Virgínia (1776) e da França (1789), e as Constituições Americana de 1787 e Francesas de 1791 e 1793. Exatamente ali, no eterno embate do pensamento político acerca do exercício do poder, o indivíduo/cidadão logra a vitória, cujo resultado imediato e principal é a transição da preponderância do estado na relação príncipe/súdito – que invocava a exigência do dever de obediência do segundo: *ex parte principis* – para a preponderância do cidadão na relação cidadão/estado de direito – com evidência do direito à resistência do primeiro: *ex parte populi* – surgindo do novo modelo os direitos públicos subjetivos do cidadão em face do estado, típicos do estado de direito.

Os direitos fundamentais positivados surgem, portanto, como efeito das diversas e inéditas transformações históricas que caracterizaram aquele contexto

⁹ Cf. Sampaio, 2004, p. 207.

social, tais como as tradições, as doutrinas e ideologias, a evolução do capitalismo, os costumes, os padrões éticos, religiosos, econômicos e culturais vigentes, as necessidades específicas do corpo social, tendo como pano de fundo a *limitação do poder estatal em benefício do indivíduo*, certo é que “La mayoría de estos derechos no fueron simplemente otorgados; ellos **fueron conquistados por medio de múltiples luchas llevadas adelante por las clases subordinadas y sectores discriminados**” (O’Donnell, 2000, p. 35).

À positivação sucede a generalização dos direitos fundamentais. Trata-se de fenômeno que representa a difusão dos direitos fundamentais, positivados em textos jurídicos, para outros estados, a partir daqueles estados que viveram sua positivação. Assim, dos Estados Unidos e da França, a positivação de direitos fundamentais se difunde para vários outros estados, sobretudo no continente europeu.

Já a internacionalização dos direitos humanos vai se afirmando gradativamente. Após a Primeira Guerra Mundial, “no tempo da Sociedade das Nações (...), já havia essa preocupação, mas será após a II Grande Guerra Mundial que, efetivamente, se sentirá, de modo intenso, a necessidade de se criarem mecanismos internacionais que garantissem estes Direitos Fundamentais em todos os Estados” (Magalhães, 2000, p. 6). Com efeito, é principalmente a partir da Segunda Guerra Mundial¹⁰ que ocorrerá a internacionalização dos direitos humanos, com um Direito Internacional dos Direitos Humanos, fundado no reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo, instituindo para os estados obrigações e responsabilidades em relação a todos os seres humanos, independente de sua nacionalidade. Sua mais ilustrada expressão é a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, da Organização das Nações Unidas. Como assevera Almir de Oliveira, a internacionalização é “decorrência de

¹⁰ “Embora certos movimentos sejam precedentemente encontrados, por exemplo, no Século XIX, a partir do Congresso de Viena, com vistas à abolição da escravatura; em 1864, com a Convenção para Melhoria da Condição dos Soldados em Campo de Batalha (Primeira Convenção de Genebra), documento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha para proteção das pessoas feridas e doentes no teatro de guerra; em 1878, com o Tratado de Berlim para defesa da liberdade religiosa e dos direitos das minorias étnicas nos Balcãs; ou entre 1899 e 1907, as Convenções de Haia destinadas a estabelecer normas de Direito Internacional Humanitário sobre o tratamento de civis, prisioneiros e feridos de guerra e, após o término da Primeira Grande Guerra, com o esforço da Sociedade das Nações em elaborar um estatuto de proteção das minorias étnicas, lingüísticas e religiosas, com a instituição à época da Organização Internacional do Trabalho, serão as atrocidades da Segunda Guerra que provocarão a profunda mudança de perspectiva” (Sampaio, 2004, p. 246).

demorado processo de intercâmbio entre os diversos povos, que resultou na consciência da necessidade de colaborarem todos em prol do respeito e da proteção a esses direitos” (Oliveira, 2000, p. 190). Não se trata mais da generalização desses direitos, fenômeno que se restringe ao âmbito interno de cada estado; a internacionalização pressupõe um sistema capaz de positivar, implantar e tutelar direitos humanos, mesmo contra a soberania estatal.

Também a internacionalização dos direitos humanos sofre um processo de generalização, sobretudo em âmbito regional, reunindo grupos de países sob o patrocínio de uma mesma causa, além de se afirmar em ordenamentos jurídicos nacionais¹¹.

À medida que evolui, o sistema de direitos humanos ganha diversidade sob o ponto de vista subjetivo e objetivo, do que surge a necessidade de sua *especificação* ou *especialização*. No enfoque subjetivo, o homem abstrato das primeiras declarações dá lugar ao pragmatismo dos titulares de direitos – mulheres, homossexuais, idosos, crianças, prisioneiros, minorias. Na perspectiva objetiva, surgem declarações sobre a discriminação, o sufrágio, direitos econômicos, culturais e sociais, paz, meio ambiente, biodiversidade, bioética, etc.

2.3

AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito não é estanque e imodificável. Nascido na comunidade para regular as relações sociais, o direito é mutável por natureza. E isso se aplica também aos direitos fundamentais.

A partir da necessidade de liberdade religiosa, de garantias processuais e como instrumento de proteção da propriedade, sempre voltados para a limitação do poder do estado em benefício do indivíduo, os direitos fundamentais vão se

¹¹ São exemplos: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948; Convenção Americana Sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José); Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos de 1950; Carta Social Européia de 1961; Carta Européia dos Direitos Fundamentais; Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981; Declaração Universal Islâmica de Direitos Humanos de 1981; Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã de 1990 e a Carta Árabe sobre Direitos Humanos de 1994.

modificando à medida que as conjunturas históricas também se modificam. O direito corre atrás dos fatos e vem para atender às necessidades de cada época histórica.

Desde sua gênese, o conteúdo dos direitos fundamentais vai sendo paulatinamente alterado, num processo muito complexo e nada linear. As profundas mudanças sociais, constatadas, sobretudo, a partir do século XVIII, alteraram substancialmente as necessidades e os interesses que afetaram a configuração dos direitos fundamentais. É de se registrar, portanto, o caráter histórico de todos os direitos, em especial, dos fundamentais, como fenômeno social que surge imediatamente relacionado aos valores e fatos da sociedade a qual é chamada a regular¹².

Essa alteração contínua dos direitos fundamentais chamou a atenção de T. H. Marshall, que,

analisando a história britânica já se havia dado conta de que a cidadania era uma expressão semanticamente insaciável, pois ampliava no tempo as suas reivindicações, primeiro requisitando direitos de sociedade civil, como a propriedade, a liberdade de expressão e contrato; para depois exigir seu reconhecimento como membro de um ‘corpo político’ por meio dos ‘direitos de autogoverno’ e, enfim, postular os ‘direitos da cidadania social’ (Sampaio, 2004, p. 260).

Os direitos de primeira geração, também denominados liberdades negativas ou individuais, se fundam na separação entre estado e sociedade, característica da ideologia liberal que vai cunhar o estado de direito liberal dos séculos XVIII e XIX. Trata-se de direitos civis, primeiramente, e depois políticos. Aqueles asseguram ao homem espaço de autonomia individual suficiente para o desenvolvimento de sua personalidade: liberdade de consciência, de contrato, de profissão, de locomoção, de crença, de expressão do pensamento e de imprensa, de associação, propriedade, vida e segurança expressa na proibição de arbitrariedades, devido processo legal, etc. Já os direitos políticos se referem à participação política ou liberdade política, cujo núcleo é o direito de sufrágio – votar e ser votado – do qual decorrem outras várias prerrogativas. Situados principalmente nos séculos XVIII e XIX, são direitos inseridos num determinado

¹² “Os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.” (Bobbio: 1992, p. 18).

contexto histórico, marcados pela necessidade de limitação do poder do estado em benefício do indivíduo. O movimento constitucionalista surgido nomeadamente no século XVIII é a marca do liberalismo, na crença de que

el gobierno y el estado deben ser limitados y constitucionalmente regulados ya que ambos existen para, y en nombre de, individuos portadores de derechos subjetivos sancionados y respaldados por el mismo sistema legal que el estado y el gobierno deben obedecer y del cual derivan su autoridad (O'Donnell, 2000, p. 33).

A segunda geração de direitos fundamentais é constituída de direitos sociais, econômicos e culturais, resultado da superação do individualismo liberal causada pelas transformações sócio-econômicas do séc. XIX e início do XX. Também aqui se constata mudanças históricas que vão implicar a modificação de valores, interesses e necessidades, causando, por conseguinte, a modificação do próprio direito. A maximização da desigualdade aliada à organização da classe trabalhadora e da proposta comunista culminada na Revolução Russa de 1918 acabam por evidenciar a necessidade de um reequilíbrio da liberdade com a igualdade, com a socialização dos direitos e de toda a legislação, na crença de que os direitos fundamentais são indivisíveis, e que somente com o efetivo acesso a direitos sociais que permitam um mínimo de bem-estar e o atendimento das necessidades básicas do ser humano é possível o gozo e fruição dos direitos civis e políticos¹³. Diversamente dos direitos de primeira geração, em regra exercidos individualmente, a promoção dos direitos de segunda geração depende do estado na concretização de serviços públicos, impondo, ainda, uma especialização subjetiva de forma a maximizar a proteção daquelas classes especialmente necessitadas e oprimidas – minorias em geral.

Na terceira geração de direitos fundamentais, estão os chamados direitos difusos *lato sensu*, tais como direito à paz, à autodeterminação dos povos, à justa distribuição de riquezas, à assistência humanitária, ao compartilhamento dos benefícios decorrentes de avanços científicos, ao desenvolvimento sustentável e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹³ “Nadie (...) puede disfrutar completamente ningún derecho que supuestamente posee si carece de los elementos esenciales para una vida razonablemente saludable y activa. Consecuentemente, sería inconsistente reconocer derechos referidos a la vida o a la integridad física cuando los medios necesarios para el disfrute y ejercicio de estos derechos son omitidos, porque el agente autónomo es aquel que no siempre está luchando por mantener las condiciones mínimas de una vida que valga la pena ser vivida” (O'Donnell, 2000, p. 59).

Já se fala, ainda, na quarta e quinta gerações de direitos fundamentais. José Alcebíades de Oliveria Júnior divide os direitos fundamentais em cinco gerações. A primeira, dos direitos civis e políticos, refere-se aos “direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão”; a segunda, dos direitos sociais, econômicos e culturais; a terceira, consistente nos “direitos meta-individuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade”, referindo-se não mais ao indivíduo, senão “à proteção de categorias ou grupos de pessoas”, podendo ser citados como exemplos o desenvolvimento, a paz, a autodeterminação dos povos, o meio ambiente sadio, a qualidade de vida, a proteção ao consumidor, entre outros; a quarta, relacionada com os direitos referentes “à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética”, estando na ordem do dia com questões como “aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgão, engenharia genética (‘clonagem’), contracepção e outros”; e a quinta, “direitos advindos das tecnologias de informação (*Internet*), do ciberespaço e da realidade virtual em geral” (Wolkmer, 2004, pp. 05-12).

Com efeito, são várias as “gerações” de direitos, com a inegável tendência de se alargarem para acompanhar a história e permitir a contínua proteção do ser humano na sua dignidade, atendendo aos sempre novos anseios, valores, interesses e necessidades de cada sociedade no seu contexto.

2.4

DO ESTADO ABSOLUTO AO ESTADO SOCIAL

A teoria contratualista, fincada basicamente nos séculos XVI a XVIII, está intimamente relacionada com a filosofia dos direitos naturais. Como elemento comum, a concepção individualista da sociedade – primeiro o indivíduo, depois a sociedade – dispensa a intermediação entre o indivíduo e o estado.

Para o contratualismo, o indivíduo existe antes da sociedade. Em seu estado de natureza, os homens viveriam sem poder e sem organização, e num estado latente de guerra. O *contrato social* consiste num pacto firmado pelos

homens, dando origem ao estado e à sociedade, e estabelecendo as regras da convivência social e da subordinação política.

Em seu estado de natureza, os homens vivem em guerra, sem qualquer proteção contra os abusos que possam incidir sobre si e seus bens. Sem um poder para conter os homens, o resultado é a insegurança e o medo. Daí surge a necessidade de um *contrato social*, no qual se estabeleçam as regras do convívio social, ou seja, as limitações impostas a quaisquer homens, em benefício de todos. É intransponível a necessidade de criação de um estado, suficientemente forte, para conferir efetividade ao contrato e proteger os homens contra os próprios homens. Hobbes, alertando que o homem é o lobo do homem, asseverava:

porque as leis de natureza (como a *justiça*, a *equidade*, a *modéstia*, a *piedade*, ou, em resumo, *fazer aos outros o que queremos que nos façam*) por si mesmas, na ausência do temor de algum poder capaz de levá-las a ser respeitadas, são contrárias a nossas paixões naturais, as quais nos fazem tender para a parcialidade, o orgulho, a vingança e coisas semelhantes. E os pactos sem a espada não passam de palavras, sem força para dar qualquer segurança a ninguém. Portanto, apesar das leis da natureza (que cada um respeita quando tem vontade de respeitá-las e quando pode fazê-lo com segurança), se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros¹⁴.

Para Hobbes, o estado é condição de existência da própria sociedade, pois essa nasce com o estado, a partir do contrato social. O estado existe para garantir que os homens vivam em paz, ao contrário da constante situação de guerra do estado de natureza. Por isso,

o poder do governante tem que ser *ilimitado*. Pois, se ele sofrer alguma limitação, (...) então quem irá julgar se ele está sendo ou não justo? Quem julgar terá também o poder de julgar se o príncipe continua príncipe ou não – e portanto será, ele que julga, a autoridade suprema. Não há alternativa: ou o poder é *absoluto*, ou continuamos na condição de guerra, entre poderes que se enfrentam (Ribeiro, 2004, p. 63).

Por sua vez, Locke argumenta que no estado de natureza os homens são livres e iguais, e que o indivíduo e a propriedade antecedem o estado e a sociedade. *Daí serem os direitos naturais invioláveis*. O *contrato social*, ou pacto de consentimento para a preservação da propriedade e da paz, conduz à passagem do estado de natureza para o estado civil. Embora o homem, no estado de natureza, seja livre e igual aos demais, é sempre ameaçado, vivendo atemorizado pela iminente perda da propriedade e liberdade para outros homens pouco

¹⁴ Trecho do Capítulo XVII da obra *Leviatã*, de Hobbes, extraído de Ribeiro, 2004, p. 61.

observadores da equidade e da justiça. A fruição da propriedade é insegura e arriscada, razão pela qual é necessário um poder forte para a proteção do indivíduo.

Sendo os homens, conforme acima dissemos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela¹⁵.

É muito difícil aceitar os argumentos do contratualismo enquanto teoria, quando cotejados com a realidade histórica. Trata-se de uma ficção, justificada pela necessidade de se legitimar, no plano teórico e prático, o estado absoluto que nascia.

Guilhermo O'Donnell (2000) define o estado da seguinte maneira:

Un conjunto de instituciones y relaciones sociales (casi todas ellas sancionadas y respaldadas por el sistema legal de esse estado) que normalmente penetran y controlan la población y el territorio que esse conjunto delimita geográficamente. Esas instituciones tienen como último recurso, para implementar las decisiones que toman, la supremacia que normalmente ejercen sobre el control de los medios de coerción en dicho territorio (p. 12).

O estado pode, assim, ser definido como uma forma de organização jurídica do poder, em que se destacam o poder soberano – supremo no plano interno –, poder político de comando destinado aos cidadãos reunidos num determinado território com o monopólio da edição do direito positivo e da legitimidade do uso da força física para aplicá-lo – e independente no plano internacional – consistente na igualdade dos estados, que não reconhecem poder superior ao seu¹⁶.

Numa acepção genérica, e sob o aspecto organizacional, o estado é definido por Charles Tilly (1996) “como aquelas organizações que aplicam coerção, distintas das famílias e dos grupos de parentesco e que em alguns aspectos exercem prioridade manifesta sobre todas as outras organizações dentro de extensos territórios” (p. 46). E sob esse aspecto – organizacional – os estados

¹⁵ Trecho extraído de LOCKE, John. *Two treatises of civil government*, London, Everyman's Library, 1966. Tradução de Cid Knipell Moreira, In: Weffort, 2004, p. 97.

¹⁶ Cf. Canotilho, 2003, pp. 89-90.

existem desde o ano 8000 a.C.. No entanto, é a partir de 990 d.C. que se inicia a formação do estado moderno, ou seja, dos sistemas estatais hoje predominantes¹⁷.

O estado moderno surge na Europa, gradualmente a partir de 990 d.C., num cenário de intensas e freqüentes guerras e de nascimento do sistema capitalista. As várias cidades existentes na Europa fomentavam um sistema capitalista em ascensão. Paralelamente, os reis e soberanos faziam da guerra a força propulsora da história europeia. A relação de “cooperação” entre cidades/capitalistas e estados/soberano foi extremamente conturbada, marcada por desconfianças recíprocas. No entanto, ela foi condição inexorável para a formação do estado nacional. As guerras que pautaram a história europeia de todo o milênio exigiam grande mobilização de recursos, tais como capital, homens, armas, alimentos, etc. Esses recursos eram retirados da população submetida à autoridade do estado, sobretudo das cidades e dos capitalistas. Assim, por um lado, a guerra exigia a constituição de uma burocracia especializada em guerrear, ou seja, a constituição de forças armadas, que fossem capazes de enfrentar os inimigos externos. Por outro lado, também eram exigidas estruturas estatais especializadas na tributação, vale dizer, na atividade de cobrar dos súditos as rendas necessárias ao custeio da máquina estatal. Entretanto, a classe burguesa que se formava resistia o quanto podia a essa interferência do soberano na atividade e vida dos súditos. Forma-se gradualmente, nesse contexto de composição de interesses, uma burocracia de complexidade inédita, que proporciona um nível intenso de organização interna dos estados e expande a dominação estatal sobre toda a população em vários aspectos.

A guerra e os preparativos da guerra levaram os governantes a extrair os meios de guerra daqueles que mantinham os recursos essenciais – homens, armas, provisões ou dinheiro para comprá-los – e que relutavam em cedê-los sem forte pressão ou compensação. Dentro dos limites estabelecidos pelas exigências e compensações dos outros estados, a extração e a luta pelos meios de guerra criaram as estruturas organizacionais centrais dos estados (Tilly, 1996, p. 112).

Sob a perspectiva burguesa, a formação do estado nacional beneficiava o sistema capitalista que emergia. As atividades do capital exigiam um ambiente de segurança para se desenvolver. Os estados nacionais propiciaram essa segurança à medida que passaram a monopolizar os meios de coerção, o que se deu não só com as guerras que permitiam a conquista de territórios e afastavam os inimigos,

¹⁷ Cf. Tilly, 1996, pp. 46-49.

mas também com o desarme da população civil. Os estados atuaram “como receptáculos e aplicadores dos meios de coerção, especialmente a força armada” (Tilly, 1996, p. 104). O *monopólio da coerção* pelo Estado exigia tributação, expansão das forças armadas e proibição do acesso à coerção por parte da população civil, o que também acabava por reduzir a capacidade dessa população de rebelar-se contra a dominação estatal. Assim, a burocracia, a intervenção e o controle que foram sendo implantados representavam o fortalecimento do estado nacional, que *monopolizava* o poder de tributar e o poder de coerção. Ao capitalismo garantia-se a segurança necessária para seus negócios comerciais e industriais, como uma retribuição pelo financiamento da máquina estatal.

Durante a maior parte do último milênio, as cidades e estados europeus estabeleceram uma série de *liaisons dangereuses*, questões de amor-ódio em que cada um se tornou ao mesmo tempo indispensável e intolerável ao outro. As cidades e seus capitalistas buscaram junto àqueles especialistas em coerção que percorriam os estados a indispensável proteção para sua atividade comercial e industrial, mas certamente temeram a interferência na sua aquisição de riqueza e o desvio dos recursos para a guerra, para os preparativos de guerra ou para o pagamento de guerras passadas. Os estados e os militares passaram a depender dos capitalistas baseados na cidade para assegurar os meios financeiros de recrutar e manter a força armada, embora se preocupassem particularmente com a resistência ao poder do estado engendrada pelas cidades, por seus interesses comerciais e por suas classes trabalhadoras. Na troca de proteção por acesso ao capital, as cidades e os estados encontraram as bases para incômodas negociações, mas até o século XIX tais negociações continuaram frágeis (Tilly, 1996, p. 113).

Com a expansão da dominação do estado, as necessidades da população e do sistema capitalista também aumentam, exigindo do estado a distribuição de justiça para a solução de controvérsias entre os súditos, além de infra-estrutura indispensável para o regular funcionamento do comércio. A expansão do estado é ainda constatada em vários outros setores, sobretudo a partir do século XIX.

Os estados europeus começaram a monitorar o conflito industrial e as condições de trabalho, a instalar e regulamentar sistemas nacionais de educação, a organizar a ajuda aos pobres e incapacitados, a construir e manter linhas de comunicação, a impor tarifas em benefícios das indústrias domésticas e dos milhares de outras atividades que no momento os europeus consideravam atributos do poder do estado. A esfera da ação do estado ampliou-se além de seu núcleo militar, e seus cidadãos passaram a exigir dele uma gama muito maior de proteção, aplicação de justiça, produção e distribuição (...). A vida homogeneizou-se dentro dos estados e heterogeneizou-se entre os estados. Os símbolos nacionais se cristalizaram, as línguas nacionais se padronizaram, os mercados nacionais de trabalho se organizaram (Tilly, 1996, p. 181).

Essa expansão tornava os indivíduos dependentes, como nunca, do estado, o que propiciou um ambiente de reconhecimento recíproco entre os indivíduos

que dividiam o mesmo território dominado pelo poder estatal. O *nacionalismo*, ou seja, a “mobilização da população de um estado já existente em torno de uma forte identificação com esse estado” (Tilly, 1996, p. 181) é, assim, o último estágio de formação do estado nacional.

Instituído o estado absoluto, evolução para o estado liberal ocorre à medida que crescem os interesses organizados, nomeadamente os da classe burguesa, o que se dá paralelamente à conscientização dos valores individuais, em contraposição ao poder absoluto do príncipe. A nova concepção de estado, do estado *liberal*, fundada na concepção individualista da sociedade, impõe limites às suas funções e ao exercício do poder. Seu fundamento é encontrado no contratualismo e no jusnaturalismo, na defesa de direitos do indivíduo precedentes à própria formação do grupo social, estatuídos por princípios naturais, abstratos e metafísicos, independentes da vontade humana. Assim, a limitação do poder é corolário do estado liberal, o que o diferencia do estado absoluto. E é a burguesia, por meio do poder legislativo, quem exerce o poder de decisão, estruturando-se o estado imprescindivelmente pela ordem jurídica. Ao estado liberal incumbe, a partir do *contrato social*, tão-somente a manutenção da paz no plano externo e da ordem interna, pela aplicação de um ordenamento jurídico exclusivamente repressivo, vedando-lhe a intervenção em todas as demais áreas sociais, o que vem ao encontro dos anseios da sociedade de mercado de então, marcada por ideais de livre concorrência, livre contratação (de salários, de condições de trabalho, etc), além de evidenciar a clara desconfiança contra o estado e a crença na possibilidade de a sociedade se auto-regular. Como afirma Ranieri (2001), “aí se encontram as bases do Estado mínimo, em respeito à autonomia social e à redução das funções estatais, asseguradas pelo Estado de direito e pelo princípio da liberdade do mercado, que se traduzem, em termos jurídicos, *no dogma do caráter subsidiário da intervenção estatal*” (p. 139).

A limitação dos poderes e funções do estado é dada pela lei, e o estado absoluto se transforma em estado de direito, através da crença no governo das leis, em detrimento do governo dos homens, e a máxima consagração desse ideal é a constitucionalização dos direitos naturais, bem como de instrumentos que impeçam o arbítrio no exercício do poder. O primado do direito é tão extremo, e tão rígida é a separação dos poderes, que a atividade do jurista e do juiz se

circunscreve à exegese e sistematização da lei, vedando ao intérprete qualquer consideração de ordem axiológica e limitando sua atividade a uma mera operação de subsunção do fato à norma.

No entanto, na efervescência do séc. XIX, provocada pela revolução industrial, pelos movimentos sociais e pelas transformações sócio-econômicas, modificando profundamente as bases em que se fundava a relação capital-trabalho, o estado é compelido a considerar a questão social e incorporar os valores éticos e sociais engendrados pelas novas circunstâncias históricas, e incumbe-se gradualmente das necessidades substanciais especialmente das classes menos favorecidas. Na implementação do estado liberal, se o liberalismo triunfou, a democracia foi esquecida. As constituições liberais e as primeiras declarações de direitos não fazem menção ao aspecto econômico e social, pois a pretensão quase exclusiva daquele sistema é a omissão do estado, garantidor tão-só da ordem pública interna e da soberania externa, na crença de que a livre concorrência promoverá o bem comum. Ocorre que, especialmente a partir da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e da Grande Depressão (1929), foi indispensável ao estado intervir intensamente na vida social para reequilibrar as forças que a compunham e para enfrentar o capitalismo desumano e escravizador que triunfou. Se ao estado liberal corresponderam os direitos de primeira geração – substancialmente os direitos civis e políticos – ao estado social, inaugurado constitucionalmente no México em 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, e consagrado por vários outros textos constitucionais, correspondem os direitos sociais, econômicos e culturais, de segunda geração. “É em matéria de Direitos do homem que essas Constituições de após 1918 são particularmente inovadoras. Sua principal contribuição é o alargamento do catálogo clássico: novos direitos sociais são reconhecidos, aparecem novas obrigações positivas do Estado” (Mirkine-guetzevitch, 1957, p. 169), impondo sua atuação positiva no sentido de promover e efetivar tais direitos. O estado assume a função de promover o bem-estar da população. À ordem jurídica atribui-se a função de promoção social, disciplinando, em benefício do bem-estar coletivo, a intervenção do poder público nas relações sociais.

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional e fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação,

intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode com justiça receber a denominação de Estado social (Bonavides, 1993, p. 182).

2.5

CONSTITUCIONALISMO

O movimento constitucionalista, com o paradigma da constituição tal como entendido a partir da modernidade, tem raízes históricas diversas, em diferentes tempos e espaços. Nesse sentido, não haveria um constitucionalismo, senão vários, tais como o inglês, o americano, o francês, etc, radicados em cada nação, mas com elementos que os tornam semelhantes, especialmente a partir da noção primordial de que o constitucionalismo é uma “técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”¹⁸. Trata-se, portanto, de uma teoria concebida para a garantia dos direitos do homem, instituindo, para tanto, limitações ao poder do estado.

O constitucionalismo surge a partir do século XVIII, em movimentos político-sociais que pretenderam contestar a ordem político-social estabelecida desde a Idade Média e mantida pelo estado absoluto que se instituiu gradualmente a partir de 990 d.C.. Embora não se possa falar em um movimento constitucionalista definido no séc. XVIII, mas somente a partir do séc. XX, é naquele período que estão enraizadas as suas bases.

¹⁸ Canotilho (2003) define, mais especificamente, o constitucionalismo como “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo” (p. 51).

No plano histórico, a Reforma Protestante, o Iluminismo e a Revolução Francesa foram fundamentais para alicerçar o constitucionalismo, em prol do racionalismo e do princípio da subjetividade, fruto da concepção segundo a qual o homem é o centro do mundo.

A Reforma Protestante representa a ruptura da dominação da Igreja Católica, que fazia a intermediação entre o sujeito e a verdade. A secularização da sociedade incentiva o sentimento de individualismo, e demonstra ao homem a consciência de seu próprio espírito e de sua soberania no campo religioso.

Com o Iluminismo, a Razão substitui o caráter teológico do mundo. A partir de sua Razão, o homem pode conhecer o mundo e suas leis, *dominá-lo e conformá-lo às suas realidades e interesses*.

Descartes é o ponto de partida para o Iluminismo, corrente filosófica e cultural que vai tomar conta da Europa Ocidental. O Iluminismo é fundado no Racionalismo. Todas as coisas poderiam e deveriam ser explicadas através da razão. O poder estatal, exercido pelos reis e explicado pela vontade divina, passa a ser compreendido como força de vontade popular. O Direito Natural é completamente revisto. Na idade Média, este Direito Natural era visto como vinculado à vontade de Deus. A partir da Escola de Direito Natural de Grotius (1625) não é mais entendido desta forma. Os Direitos Naturais são produtos da razão (Magalhães, 2000, p. 20).

A Revolução Francesa, por sua vez, rompe historicamente com o Antigo Regime, afirmando o indivíduo pela universalização da Razão. Escreve na história o discurso do Iluminismo tornando realidade o estado e o mundo que a filosofia iluminista racionalmente concebeu.

Nesse contexto, e alicerçado na idéia de um documento escrito, o constitucionalismo buscava fundar e ordenar, de modo racional e sistemático, o poder político, legitimando-o, limitando-o e conformando-o às necessidades daquela época. Tratava de romper, a partir do racionalismo, com a cultura medieval e com o Antigo Regime, trazendo o homem para o centro do mundo. Nessa perspectiva, a constituição conteria, por um lado, os direitos e liberdades dos indivíduos, e por outro, a organização do poder, para a garantia dos direitos e liberdades declarados e para a limitação do poder estatal. A partir de um *contrato social*, contido na Constituição,

el gobierno y el estado deben ser limitados y constitucionalmente regulados ya que ambos existen para, y en nombre de individuos portadores de derechos subjetivos sancionados y respaldados por el mismo sistema legal que el estado y

el gobierno deben obedecer y del cual derivan su autoridad” (O’Donnell, 2000, p. 33).

A constituição moderna é “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (Canotilho, 2003, p. 52). No contexto da modernidade, o homem “descobriu” que poderia, sem qualquer vinculação ou subordinação com o poder divino, elaborar um projeto racional e construir a organização social por um pacto fundador, limitando o poder estatal – o que se fez também pela separação de poderes –, declarando e garantindo direitos fundamentais. O poder constituinte substitui Deus pela idéia de nação na legitimação da nova ordem constitucional. “O constitucionalismo veio a ser, então, o movimento ideológico e político para destruir o absolutismo monárquico e estabelecer normas jurídicas racionais, obrigatórias para governantes e governados” (Bastos, 1979, p. 11).

Na França, o que se pretendeu, a partir dos ideais jusnaturalistas, racionalistas e individualistas, foi a instituição de uma nova ordem de superação do *ancien régime* e dos privilégios estamentais que dele decorriam, em especial da dominação do poder político pela nobreza e clero. O individualismo conduzia à conclusão de que todos são livres e iguais em direitos, e que a ordem estabelecida pelo *ancien régime* violava os direitos naturais dos indivíduos. Trata-se de um movimento de absoluta ruptura, com a conseqüente instituição de um novo regime. Aqui se fazem presentes, com muita intensidade, as idéias contratualistas, pelas quais a nova ordem política é edificada pelos indivíduos por um contrato social. Surge a figura do poder constituinte, único capaz de criar a constituição e legitimar o estado e o exercício do poder.

Da mesma forma, o constitucionalismo americano se impôs num contexto de opressão, agora por parte da Inglaterra. A Constituição dos Estados Unidos da América de 1787 pretende impor limites ao poder, sobretudo ao poder parlamentar, em benefício dos direitos e garantias individuais, instituindo o estado a partir de uma constituição escrita superior à própria lei. Tratava-se de impor um governo limitado que respeitasse os direitos prescritos no texto constitucional.

É importante registrar a relação entre o constitucionalismo e a substituição do estado absoluto pelo estado liberal. Este substitui aquele sob o argumento de

que não se admitia o poder absoluto e os privilégios de classe. O poder deveria ser limitado em benefício do indivíduo. O constitucionalismo é, assim, um dos componentes dessa transformação, ou seja, um dos instrumentos pelos quais se concebe um poder político limitado pelo direito e conformado pela razão humana. O constitucionalismo é a expressão máxima da substituição do estado absoluto pelo estado liberal.