

THOMAS FLEINER-GERSTER
Professor da Universidade de Freiburg, Suíça,
é especialista em direito internacional, constitucional e administrativo.

TEORIA GERAL DO ESTADO

Martins Fontes Editora

São Paulo, 2006

CATALOGAÇÃO NA FONTE

Fleiner-Gerster, Thomas

Teoria geral do Estado / Thomas Fleiner-Gerster ; com a colaboração de Peter Hänni ; tradução Marlene Holzhausen ; revisão técnica Flávia Portella Puschel. - São Paulo : Martins Fontes, 2006. - (Justiça e direito)

Título original: Allgemeine Staatslehre.

Bibliografia.

ISBN 85-336-2274-0

1. Direito constitucional 2. O Estado I. Hänni, Peter. II. Título.

06-2974

CDU-342.2

SUMÁRIO

<i>Abreviações utilizadas</i>	XXI
<i>Prefácio à 2ª edição</i>	XXV
<i>Prefácio</i>	1
<i>Introdução</i>	
§ 1. Natureza e fim da teoria geral do Estado	9

PARTE I

O ESTADO UMA COMUNIDADE DE HOMENS

1. A origem da comunidade estatal	19
§ 2. Os homens e sua necessidade de formar comunidades	19
§ 3. Os estágios da evolução da comunidade estatal	29
a) A divisão do trabalho como condição de formação da comunidade estatal	31
b) Os estágios de desenvolvimento do Estado	35
1. Primeiros esboços de formação de uma comunidade no interior de uma população que vive da caça e da colheita; democracia anárquica	36
2. O surgimento de comunidades territoriais compostas de agricultores; o desenvolvimento do Estado tribal	37
3. A evolução de uma ordem econômica fundada na divisão do trabalho; o surgimento do Estado territorial moderno	40
4. O Estado na sociedade industrial complexa, o Estado organizado em partidos e o Estado legislador	45
5. A interdependência internacional e o declínio da autonomia dos Estados	50
2. A imagem do homem e do Estado: ponto de partida das teorias do Estado	53
§ 4. A influência da imagem do homem sobre as teorias do Estado	53
a) Guerra de todos contra todos (Th. Hobbes)	56
b) Alienação e retorno à harmonia paradisíaca (K.Marx)	58
c) O homem racional no direito natural do Iluminismo (T. Locke e E. Kant)	62
d) A imagem do homem na teologia cristã	65
§ 5. A imagem do Estado	68
a) O Estado como ser supremo	71
b) O Estado como encarnação do bem comum	74

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

§ 6. A legitimidade da dominação do Estado	80
3. O Estado e os direitos humanos	93
§ 7. A idéia dos direitos humanos	93
§ 8. A evolução histórica da idéia dos direitos humanos	96
a) A idéia fundamental da justiça na Antiguidade	99
b) O princípio da igualdade de tratamento entre os estóicos	100
c) A contribuição da imagem cristã do homem	101
d) A influência germânica	102
e) A gênese histórica da idéia da secularização do Estado	103
f) A idéia dos direitos irrenunciáveis	104
g) A importância da separação de poderes para os direitos fundamentais	105
h) A contribuição do direito racional do Iluminismo	106
i) Os direitos fundamentais no debate ideológico entre liberalismo e marxismo	109
j) Os direitos fundamentais sob o signo das decisões majoritárias na democracia	115
k) Resumo	116
§ 9. A evolução institucional dos direitos fundamentais	118
a) A história constitucional inglesa	121
b) A evolução para o Estado constitucional	124
c) A extensão da jurisdição constitucional	125
d) As garantias do direito internacional	127
§ 10. O conteúdo dos direitos fundamentais	132
a) Fim e significado dos direitos fundamentais	136
b) Direitos fundamentais, imagem de homem e concepção de Estado	137
c) Conteúdo dos diversos direitos fundamentais	140
1. Direitos fundamentais que têm por objeto a igualdade entre os homens	140
2. A integridade física do homem	142
3. Due Process e a idéia de Estado de direito	144
4. Direitos de liberdade de pensamento	148
5. Direitos de liberdade econômica	154
5.1. Garantia da propriedade	154
5.2. Propriedade e poder do Estado	157
5.3. Liberdade econômica e profissional	160
6. Direitos fundamentais sociais	163
d) Limitações dos direitos fundamentais	164
1. Quem está legitimado a limitar os direitos	

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

fundamentais?	164
2. Quais limites aos direitos fundamentais são admissíveis?	168

PARTE II
O ESTADO COMO UNIDADE JURÍDICA

1. Os elementos do Estado	179
§ 11. Significado do conceito de Estado	179
a) A evolução do conceito moderno de Estado	180
b) Povo, nação e Estado na Carta das Nações Unidas	183
c) O conceito de Estado na teoria geral do Estado	186
§ 12. O povo do Estado	189
a) A relação de tensão entre o Estado e seu povo	190
b) O sentimento comunitário como condição da formação de um povo	190
1. Comunidade tribal histórica	190
2. Comunidade guerreira e defensiva	191
3. Comunidade lingüística e cultural	192
4. Comunidade de destino (Schicksalsge- meinschaft)	192
c) A solidariedade como condição da comunidade estatal	192
d) Povo e contrato social	194
e) A posição dos estrangeiros	195
f) A posição das minorias étnicas ou raciais	196
g) Estado - Povo - Nação	197
§ 13. O território	201
a) A evolução do Estado territorial	202
1. O princípio de personalidade como fundamento original da dominação	202
2. A separação entre Imperium e Dominium	204
3. Centralização e descentralização como conseqüência da evolução do Estado territorial	204
4. As disputas entre a Igreja e o Estado	206
b) O significado do princípio de territorialidade	206
1. Aplicação uniforme do direito interno	206
2. Evolução do direito internacional público	207
3. Validade do princípio da personalidade	208
c) Os limites do princípio da territorialidade	208
1. Evolução do direito de' vizinhança	208
2. Dependências inter-regionais	209
3. As águas internacionais	209
4. O mar	210
5. O espaço aéreo e cósmico	212

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

d) Ocupação e anexação	212
e) Tratados de fronteira	214
§ 14. A soberania	214
a) O significado da teoria da soberania	215
b) A disputa entre a Igreja e o listado como condição de desenvolvimento da soberania	218
c) A disputa no interior do Estado	221
d) A teoria da soberania de Bodin	222
e) A soberania como pressuposto da qualidade de Estado	226
1. O Estado como unidade	226
2. O Estado como origem e legitimação do direito	228
3. Soberania do príncipe - soberania do povo	229
4. Os problemas da soberania do listado	231
f) Os diferentes conceitos de soberania	231
1. Conceito político e jurídico	232
2. Soberania interna e externa	232
3. Soberania orgânica	232
4. Soberania relativa ou absoluta	233
5. Soberania positiva e negativa	233
2. Soberania e poder	235
§ 15. Poder e força	235
a) A colocação do problema	236
b) Identidade do poder e do direito	239
c) O poder só não basta	241
d) A relação sociológica entre o direito e o poder	243
§ 16. Soberania e legitimação do direito	248
a) Da soberania do monarca à soberania do povo	250
b) O povo como origem do poder legítimo do Estado	252
c) É soberano aquele que pode legitimar a utilização do poder e da força	255
d) O Estado como fonte do direito	257
1. A "credibilidade" do direito	257
2. O direito de resistência	260
3. Problemas da soberania interna e externa	265
§ 17. Soberania e Estado Federal	265
a) É a soberania divisível?	267
b) O federalismo como concepção do Estado	269
1. Evolução histórica de comunidades federativas	269
2. Federalismo e liberdade	270
3. Federalismo e capacidade de adaptação	271
4. Federalismo e humanidade	272
5. Federalismo e proteção das minorias	273
6. Federalismo e justiça	273

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

c) Federalismo e teoria da soberania	274
1. A idéia de participação	274
2. Legitimação, e não soberania	275
d) Diversos tipos de Estados federais	278
1. Concorrência entre Estados-membros e o Estado federal	278
2. Divisão vertical dos poderes	279
3. Regulamentação das finanças	279
4. O federalismo dos Estados socialistas	281
5. O federalismo como realidade política e sociológica	282
§ 18. Soberania externa	282
a) A evolução da soberania externa	284
1. O direito das relações entre Estados	284
2. A igualdade dos Estados	285
b) A função da soberania externa	286
c) A relação entre o direito internacional e o direito nacional	286
1. A tese monista de Kelsen	288
2. A soberania como imediatividade do direito internacional	290
d) Regulamentação internacional dos conflitos e organizações supranacionais	292
1. Organizações supranacionais	292
2. As Nações Unidas	293

PARTE III ESTRUTURA E ORGANIZAÇÃO DO ESTADO MODERNO

1. Evolução e espécies de Estado	299
§ 19. Os fundamentos sociais da organização estatal	299
a) As estruturas de dominação dos Estados arcaicos (cf. § 3)	301
1. As tribos nômades	301
2. Os Estados vastos	302
3. Os pequenos territórios	303
b) Do Estado feudal ao Estado industrial	304
1. A nobreza comerciante	305
2. A opressão dos camponeses e dos operários	306
3. A posição da economia	307
4. A importância da tradição	309
5. O desenvolvimento dos meios de comunicação de massa	310
6. A mobilização das massas	312

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

§20. A teoria das formas de Estado	314
a) A tipologia dos Estados segundo Aristóteles	315
b) Critérios diversos	317
c) A organização do poder soberano como critério determinante de classificação	319
2. A organização dos Estados democráticos modernos	323
§ 21. A soberania centralizada no parlamento	324
a) King in Parliament (Inglaterra)	327
1. A evolução até 1295	329
2. Evoluções- comparáveis no continente	331
3. O Reformation Parliament de Henrique VIII	332
4. O Parliament no século XVII	334
5. A evolução do sistema de governo parlamentar	336
6. A evolução do sufrágio universal	338
7. Os partidos	338
8. Elementos essenciais da democracia inglesa	339
b) A Alemanha	340
1. Diferenças em relação à evolução inglesa	341
1.1. Descentralização do poder imperial	341
1.2. Representação corporativa no Reichstag	343
1.3. Fraca jurisdição	343
2. Centralização e liberalização	344
3. A Constituição da Liga Alemã de 1871	348
4. O executivo bicéfalo da Constituição de Weimar	349
5. A perda de poder do presidente na Constituição	351
6. A limitação da soberania da União pelos Länder	353
c) O significado do sistema de governo parlamentar em outros Estados	354
1. Japão	354
2. Índia	356
d) Os presidentes e o parlamento	359
1. América Latina	359
2. França	363
2.1. A revolução permanente até a III República	363
2.1.1. Legitimação monárquico-ditatorial	366
2.1.2. Legitimação republicano-democrática	367
2.2. A época dos governos parlamentares (III e IV Repúblicas)	371
2.3. O regime presidencial da V República	372
§22. Os Estados com soberania dividida	377
a) Os Estados Unidos da América	382
1. A influência da Constituição inglesa do século XVII	382

2. Soberania limitada, e direito natural na Declaração de Independência	383
3. Poderes distintos, mas sem separação de poderes	384
4 Soberania dividida entre União e Estados-membros	386
b) A Confederação suíça	387
1. A consciência de Estado dos cantões	387
1.1. Primeiros desenvolvimentos da democracia na Idade Média	388
1.2. Elementos essenciais da antiga estrutura do Estado	391
1.3. Separação do Império e Reforma	392
1.4. Estrutura do Estado no século XVIII	393
2. A fundação do Estado federal	395
2.1. A França e Napoleão	395
2.2. Soberania dividida entre a União e os cantões	396
2.3. Separação dos poderes na Confederação	398
2.4. Ampliação do direito do povo	399
3. Elementos essenciais da soberania popular na Suíça	400
3.1. Separação dos poderes	400
3.2. Direitos do povo	401
3.3. O povo como instância suprema, não como instância governamental	402
4. Problemas da democracia	405
§ 23. A soberania de poderes "exteriores ao Estado"	406
a) A soberania do partido	408
1. O desenvolvimento da soberania do partido	408
2. A concepção marxista da soberania do "partido"	410
3. A constituição da URSS	414
4. A Constituição chinesa de 5 de março de 1978	417
b) A soberania do Alcorão	418
1. O Alcorão como lei	418
2. A posição do califa	419
3. A Igreja e o Estado no Islã	420
3. A propósito das teorias sobre a organização do Estado	425
§ 24. Critérios de organização do Estado	425
a) Teorias do input e do output	426
b) Separação entre Estado e sociedade	427
c) Possibilidades de resolução de conflitos	427
d) Proteção das minorias	427
e) Faculdade de aprendizagem e de adaptação	428
f) Possibilidade de participação	428
g) Minimização de falhas humanas	428

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

§ 25. O pensamento democrático	429
a) Os fundamentos do ideário democrático	433
1. O princípio da autodeterminação	434
2. A decisão majoritária como elemento da descoberta da verdade	435
3. A decisão majoritária como possibilidade de superar conflitos	436
4. À lei irrevogável da oligarquia	437
b) A democracia como legitimação do poder do Estado	439
1. O princípio da soberania do povo	440
2. A soberania popular por si só não basta	440
3. Limitações ao princípio majoritário	441
c) A democracia semidireta	442
1. A participação do povo no processo legislativo	442
2. Vantagens e desvantagens da democracia semidireta	445
§26. A democracia representativa	451
a) Os problemas da representação	454
b) A evolução da idéia de representação	457
1. A importância da evolução do parlamento inglês para a democracia	457
1.1. A idéia da representação	457
1.2. O parlamento como legislador	458
1.3. A dominação da maioria	458
1.4. O parlamento como órgão colegiado	459
1.5. Auto governo do povo?	460
1.6. One man one vote como condição de modificação das tarefas do Estado	461
2. Rousseau, Sieyès e Burke	464
3. A Alemanha	466
4. Os Estados Unidos da América	468
5. A Suíça	469
§ 27. A separação dos poderes	472
a) A evolução da teoria da separação dos poderes	475
1. Postulados idealistas relativos ao monarca bom e ideal	475
2. Concepções institucionais na China antiga	476
3. Divisão de tarefas segundo Aristóteles	477
b) A separação dos poderes segundo Locke e Montesquieu	477
c) O Estado constitucional com separação dos poderes	479
1. O dogma da separação dos poderes	479
2. A separação dos poderes no sistema constitucional dos Estados	481
3. A administração como quarto poder	483
4. A separação dos poderes na administração	485

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

5. A separação dos poderes enfraquece o Estado?	488
§ 28. A vinculação à lei	490
a) A evolução do conceito de lei	493
b) Positivismo jurídico - direito natural - realismo jurídico	495
c) Lei e separação dos poderes	496
d) A Constituição como lei fundamental	502

PARTE IV
O ESTADO E A SOCIEDADE

1. Os centros de poder na sociedade pluralista	509
§ 29. Da comunidade de mulheres de Platão à sociedade pluralista	509
a) A comunidade totalitária e a comunidade livre	511
b) Conseqüências da limitação do Estado	516
c) A formação de centros de poder pluralistas	518
§ 30. Os partidos políticos	522
a) A origem dos partidos	524
b) A dependência dos partidos em relação a organização do Estado	525
1. A posição dos partidos no sistema de governo	525
1.1. Os partidos na democracia parlamentar	526
1.2. Os partidos no sistema suíço	531
2. O sistema eleitoral e a situação dos partidos	534
§ 31. As associações	536
a) Tipos e funções das associações	538
b) O Estado e as associações	540
1. Possibilidades de influências das associações	540
2. Importância dos parceiros sociais	543
c) Avaliação da atividade das associações	544
§ 32. Os meios de comunicação de massa	547
a) A importância dos meios de comunicação de massa na sociedade	551
b) Pluralismo ou monopólio na organização do rádio e da televisão?	553
1. Estados Unidos da América	553
2. Alemanha	554
3. Suíça	555
c) As relações dos meios de comunicação de massa com o Estado	556
§ 33. O Estado e a Igreja	562
a) As relações entre Estado e Igreja	564

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

1. França	565
2. Inglaterra	566
3. Alemanha	567
4. Suíça	568
b) Assuntos mistos	569
c) A auto compreensão das Igrejas em suas relações com o Estado	571
1. A auto compreensão da Igreja católica	571
2. A auto compreensão da Igreja protestante	573
3. Pontos comuns entre a Igreja católica e as Igrejas protestantes	575
2. Os fins e tarefas do Estado e da sociedade	577
§ 34. A importância dos fins do Estado	577
a) Por que fins próprios ao Estado?	578
b) A propósito do debate sobre os objetivos do Estado	580
c) Resumo	584
§ 35. A tarefa de proteção do Estado	586
a) A tarefa de proteção externa	588
b) As tarefas de proteção internas	591
§ 36. A tarefa estatal de bem-estar social	595
a) Medidas para assegurar a existência dos homens	599
b) A garantia da possibilidade de desenvolvimento	602
c) Tarefas no âmbito da convivência	603
d) A obtenção dos meios necessários para o cumprimento das tarefas do Estado	607
e) Resumo	608
3. A divisão das tarefas entre o Estado e a sociedade	611
§ 37. A separação entre o Estado e a sociedade	611
a) O significado da separação entre o Estado e a sociedade	614
b) O desenvolvimento gradual do interesse estatal e do monopólio do poder pelo Estado	618
1. A comunidade das famílias	618
2. O Estado estamental	620
c) Separação ou identidade do Estado e da sociedade?	621
§ 38. Critérios da divisão das tarefas entre o Estado e a sociedade	630
a) Quando o Estado deve intervir?	633
b) Critérios materiais da justiça	635
1. A cada um a proteção de seus direitos (Hume)	635
2. A cada um segundo seu desempenho (Spencer)	636
3. A cada um segundo suas necessidades (Kropotkin)	637
c) Critérios formais da justiça	638
1. A voloníé générale em Rousseau	638

Localização: 321.01

F596t

Código de barras: STJ00065267

2. A justiça como princípio de fairness (Rawls)	641
d) Os princípios de justiça na realidade dos Estados modernos, livres e comprometidos com a economia de mercado do tipo social	645
e) A subsidiariedade	647
<i>Bibliografia geral sobre a teoria do Estado</i>	651
<i>Dados sobre alguns filósofos do Estado na história mundial</i>	655
<i>índice onomástico</i>	691
<i>índice remissivo</i>	695