



**IDP – INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO**

ANA LUIZA BASTO CORDEIRO MELLO

**DA POSSIBILIDADE DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE INOVAR EM  
MATÉRIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Brasília – DF

2013

**ANA LUIZA BASTO CORDEIRO MELLO**

**DA POSSIBILIDADE DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE INOVAR EM  
MATÉRIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília

2013

**Ana Luiza Basto Cordeiro Mello**

**DA POSSIBILIDADE DO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE INOVAR EM  
MATÉRIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília, 26 de agosto de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof., \_\_\_\_\_, Dr.  
Orientador

---

Prof., \_\_\_\_\_, Dr.  
Examinador

---

Prof., \_\_\_\_\_, Dr.  
Examinador

## RESUMO

O federalismo adotado na República do Brasil tem se mostrado centralizador e ineficiente quanto às demandas locais. Aos Estados-membros, autônomos, é dada capacidade legislativa própria, desde que observadas determinadas limitações constitucionais. Entretanto, barreiras de ordens diversas impossibilitam a legiferação do constituinte decorrente no sentido de atenuar mazelas territoriais. Os direitos fundamentais, nesse cenário, constituem a maior garantia que, hoje, o cidadão comum possui tanto em face do Estado como em face de questões próprias da convivência em sociedade. Conferir ao legislador decorrente o poder de atuar na área dos direitos fundamentais de forma a tutelar direitos próprios da comunidade local, desde que observadas as imposições constitucionais, é andar rumo ao progresso e à ordem. A disponibilização de instrumentos, inclusive jurídicos, que concretizem o ideal de proteção do ser humano mostra-se urgente em um território vasto como o do Brasil. Portanto, a partir da ideia central do federalismo, da descentralização com a preservação de um trabalho colaborativo entre os entes federativos, é possível ampliar as possibilidades dos legisladores locais para que amparem, com eficiência e eficácia, as demandas pontuais das localidades onde atuam.

Palavras-chave: federalismo. Estados-membros. autonomia. poder constituinte decorrente. direitos fundamentais. inovação.

## **ABSTRACT**

The federative system adopted in Brazil can be considered both as centralizer and inefficient about the local units specific needs. To each autonomous State-Member, individually, is conceded the capacity to elaborate their own legislation, including their local Constitution, since obeying some federal constitutional limitations. However, some barriers of different kind do not allow the State-Members to elaborate it's Constitution regarding the attenuation of local ills. Fundamental rights, in this scenario, constitutes the major guarantee citizens have, nowadays, both in face of the State coercive power as in the face of life in society. To grant to local legislator the power of acting in the area of fundamental rights is to walk toward to progress and order. The availability of instruments, including legal ones, that implement the ideal of optimal protection of human being shows up as an urgent call, mostly in a territory as vast as Brazil's. Therefore, from the main idea of federalism, the decentralization - that preserves a collaborative work between the federative local units - , it is possible to expand the possibilities of local legislators so that they can support, with efficiency and effectiveness, specific demands of the localities where they operate.

Keywords: federalism. State-members. autonomy. Derived constitutional power. fundamental rights. innovation.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. O Poder Constituinte do Estado-membro</b> .....	11
<b>1.1 Considerações preliminares sobre a forma federativa de Estado</b> .....	11
<b>1.2 O Estado Federal brasileiro</b> .....	13
<b>1.3 Normas constitucionais centrais, limites à auto-organização dos Estados e repartição de competências</b> .....	17
1.3.1 A repartição de competências.....	19
<b>1.4 Da interpretação do Supremo Tribunal Federal aos limites de auto-organização dos Estados-membros</b> .....	22
<b>2. Aspectos Relevantes dos Direitos Fundamentais no Direito Brasileiro</b> .....	28
<b>2.1 Breve histórico dos direitos fundamentais</b> .....	29
<b>2.2 Definição e finalidade</b> .....	32
<b>2.3 Características dos direitos fundamentais: elementos básicos</b> .....	32
2.3.1 O efeito vinculante e o horizontal dos direitos fundamentais.....	34
<b>2.4 A amplitude legislativa dos direitos fundamentais: leitura do art. 5º, §2º, da Constituição Federal</b> .....	36
<b>3. Da capacidade legislativa do constituinte decorrente de inovar em matérias de direitos fundamentais: possibilidades e limitações</b> .....	38
<b>3.1 Inovações legislativas em âmbito estadual e o Supremo Tribunal Federal: as ADI's 2643 e 3394</b> .....	39
3.1.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2643: isenção do pagamento de taxa de inscrição aos candidatos ao exame vestibular de Universidade Estadual.....	39
3.1.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3394: realização gratuita de teste de maternidade e paternidade em favor de hipossuficientes.....	42
<b>3.2 Os direitos fundamentais e a reserva do possível: não afetação</b> .....	44
3.2.1 A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.....	45
3.2.2 A reserva do possível como limitador da concretização dos direitos fundamentais.....	46

<b>3.3 A Constituição Federal como ordem-fundamento e ordem-moldura e as discricioniedades legislativas: a visão de Robert Alexy.....</b>	<b>47</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>57</b>

**DOS OLHOS DO NÃO**  
(Afonso Henriques Neto)

*“se lhes derem Kennedy ou Kruschev ou De Gaulle  
não acreditem nesta única realidade  
neste implacável colar de conchas de ar*

*se lhes derem os códigos os gestos as modas  
não acreditem nesta enlatada realidade  
nesta implacável aranha de invisíveis fios*

*se lhes derem a esperança o progresso a palavra  
não acreditem na imposta realidade  
na implacável engrenagem das hélices de vácuo*

*aprendam a olhar atrás do espelho  
onde a história jamais penetra  
a profunda história do não registrado  
aprendam a procurar debaixo da pedra  
a estória do sangue evaporado  
a estória do anônimo desastre  
aprendam a perguntar  
por quem construiu a cidade  
por quem cunhou o dinheiro  
por quem mastigou a pólvora do canhão  
para que as sílabas das leis fossem cuspidas  
sobre as cabeças desses condenados ao silêncio”.*



## INTRODUÇÃO

O federalismo brasileiro, mesmo após a Constituição Federal de 1988, que buscou reforçar o papel dos Estados e Municípios na sistemática vertical de divisão dos poderes, se mostra problemático e centralizador. A República Federativa do Brasil, Estado federal que é, caracteriza-se pela autonomia dos seus entes federados, que pressupõe uma repartição de competências, na qual destaca-se, para fins do presente estudo, a capacidade de autolegislação.

Isso quer dizer que no território nacional a ordem jurídica é descentralizada apresentando, as suas normas, diferentes esferas territoriais de validade, ou seja, as normas editadas pelos órgãos dos Estados-membros incidem sobre a parte do território da União em que estão localizados e sobre o território do Estado-membro respectivo e dos Municípios nele encontrados, sendo, assim, normas locais.

A Constituição Federal de 1988, nesse cenário, não se confunde com uma “Constituição total”, cujas normas valeriam para todo o território nacional e incidiriam em todos os entes federativos. Isso porque nem todas as normas previstas no texto constitucional destinam-se a regular atividades políticas ou organizacionais de todos os entes, bastando-se quando aplicadas somente à União.

Em sendo assim, as Constituições Estaduais devem observar a Constituição Federal no tocante às limitações e determinantes jurídicas extrínsecas, podendo inovar no seu sistema jurídico em relação às normas que produz com base nas competências que lhe são atribuídas pela Carta Maior.

A concretização dos direitos fundamentais, por outro lado, é a tônica do constitucionalismo moderno. Entender as normas de direitos fundamentais como o reconhecimento, pelo Estado, de que deve se empenhar na proteção e garantia da dignidade do indivíduo, constitui base de uma premissa fundamental que admite a possibilidade de constituição de novos direitos.

Por esse motivo é que o constituinte decorrente deve ter ciência dos seus poderes de legislação e da sua necessária atuação em prol da implementação de melhorias locais que acolham os anseios e demandas dos cidadãos. Legislar a respeito de matérias que versam sobre direitos fundamentais é uma das formas que os Estados-membros têm de mudar concretamente a realidade local contra as adversidades várias que assolam a população naquela localidade.

Necessário ressaltar que, com a passagem do Estado liberal do séc. XIX para o Estado social, dirigente e intervencionista da atualidade, a fixação no centro do poder nacional, especificamente na União, de crescentes e novas atribuições, colaborou para uma centralização que foi de encontro à tendência de descentralização dos Estados. Paralelamente ao processo de atribuição à União das novas competências de política econômica, financeira e social deu-se, também, a federalização de competências estaduais, especialmente para atender aos objetivos de unificação do direito substantivo e do direito adjetivo<sup>1</sup>.

Por isso é que o convívio harmonioso entre o ordenamento federal e os ordenamentos estaduais, entre a União e os Estados-membros, perdura ainda como grande desafio à criatividade técnica do constituinte estadual, que ao longo da história viu a sua autonomia passar por processos de retração e expansão.

O federalismo não se petrificou no tempo, não se imobilizou na rigidez dogmática e continua a florescer num processo de evolução que ainda não se interrompeu<sup>2</sup>.

O presente estudo será conduzido dentro de uma linha de pesquisa denominada “dogmático – instrumental”, pela qual se pretende analisar um problema prático do direito, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

No primeiro capítulo, objetivamos contextualizar o federalismo como forma de Estado que deve priorizar a autonomia dos seus entes federados com a real configuração do estado federal brasileiro para explicitar, posteriormente, qual o papel a ser desempenhado pelo legislador constituinte decorrente.

A questão da autonomia estadual envolvida na presente investigação apresenta relevante significado para a análise do Estado Federal no Brasil e do princípio federativo consagrado na Constituição Federal de 1988, na medida em que executa uma sistemática divisão de poderes no plano vertical, constituindo instrumento de realização da democracia.

Ademais, buscaremos, neste capítulo, demonstrar qual o alcance das limitações impostas à atuação legiferante em âmbito estadual de forma a comprovar não existirem razões jurídicas, mas meramente políticas para o tolhimento de suas competências legislativas.

---

<sup>1</sup> HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 351.

<sup>2</sup> HORTA, Raul Machado, et al. *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1958. p. 46.

Essa análise impõe-se necessária para que se conclua que a potencialidade do constituinte decorrente vem sendo reduzida por um cenário político centralizador que acaba por se antepor à concretização dos direitos fundamentais em âmbito estadual.

Já no que toca o segundo capítulo, percorreremos os aspectos teóricos inerentes aos direitos fundamentais que importam para a pesquisa desenvolvida. Ressaltaremos a importância da eficácia horizontal como forma de incentivar o amparo e até mesmo a inovação dos direitos fundamentais pelo Estado, que não pode abrir mão de ser o seu tutor. Ademais, partindo-se do pressuposto de que são mandamentos de otimização, e não havendo disposição constitucional que limite a legislação estadual em matéria de direitos fundamentais, assumiremos que a mesma é de livre manejo para o constituinte decorrente, desde que observados os preceitos e disposições constantes do texto constitucional federal.

Após essas incisões delimitativas, o mesmo segundo capítulo apontará para a importância do reconhecimento de necessidades locais e do atendimento de demandas pontuais e específicas para o crescimento econômico e social dos Estados-membros. A aceitação da existência de intempéries que assolam uma população em âmbito regional aliada ao potencial saneador do poder legislativo local tem poder de mudanças que apontam, somente, para o avanço e desenvolvimento dos Estados.

Por fim, no terceiro capítulo, partindo dos pressupostos anteriormente apontados, demonstraremos que a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera constitucional a criação de direitos, em âmbito estadual, que apresentam feição materialmente constitucional.

Noutro ponto, caberá que demonstrar, reconhecendo-se a capacidade do poder constituinte decorrente de inovar em matéria de direitos fundamentais, que a teoria da reserva do possível não é aplicável, não podendo ser invocada como escusa para a concretização desses direitos.

Finalizando a discussão posta em cheque, percorreremos a teoria de Alexy a respeito da Constituição como ordem-fundamento e ordem-moldura para constatar que, de fato, aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariedade do legislador. Exatamente o caso da posição dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

## 1. O Poder Constituinte do Estado-membro

### 1.1 Considerações preliminares sobre a forma federativa de Estado

A forma estrutural adotada por um Estado-nação é pressuposto para o reconhecimento de suas dimensões, dos mecanismos que garantirão o seu funcionamento e das escolhas políticas que nortearão os seus propósitos.

Para a classificação tradicional, os Estados são considerados unitários quando têm um poder central que é a cúpula e o núcleo do poder político. Mesmo vigorando sob o princípio democrático, a forma unitária de Estado propicia que a noção de bem comum concebida pela maioria dos membros integrantes do órgão representativo dos cidadãos prevalecerá em detrimento das minorias, tanto ideológicas quanto regionais. Por outro lado, são federais os Estados que conjugam vários centros autônomos de poder político difundidos no mesmo espaço territorial<sup>3</sup>. A estrutura federal pode dar origem à união das coletividades em torno de certas matérias de interesse comum e que exijam decisões unificadas, limitando os poderes dos órgãos comuns a elas. Em relação aos demais assuntos, admite-se que cada ente componente do Estado Federal trate de modo diverso o tema que com ele mantiver afinidade, com a finalidade de satisfazer os seus próprios interesses.

Hans Kelsen se utiliza das expressões “centralização” e “descentralização” para explicar o movimento de constrição ou expansão que o ordenamento jurídico das duas formas do Estado (unitário e federal) pode assumir.

(...) a centralização e a descentralização, geralmente consideradas como formas de organização do Estado referentes à divisão territorial, devem ser compreendidas como dois tipos de ordens jurídicas. A diferença entre um Estado centralizado e um descentralizado deve ser uma diferença nas suas ordens jurídicas. Na verdade, todos os tipos de problemas de centralização e descentralização (...) são problemas referentes às esferas de validade das normas jurídicas e dos órgãos que as criam e aplicam<sup>4</sup>.

O Estado Federal, portanto, é uma criação jurídico-política e pressupõe na sua origem a existência da Constituição Federal para instituí-lo<sup>5</sup>. Há uma relação de causalidade entre a Constituição Federal e o Estado Federal, pois o

---

<sup>3</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 255.

<sup>4</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 433.

<sup>5</sup>HORTA, Raul Machado. *op. cit.* p. 345.

constituente originário terá sido o responsável pela escolha da adoção de vínculos e dissociações entre a União e Estados-membros, determinando o tipo de relação que se dará entre eles e revelando a complexidade de sua construção política e jurídica.

A organização federal tradicional, dependente da engenharia constitucional, admitirá a existência de um duplo ordenamento: o da Federação (ou União) e os ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados-membros, sem que se comporte relação hierárquica entre eles. Dessa forma, será o ordenamento da União central e unitário, sendo as suas normas de administração, legislação e jurisdição de incidência nacional, atingindo todo o território e a população que compreende a República Federativa do Brasil. Por outro lado, os ordenamentos dos Estados-membros (entes regionais) serão parciais e intra-estatais, plurais e correspondentes ao número de Estados que compuserem o Estado Federal.

Ou seja, há o ente central e os vários entes regionais, uma verdadeira ordem jurídica descentralizada cujas normas apresentam esferas territoriais de validade diferentes, significando que algumas das normas da ordem jurídica descentralizada serão válidas para todo o território, quando emanadas do ente central, enquanto outras serão válidas apenas para uma parte específica dele, quando editadas por um ente regional<sup>6</sup>.

Dessa forma, o poder político é compartilhado pela União e pelas unidades federadas. Existe um governo federal, do qual participam as unidades federadas e o povo, e existem governos estaduais dotados de autonomia política.

O Estado Federal apresenta, ao contrário do Estado unitário descentralizado, dois grupos de governantes sobre o mesmo território: os governantes centrais e os governantes locais. Os primeiros são os do Estado Federal e os segundos do Estado-membro<sup>7</sup>.

O Estado Federal contemplado normativamente pela Constituição Federal apresentará a sua estrutura orgânica, impondo as técnicas e as regras da sua anatomia, revelando a sua complexidade e funcionamento. A doutrina majoritária, ilustrada por Raul Machado Horta, apresenta alguns princípios, técnicas

---

<sup>6</sup> LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de Constitucionalidade Estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 2.

<sup>7</sup> HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, Tese, 1964, p. 26.

e instrumentos operacionais que a construção normativa do Estado Federal deve adotar. São eles:

1. a decisão constituinte criadora do Estado Federal e de suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-membros;
2. a repartição de competências entre a Federação e os Estados-membros;
3. o poder de auto-organização constitucional dos Estados-membros, atribuindo-lhes autonomia constitucional;
4. a intervenção federal, instrumento para restabelecer o equilíbrio federativo, em casos constitucionalmente definidos;
5. a Câmara dos Estados, como órgão do Poder Legislativo Federal, para permitir a participação do Estado-membro na formação da legislação federal;
6. a titularidade dos Estados-membros, através de suas Assembléias Legislativas, em número qualificado, para propor emenda à Constituição Federal;
7. a criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado;
8. a existência no Poder Judiciário Federal de um Supremo Tribunal ou Corte Suprema, para interpretar e proteger a Constituição Federal, e dirimir litígios ou conflitos entre a União, os Estados, outras pessoas jurídicas de direito interno, e as questões relativas à aplicação ou vigência da lei federal<sup>8</sup>.

A reunião dos requisitos acima apresentados não se realiza homogeneamente nas formas reais de Estados Federais. O atendimento pode ser parcial, com ênfase em determinados requisitos e diluição de outros, a depender justamente da forma como a Constituição estabelece as relações entre União e Estados-membros. Dessa diversidade na organização da federação decorre a multiplicidade de modelos de federalismo: federalismo norte-americano, federalismo alemão, federalismo brasileiro, e assim por diante. Ademais, a combinação dos requisitos recebem definições individualizadoras e contrastantes, a depender das previsões constitucionais. É por isso que em alguns casos a autonomia garantida aos Estados-membros se reduz quase totalmente, fazendo com que a Constituição Federal seja um documento híbrido: federal e estadual, o que não é o caso do federalismo brasileiro.

---

<sup>8</sup> HORTA, Raul Machado. op. cit., p. 347-348.

## 1.2 O Estado Federal brasileiro

Quereríamos uma federação sem plágio, uma federação absolutamente original, nunca experimentada, virgem como um sonho de poeta, impecável como uma solução matemática, fechada ao ar livre da realidade, que deve saná-la, impregnando-a no ambiente da União, uma federação, em suma, encerrada implacavelmente no princípio da soberania dos estados presos à forma federativa apenas pelas migalhas deixadas cair das sobras da sua renda na indigência do Tesouro Nacional. Vede este abismo entre a solidez prática daqueles saxônios, educados no governo de si mesmos, que fundavam, a poder de bom-senso e liberdade temperada, a maior das federações conhecidas na história, e o descomedimento da nossa avidez. Ontem, de federação, não tínhamos nada. Hoje, não há federação que nos baste. Essa escola não pensa, ao menos, no papel vivificador da União, relativamente aos estados, não sabe ver nela a condição fundamental da existência deles. (Muito bem)<sup>9</sup>.

O federalismo brasileiro foi instituído por imputação normativa, mediante a criação jurídica dos Estados no documento de fundação do Estado Federal. Desta forma, foi por meio da Constituição Federal que a associação normativa dos Estados gerou o nascimento jurídico tanto da União Federal como dos Estados componentes da federação, que passam a integrar a República Federativa.

A República Federal foi implantada pela Constituição de 1891, sendo esta a fonte da criação originária do Estado-membro, por um processo jurídico-normativo<sup>10</sup>. Dispunha o art. 1º da dita Carta Magna, de 24 de fevereiro de 1891, que a República Federativa e os Estados Unidos do Brasil decorriam da “União perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias”.

Foi no federalismo de equilíbrio que o constituinte originário federal se inspirou para delinear as estruturas formais do Estado brasileiro. A República Federativa do Brasil, desde a sua origem na Constituição de 1891, proclama a indissolubilidade do vínculo federativo. A Constituição Federal de 1988, atual Carta Política e Jurídica que rege também as relações entre os entes federados, localiza a natureza desse vínculo no título inaugural da Constituição, que compreende os Princípios Fundamentais, dando ao art. 1º a seguinte redação: “A República

---

<sup>9</sup> BARBOSA, Rui. *O Liberalismo e a Constituição de 1988: textos selecionados*; organização de Vicente Barretto. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. p. 56-57.

<sup>10</sup> HORTA, Raul Machado. op. cit.p. 377.

Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

Note que a descentralização, no Brasil, se apresenta em grau mais acentuado por compreender a chamada República Federativa do Brasil, Estado federal ou total, não somente a União, ente central, e os Estados-membros, entes regionais, mas ainda, como subdivisões territoriais destes últimos, os Municípios, entes locais, e como ente regional único, o Distrito Federal.

A indissolubilidade da federação, cláusula pétrea constante do art. 60 da Constituição Federal, traduz a impossibilidade de desfazimento do vínculo existente entre os seus entes, de forma que, enquanto viger a Constituição Federal que a proclama, em nenhum momento poderão os Estados, Municípios ou Territórios (se vierem a existir) se manifestar em relação ao rompimento desse vínculo.

A fórmula acima consagrada, entretanto, deve estar associada a autonomia<sup>11</sup> dos Estados-membros, qualidade que permite, entre outras, a edição de normas próprias<sup>12</sup>. O art. 18 determina que “a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Tem-se, portanto, que o federalismo brasileiro é compreendido por quatro níveis (a República Federativa do Brasil, a União, os Estados e Municípios) autônomos entre si. A autonomia de que trata a Constituição Federal consiste no poder de indivíduos e da própria coletividade de cada um dos entes federativos darem-se e regerem-se por ordenamento jurídico próprio, porém limitado por um ordenamento jurídico de ordem superior, traduzido na própria Constituição Federal.

Dessa forma, por um viés positivo, os entes possuem um conjunto de poderes e competências a serem exercidos em prol de sua coletividade, ao passo que todos esses poderes e competências sofrem limitações impostas pela ordem superior à ordem local. O próprio artigo 18, acima transcrito, que inicia o princípio da autonomia dos entes da Federação no nosso ordenamento, determina

---

<sup>11</sup> Etimologicamente, autonomia provém de *nómos*, que tecnicamente corresponde à possibilidade de edição de normas próprias.

<sup>12</sup> Note que, em uma federação, não é de descentralização que se trata, mas de autonomia. Ainda que haja descentralização, a falta de autonomia não assegura a liberdade legislativa necessária a medir o grau de independência de um Estado-membro.



que o princípio já nasce delimitado pela Constituição Federal: “nos termos desta Constituição”.

Sendo assim, ao estatuir normas que configuram a organização federal, a Constituição Federal defere aos Estados o poder de organização própria, designando como fontes do poder autônomo de organização a edição de Constituição Estadual e as leis estaduais. Esse poder, entretanto, não constitui competência da Constituição Federal, deixando-se assumir pelos chamados “poderes reservados”.

Nesse contexto de autonomia, o Estado-membro de uma federação está protegido de eventuais ingerências do poder central em sua esfera de atuação. Do mesmo modo, a Constituição impede que os Estados-membros compreendidos isoladamente atuem em matérias incluídas nas competências conferidas à União.

Posto isso, importa ao presente estudo colacionar importante observação no tocante ao conteúdo dos poderes reservados dos Estados. Apesar de terem adotado terminologias e expressões diferentes ao tratar do tema, as Constituições Federais (de 1891 e 1946) dispuseram explicitamente sobre essa capacidade de auto-organização traduzida na garantia de dispor sobre legislação própria. Na fórmula clássica, a Constituição de 1891 dispunha que “é facultado aos Estados, em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição” (art. 65, 2º), ou na redação mais recente da Constituição de 1946: “Aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição” (art. 18, §1º).

Poderes de organização constitucional e de legislação e poderes reservados são as fontes da competência exclusiva dos Estados-Membros, que irão abastecer o ordenamento jurídico estadual com as normas hierarquicamente escalonadas da Constituição e das leis. Demonstra-se, deste modo, que os Estados-Membros, além de partes constitutivas da República Federal, são titulares de personalidade autônoma de Direito Público, possuindo capacidade de ação e vontade independente<sup>13</sup>.

A Constituição Federal de 1988, por seu turno, determina a regra que orienta o poder de organização constitucional e legiferante dos Estados em seu art. 25 e §1º: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que

---

<sup>13</sup> Ibid., p. 387.

adotarem...” – e, da mesma forma que as Constituições antepassadas, projeta nos poderes reservados os desdobramentos formais e material do poder de organização: “são reservados aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Adota, ademais, a técnica de autonomia controlada de seus entes, subordinando os poderes de organização constitucional dos Estados aos “princípios desta Constituição”. Exemplo da limitação inovacional imposta aos Estados é o art. 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que conferiu poderes às Assembléias Legislativas para exercerem o poder de organização constitucional e elaborarem as suas Constituições do Estado, observados os preceitos constitucionais da Nova Constituição promulgada.

Por isso é que se diz que a fonte jurídica do Poder Constituinte do Estado reside na Constituição Federal e se exprime na regra que atribui aos Estados o poder de organização para elaborar as suas próprias Constituições, exercendo competências reservadas e não vedadas aos Estados. Essa origem do poder dos Estados na Constituição Federal reflete e caracteriza a natureza derivada do poder constituinte do Estado, que é originário em relação à Constituição do Estado e derivado em relação à Constituição Federal, cujos princípios deverá observar.

### **1.3 Normas constitucionais centrais, limites à auto-organização dos Estados e repartição constitucional de competências**

Conforme já ilustrado, a forma federativa de Estado é indissociável da ideia de autonomia dos Estados-membros e, em consequência disso, da atribuição de competências a esses entes. Isso porque a atribuição de competências é pressuposto da autonomia que lhes é conferida pela Constituição Federal.

Da mesma forma que recebem uma gama de poderes para exercerem na sua esfera territorial, os Estados-membros também são destinatários de uma série de limitações previstas na Constituição Federal, materializadas sob a forma das chamadas “normas de observância obrigatória”.

Portanto, pode-se afirmar, tanto no que toca os poderes estabelecidos quanto no que concerne as restrições constitucionalmente previstas, que a Constituição Federal concebe a autonomia do Estado-membro “dentro de um círculo de competência, ora sujeito a contrações que reduzem sua área circular, ora

recebendo dilatação que amplia as dimensões do círculo”<sup>14</sup>. Assim, quanto maior o número de normas de observância obrigatória limitadoras da autonomia estadual, menor o campo de atuação independente do poder constituinte do Estado-membro e, de forma inversa, quanto menor o número daquelas normas, maior o espaço de livre atuação daquele poder<sup>15</sup>.

A República Federativa do Brasil é composta pela União, ente central que exerce o seu domínio sobre todo o território nacional e por Estados, entes regionais que exercem seu poder somente em determinada parcela territorial. Desta forma, União e Estados formam, juntos, uma ordem jurídica descentralizada, cujas normas apresentam esferas territoriais de validade diferentes<sup>16</sup>.

Ter “esferas territoriais de validade diferentes”, conforme apontado anteriormente, significa que algumas normas dessa ordem jurídica descentralizada serão válidas para todo o território nacional (normas centrais), quando emanadas do ente central (União), ao passo que outras normas serão válidas apenas para uma parte específica do território nacional (normas locais), quando editadas por um ente regional. Isso significa que as várias ordens jurídicas locais formam, juntamente com a ordem jurídica central, uma ordem jurídica total.

As normas editadas pelos órgãos de produção normativa da União têm incidência sobre todo o território da própria União, que é o território nacional, e também sobre o território dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, sendo, portanto, normas centrais. De modo análogo, as normas editadas pelos órgãos dos Estados-membros incidem sobre a parte do território da União em que estão localizados e sobre o território do Estado-membro respectivo e dos Municípios nele encontrados, sendo, assim, normas locais<sup>17</sup>.

Tarefa de suma importância da Constituição Federal é organizar a Federação em normas que dispõem sobre os Poderes, os órgãos federais e as competências atribuídas a cada ente federativo. A forma federal de Estado não pode se esgotar no ordenamento central, impondo aos Estados-membros a tarefa acessória de expedir normas que se projetarão nos ordenamentos parciais.

---

<sup>14</sup> Ibid., p 341.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. op. cit., p. 452.

<sup>16</sup> LEONCY, Léo Ferreira. op. cit. p. 3.

<sup>17</sup> Ibid. p. 3.

A Constituição Federal de 1988, nesse cenário, não se confunde com uma “Constituição total”, cujas normas (em sua totalidade) valeriam para todo o território nacional e incidiriam para todos os entes federativos. Isso porque nem todas as normas previstas no texto constitucional destinam-se a regular atividades políticas ou organizacionais de todos os entes, bastando-se quando aplicadas somente à União.

Em sendo assim, as Constituições Estaduais (ordenamento derivado) devem observar a Constituição Federal no tocante às limitações e determinantes jurídicas extrínsecas (representadas pelas normas de observância obrigatória), podendo inovar no seu sistema jurídico (ordenamento originário) em relação às normas que produz com base na competência que lhe é atribuída pela Constituição Federal.

As normas constitucionais federais, que, transpondo o objetivo primário de organizar a Federação, vão alcançar o ordenamento estadual, com maior ou menos intensidade, demonstram a existência de uma forma especial de normas na Constituição Federal, que denominamos de normas centrais<sup>18</sup>.

As normas centrais abrangem as normas de competência deferida aos Estados e as normas de preordenação, quando a Constituição Federal dispuser em seu texto sobre Poder do Estado. “Princípios desta Constituição”, “Princípios constitucionais”, “Normas de competência e Normas de preordenação” limitam e condicionam o poder de organização do Estado e configuram diferentes modalidades de normas centrais da Constituição Federal<sup>19</sup>.

### **1.3.1 A Repartição de Competências**

Conforme já mencionado, a repartição de competências destaca-se como elemento caracterizador do modelo de federação adotado. A depender do grau de repartição, a fisionomia do Estado será de centralização ou de descentralização do poder federal. Por isso, a repartição de competências é encarada como a peça chave para o entendimento do federalismo adotado em um determinado Estado. A repartição atende a um princípio corporativo territorial, de modo que determinadas matérias passarão a ter incidência em todo o território

---

<sup>18</sup> HORTA, Raul Machado. op. cit. p. 390.

<sup>19</sup> Ibid., p. 390.

federal, enquanto outras ficarão distribuídas aos ordenamentos parciais dos Estados-Membros e dos Municípios<sup>20</sup>.

A repartição de competência é norteada pelo princípio geral do interesse local. Trata-se do princípio da predominância do interesse, segundo o qual “à União caberão aquelas matérias e questões de predominante interesse geral, nacional, ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos de predominante interesse regional, e aos Municípios concernem assuntos de interesse local”<sup>21</sup>.

O desenho constitucional de repartição de competências apontará os papéis a serem cumpridos pelos entes federados, indicando a área de atuação de cada um dentro do cenário político, econômico e social do Estado Federal. Por isso é que o sistema de repartição adotado será o sustentáculo do edifício constitucional do Estado Federal.

A autonomia dos entes federados, conforme já mencionado, pressupõe uma repartição de competências, a qual se consubstancia na capacidade de auto-organização, autogoverno, autolegislação e auto-administração, traduzindo-se a auto-organização (art. 25, CF) na competência para a elaboração de lei fundamental própria, o autogoverno (arts. 27, 28 e 125, CF) na previsão de órgãos governamentais próprios, a autolegislação (art. 25, CF) na capacidade de estabelecer por direito próprio regras jurídicas obrigatórias no âmbito de suas competências e auto-administração (art. 21, CF) na atribuição de um conjunto de competências administrativas a serem executadas por seus próprios órgãos.

Tal poder de organização tem, a priori, além de conferir aos Estados-membros o poder de estruturar-se para cumprir determinadas funções, o intuito de permitir que os Estados sirvam como “laboratórios políticos” a fim de desenvolver novas ideias sociais, políticas e econômicas que possam solucionar de modo mais adequado seus próprios problemas<sup>22</sup>.

A Constituição Federal de 1988 realizou formulação inovadora no tocante à repartição de competências, introduzindo um novo aspecto para o federalismo brasileiro. Atualmente, a repartição abrange cinco planos distintos:

---

<sup>20</sup> Ibid. p. 349.

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 418.

<sup>22</sup> SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 75.

- I – competência geral da União (art. 21, I a XXV);
- II – competência de legislação privativa da União (art. 22, I a XXIX, parágrafo único);
- III – competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, I a XII, parágrafo único);
- IV – competência de legislação concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (art. 24, I a XVI, §§ 1º, 2º, 3º e 4º);
- V – competência dos poderes reservados aos Estados (art. 25, §1º, e 125, §§1º, 2º, 3º e 4º).

A competência comum, que regula a atividade administrativa das pessoas jurídicas de direito público interno, prevê lei complementar definidora da cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, com a finalidade de assegurar o equilíbrio do desenvolvimento e o bem-estar nacional (art. 23, parágrafo único).

Ao incluir um rol de competências concorrentes entre os entes federativos, o legislador originário antecipou o âmbito material por onde o constituinte derivado poderá divagar, conferindo-lhes uma competência legislativa enumerada e partilhada (com a União e o Distrito Federal – art. 24, I a XVI). A competência de legislação concorrente abriu aos Estados a possibilidade de legislar sobre direito econômico, urbanístico, proteção do meio ambiente e controle de poluição, procedimento em matéria processual, criação, funcionamento e processo de juízo de pequenas causas, educação, cultura e ensino, além de outros assuntos, em domínio em que a legislação federal se esgota na previsão de normas gerais, cabendo ao Estado exercer a legislação de complementação ou, na ausência de normas gerais federais, expedir as normas primárias, conforme mecanismo estabelecido na Constituição Federal (art. 24, §§1º ao 4º, CF). Os chamados poderes reservados, princípio clássico do federalismo constitucional, advêm das competências não vedadas aos Estados (art. 25, §1º, CF). A intervenção federal da União nos Estados, que configura limitação da competência autônoma dos Estados, restou admitida pelo texto constitucional em casos extremos e para a correção de condutas lesivas ao equilíbrio federativo (art. 34, I a V, **a** e **b**, VI, VII, **a-d**, CF). A intervenção prevista na Constituição de 1988 inova ao pretender assegurar direitos

da pessoa humana, incluídos os princípios constitucionais, de forma a preservar o elenco dos direitos e garantias fundamentais.

#### **1.4 Da interpretação do Supremo Tribunal Federal aos limites de auto-organização dos Estados-membros<sup>23</sup>**

Ainda que o conceito de autonomia, teoricamente, tenha surgido como forma de garantir a capacidade criativa dos Estados-membros no tocante a sua legislação (parcial), na prática encontramos diversas limitações que tolhem esta capacidade do poder legislativo decorrente. Isso porque a federação passa, ao longo dos tempos, por movimentos de expansão e retração a depender das intenções políticas do ente central. Sob argumentos de ordem jurídica, encontramos motivos puramente políticos que norteiam a completude da ordem constitucional federativa.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, diversos julgados negaram poderes aos Estados-membros com base no hipotético postulado que a própria Corte convencionou chamar “princípio da simetria”. Este, não definido propriamente pelo seu criador, tornou-se “a mais evidente tentativa de se estabelecer o fechamento da ordem constitucional federativa, especialmente no tocante ao problema dos limites constitucionais à autonomia do Estado-membro”<sup>24</sup>.

Seguindo o conceito de Tavares, que acerca do princípio da simetria dispõe que

a doutrina e a jurisprudência constitucionais comumente referem-se a um ‘princípio da simetria’, mais corretamente, uma obrigação geral e implícita de simetria, por parte dos Estados membros e Municípios, na elaboração de seus diplomas máximos, com o modelo federal estabelecido pela Constituição do Brasil<sup>25</sup>,

Léo Leony traduz o princípio em cotejo como sendo

a ideia de que os Estados-membros submetem-se às normas da Constituição Federal estabelecidas para situações envolvendo à União, sempre que não houver uma norma constitucional específica

<sup>23</sup> Cf. LEONCY, Léo. *Uma proposta de releitura do “princípio da simetria”*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>. Acesso em: junho 2013.

<sup>24</sup> LEONCY, Léo Ferreira. *“Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. São Paulo: USP, 2011. Tese de Doutorado.

<sup>25</sup> TAVARES, 2010 apud, LEONCY, Léo Ferreira. *“Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. São Paulo: USP, 2011. Tese de Doutorado.

que lhes seja expressa e diretamente aplicável em situações consideradas ou presumidas equivalentes<sup>26</sup>.

Dessa forma, na ausência de definições e critérios de aplicação do que seria o princípio da simetria, consolidou-se, na doutrina, um conceito baseado na ideia da aproximação entre as normas constitucionais federais e as normas constitucionais estaduais, ainda que a própria Constituição Federal silencie quanto à matéria. A aplicação de argumentação fundada em pura analogia, portanto, guiou o Supremo Tribunal Federal na solução de questões cujo fundo seria de discussão mais complexa.

Vejamos algumas decisões proferidas pela cúpula do Poder Judiciário que demonstram a tendência hermenêutica descrita de minimizar a capacidade dos Estados sob o argumento da reprodução simétrica de preceitos constitucionais, tanto quanto possível.

Na ADI nº 3647<sup>27</sup>, a Constituição do Estado do Maranhão foi impugnada por estipular a pena de perda de mandato do governador que se fizer ausente do território estadual por mais de 15 dias sem autorização do respectivo parlamento, tal como estabelecido constitucionalmente para o Presidente da República (art. 83, CF). A ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade segue abaixo:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO MARANHÃO. IMPEDIMENTO OU AFASTAMENTO DE GOVERNADOR OU VICE-GOVERNADOR. OFENSA AOS ARTIGOS 79 E 83 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE DE “ACEFALIA” NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.

A ausência do Presidente da República do país ou a ausência do Governador do Estado do território estadual ou do país é uma causa

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3647 MA

Relator: Min. Joaquim Barbosa

Julgamento: 16/09/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-02PP-00406

Partes: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo e Outros (a/s) Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão.



temporária que impossibilita o cumprimento, pelo Chefe do Poder Executivo, dos deveres e responsabilidades inerentes ao cargo. Desse modo, para que não haja acefalia no âmbito do Poder Executivo, o presidente da República ou o Governador do Estado deve ser devidamente substituído pelo vice-presidente ou vice-governador, respectivamente. Inconstitucionalidade do § 5º do art. 59 da Constituição do Estado do Maranhão, com a redação dada pela Emenda Constitucional Estadual 48/2005. **Em decorrência do princípio da simetria, a Constituição Estadual deve estabelecer sanção para o afastamento do Governador ou do Vice-Governador do Estado sem a devida licença da Assembléia Legislativa.** Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 62 da Constituição maranhense, dada pela Emenda Constitucional Estadual 48/2005. Repristinação da norma anterior que foi revogada pelo dispositivo declarado inconstitucional. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (grifos nossos).

A ADI nº 2079<sup>28</sup>, por sua vez, declarou inconstitucional dispositivo de lei do Estado de Santa Catarina por prever hipótese de emenda parlamentar contendo aumento de despesa em projeto de lei de iniciativa reservada do governador. Vejamos a sua ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 12 DA LEI 10789 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE LEI DE INICIATIVA RESERVADA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. AUMENTO DE DESPESA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA.

1. Criação de gratificação - Pró-labore de Êxito Fiscal. Incorre em vício de inconstitucionalidade formal (CF, artigos 61, §1º, II, a e c e 63, I) a norma jurídica decorrente de emenda parlamentar em

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2079 SC

Relator: Min. Maurício Corrêa

Julgamento: 28/04/2004

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 18-06-2004 PP-00044 EMENT VOL-02156-01 PP-00073

Partes: Governador do Estado de Santa Catarina, PGE-SC Walter Zigelli, Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

projeto de lei de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, de que resulte aumento de despesa. **Parâmetro de observância cogente pelos Estados da Federação, à luz do princípio da simetria.** Precedentes.

2. Ausência de prévia dotação orçamentária para o pagamento do benefício instituído pela norma impugnada. Violação ao artigo 169 da Constituição Federal, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 19/98. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (grifos nossos)

No julgamento da ADI nº 3619<sup>29</sup>, na circunstância da instalação de comissão parlamentar de inquérito estadual para apuração de fato determinado, os estados-membros, “por força do princípio da simetria” e diante da ausência de regramento constitucional federal específico voltado a esses entes no que diz respeito a tais questões, deveriam conduzir-se nos mesmos moldes em que o constituinte federal dispusera para a União em situações consideradas semelhantes. Em seguida, a ementa do julgado:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 34, §1º, E 170, INCISO I, DO REGIMENTO INTERNO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. CRIAÇÃO. DELIBERAÇÃO DO PLÊNARIO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. REQUISITO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO NO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. **SIMETRIA. OBSERVÂNCIA COMPULSÓRIA PELOS ESTADOS-MEMBROS.** VIOLAÇÃO DO ARTIGO 58, §3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.**

1. A Constituição do Brasil assegura a um terço dos membros da Câmara dos Deputados e a um terço dos membros do Senado Federal a criação da comissão parlamentar de inquérito, deixando porém ao próprio parlamento o seu destino. 2. A garantia assegurada a um terço dos membros da Câmara ou do Senado

<sup>29</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3619 SP

Relator: Min. Eros Grau

Julgamento: 31/07/2006

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 20-04-2007 PP-00078 EMENT VOL-02272-01 PP-00127

Partes: Partido dos Trabalhadores – Diretório Nacional, Márcio Luiz Silva e Outros (a/s) e Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

estende-se aos membros das assembleias legislativas estaduais --- garantia das minorias. O modelo federal de criação e instauração das comissões parlamentares de inquérito constitui matéria a ser compulsoriamente observada pelas casas legislativas estaduais. 3. A garantia da instalação da CPI independe de deliberação plenária, seja da Câmara, do Senado ou da Assembleia Legislativa. Precedentes. 4. Não há razão para a submissão do requerimento de constituição de CPI a qualquer órgão da Assembleia Legislativa. Os requisitos indispensáveis à criação das comissões parlamentares de inquérito estão dispostos, estritamente, no artigo 58 da CF/88. 5. Pedido julgado procedente para declarar inconstitucionais o trecho "só será submetido à discussão e votação decorridas 24 horas de sua apresentação, e", constante do § 1º do artigo 34, e o inciso I do artigo 170, ambos da Consolidação do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. (grifos nossos).

Note que, nos casos acima expostos, a suficiência das decisões se deu pela invocação do princípio da simetria ao invés da exposição de argumentos consistentes que digam respeito aos motivos pelos quais as Constituições Estaduais devem ou não adotar determinada regra constitucional federal. A ventilação das discussões fica limitada, sempre, pelo preceito da simetria, em detrimento de exposições concretas a respeito das possibilidades de inovação constitucional pelo legislador derivado.

Ademais, a Constituição Federal, a não ser por conter um conjunto de regras e princípios constitucionais aos quais reportamos algumas nuances das questões suscitadas, não prevê, em concreto, para cada uma das situações aventadas, um regramento específico e diretamente voltado para a atuação dos Estados-membros.

Tais circunstâncias revelam que, na hipótese de dúvida sobre se situações como aquelas relatadas receberam adequado tratamento por parte das instâncias estaduais de aplicação ou mesmo do poder constituinte estadual, a Carta Federal (i) tanto pode deixar de oferecer normas-regra especificamente voltadas para a resolução daqueles casos (produzindo-se, com isso, uma *lacuna normativa*) (ii) como pode limitar-se a oferecer normas-princípio apenas vagamente

relacionadas aos mesmos casos (engendrando-se, assim, uma *lacuna de indeterminação*)<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> LEONCY, Léo. *Uma proposta de releitura do “princípio da simetria”*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>. Acesso em: junho 2013.

## 2. Aspetos relevantes dos direitos fundamentais no direito brasileiro

O constitucionalismo moderno solidificou-se a partir, principalmente, de movimentos que resultaram na busca e afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana. A importância da matéria é tamanha que se entendeu por necessária a sua positivação na Constituição Federal que, como lei fundamental maior, constitui o local adequado para positivizar as normas asseguradoras de tais pretensões.

Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem<sup>31</sup>.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 se deu em um cenário político de luta pela instituição de um Estado democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos fundamentais. A importância de tais direitos no texto constitucional é tão grande que a própria Assembleia Constituinte, através do Preâmbulo da Constituição, os consignou como valores supremos da Nova República Democrática. Eis o enunciado do Preâmbulo da Constituição Federal promulgada em 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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<sup>32</sup>.

Note que o Preâmbulo da Constituição é o conjunto de enunciados formulados pelo legislador constituinte originário para justificar as opções políticas, jurídicas, sociais e econômicas do texto constitucional promulgado. Muito embora não tenha valor jurídico propriamente dito, é um vetor interpretativo para a

---

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et alii. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>32</sup> CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Edição Administrativa. Brasília, Centro de Documentação e Informação, Senado Federal. Biênio 2011-2012.

compreensão do significado das suas prescrições normativas e soluções de controvérsias constitucionais.

## 2.1 Breve histórico dos direitos fundamentais

Não se pretende, aqui, esgotar o assunto do surgimento e evolução dos direitos fundamentais. O propósito de abordar o tema reside na necessidade de compreensão dos motivos que levaram os Estados a prescrever tais direitos em prol da defesa dos seus cidadãos pelo reconhecimento de que há valores que são inerentes ao ser humano e devem ser tutelados pela estrutura estatal.

A história do surgimento dos direitos fundamentais e da necessidade de protegê-los corre em paralelo com as grandes revoluções e guerras vividas pela humanidade.

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica<sup>33</sup>.

É inegável que a principal finalidade residente na implementação de “direitos fundamentais” diz respeito à limitação do poder do Estado a favor dos indivíduos a ele submetidos e à garantia de direitos conexos com aspectos essenciais de uma vida digna. Nesse sentido, os direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado, que podem ser tanto de caráter absentéista (dever de abstenção de intervir na esfera de liberdade garantida aos indivíduos) como intervencionista (dever de prestação ou de manutenção de estrutura ou organização).

Inúmeras foram as declarações de direitos que, no final do século XVIII, elencaram uma série de “proteções” direcionadas ao homem, em especial as que correspondem aos direitos inerentes à sua condição de existência. Movimentos constitucionais dos mais diversos (principalmente o norte-americano e o continental-europeu) viram a necessidade de positivizar direitos fundamentais, que surgiram em concomitância ao avanço das ideias liberais.

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 307.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que reconheceu a liberdade, a igualdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão, a liberdade de religião e do pensamento, além de garantias contra a repressão penal foi uma das mais relevantes declarações da história, por confiar na intervenção do legislador enquanto representante do interesse geral.

Muito embora inúmeros elementos diferenciadores de tais movimentos possam ser apontados, é possível extrair variáveis comuns e consequências jurídicas semelhantes no constitucionalismo continental-europeu e norte-americano.

Uma evolução muito rápida permitiu que, no último quarto do século XVIII, fossem redigidas declarações de direitos fundamentais, tanto no “velho” como no “novo” mundo. Estas foram sendo cada vez mais reconhecidas como fundamento da ordem estatal-constitucional, devendo ser respeitadas pelo legislador comum, pela Administração Pública e pelos tribunais<sup>34</sup>.

Outro aspecto importante que tangencia a evolução da concepção de direitos fundamentais é o que a divide em “gerações”<sup>35</sup>. A primeira delas abrange direitos decorrentes das Revoluções americana e francesa, direitos esses que foram os primeiros a serem positivados. Os direitos de primeira geração visaram fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Por isso podem ser traduzidos em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo<sup>36</sup>. São direitos indispensáveis à condição de ser humano, e por isso ostentam pretensão universalista. Dizem respeito às liberdades individuais, onde o paradigma é o homem como indivíduo singular, sem que haja preocupação com relações interpessoais, ou seja, com o bem estar da comunidade como um todo.

O Estado Absenteísta, no entanto, mostrou-se insuficiente. Problemas sociais decorrentes do crescimento demográfico e de mudanças na estrutura econômica da sociedade instigaram novas reivindicações no sentido de provocar o Estado a adotar um papel ativo na realização da justiça social.

---

<sup>34</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012. p. 19.

<sup>35</sup> Importante ressaltar que, muito embora o termo seja utilizado para designar ciclos sucessivos de direitos, não há entre as “gerações” qualquer superação conceitual; muito pelo contrário, a garantia do não retrocesso dos direitos fundamentais é uma das mais importantes em sua efetivação.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et alii, op. cit., p. 309.

Nesse cenário, surge o Estado Intervencionista, dos seguros sociais e das ações estatais com o fito de operar para que a sociedade não mais sofresse com a falta de intervenção econômica e regulação da vida em sociedade. Os direitos de segunda geração caracterizam-se por obrigar o Estado a assumir obrigações positivas para alimentar o bem-estar dos seus cidadãos. Eles tentam estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante ações integradas dos Poderes Públicos nas áreas de assistência social, saúde, educação, lazer, trabalho, segurança pública, entre outros. Os chamados direitos sociais, portanto, referem-se a reivindicações de realização de justiça social. É nesse momento que o princípio da igualdade ganha realce; há uma verdadeira preocupação do Estado em garantir que os indivíduos tenham garantidos direitos que lhes proporcione o mínimo para a existência digna.

Já os chamados direitos de terceira geração apresentam titularidade difusa ou coletiva, pois tendem a preocupar-se com a coletividade e não com o ser humano de forma isolada. São representados pelo direito à paz, à qualidade do meio ambiente, ao desenvolvimento, entre outros.

A opção por desmembrar as fases históricas dos direitos fundamentais em gerações é meramente acadêmica e instrumental para que se possa compreender de que forma tais direitos surgiram como reivindicações acolhidas, pouco a pouco, pela ordem jurídica. É fundamental que se apreenda, dentro do contexto acima apresentado, que falar em sucessão de gerações não significa que, em algum momento, os direitos de uma geração tenham sido suplantados pelos direitos posteriores, advindos de outro contexto histórico e social.

Os direitos de cada geração persistem válidos juntamente com os direitos da nova geração, ainda que o significado de cada um sofra o influxo das concepções jurídicas e sociais prevalentes nos novos momentos<sup>37</sup>.

Pelo que até então se expôs, pode-se concluir que a crescente preocupação com a garantia dos direitos fundamentais diz respeito à progressão da sociedade no sentido da compreensão do homem enquanto sujeito que deve ter atendidas e satisfeitas as suas necessidades básicas para que possa viver a vida em sua plenitude.

---

<sup>37</sup> Ibid., p. 310.



## 2.2 Definição e finalidade

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual<sup>38</sup>.

Importante mencionar que um direito existe juridicamente após a sua positivação, que estabelece o seu real alcance. Por estarem contidos em normas jurídicas veiculadas no ordenamento pátrio é que são exigíveis em juízo.

A principal finalidade dos direitos fundamentais é conferir aos indivíduos uma posição jurídica de direito subjetivo, em sua maioria de natureza material, mas às vezes de natureza processual e, conseqüentemente, limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado<sup>39</sup>.

## 2.3 Características dos direitos fundamentais: elementos básicos

O conceito de direitos fundamentais, por si só, apresenta caráter amplo e superficial. É árdua a tarefa de fixar uma definição singular desses direitos justamente porque no âmago de cada sociedade democrática as concepções a respeito de direitos inerentes ao homem e que devem ser tutelados pelo Estado varia. Entretanto, é possível destacar aspectos que lhes são associados com mais frequência.

A primeira e talvez mais importante característica dos direitos fundamentais é que eles são universais e relativos.

A universalidade diz respeito justamente à titularidade dos direitos fundamentais, que são de todos, posto que somente o fato de o ser humano existir garante a ele a titularidade suficiente de muitos dos chamados direitos fundamentais.

No entanto, há que se ressaltar que alguns direitos fundamentais se dirigem a grupos específicos, a classes que possuem uma certa singularidade, como é o caso dos direitos dos trabalhadores.

Os direitos fundamentais, à época de sua concepção, eram tidos por absolutos “no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de

---

<sup>38</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit., p. 40.

<sup>39</sup> Ibid., p. 48.

não tolerarem restrição”<sup>40</sup>. Entretanto, essa concepção, advinda do jusnaturalismo, esbarra em dificuldades práticas e a doutrina atual já aceita limitações a tais direitos quando estes enfrentarem ou colidirem com outros valores de ordem constitucional. Por isso é que, atualmente, diz-se que são relativos tendo em vista que nenhum direito fundamental pode ser usado de escudo para a prática de atos ilícitos, bem como a admissão de que dois ou mais direitos fundamentais possam colidir.

Soma-se às duas características acima apresentadas o fato de os direitos fundamentais apresentarem historicidade. Cada capítulo histórico relevante vivido pela humanidade provavelmente contribuiu para o crescimento do catálogo de direitos até então existentes. Em sendo frutos de episódios da história universal, são inevitavelmente conexos com o contexto histórico no qual surgiram, e não se pode pretender que o seu conteúdo (e, conseqüentemente as suas interpretações) permaneça inalterável no tempo e no espaço. O recurso à História mostra-se indispensável para que, à vista da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne mais bem compreendido<sup>41</sup>.

O aspecto histórico acima exposto torna-se fundamental, também, para que se avalie a chamada índole evolutiva dos direitos fundamentais já que os mesmos podem desaparecer, aparecer ou ter seu significado alterado ao longo do tempo.

Os direitos fundamentais também são indisponíveis, ou seja, é impossível ao seu titular alienar, renunciar ou dispor do direito, ainda que por livre consciência. A inalienabilidade traz uma consequência prática importante – a de deixar claro que a preterição de um direito fundamental não estará sempre justificada pelo mero fato de o titular do direito nela consentir<sup>42</sup>.

Conforme já exposto anteriormente, os direitos fundamentais devem ser constitucionalizados, ou seja, devem estar consagrados em preceitos de ordem jurídica. Sendo assim, são tidos direitos fundamentais aqueles relacionados com a necessidade do ser humano de ter uma vida digna, desde que escalonados em diplomas normativos do Estado. Importante ressaltar que o rol do texto constitucional é meramente exemplificativo.

---

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira et alii, op. cit., p. 316.

<sup>41</sup> Ibid., p. 317.

<sup>42</sup> Ibid., p. 318.

Ademais, tais direitos exigem que os Poderes Públicos se vinculem a eles. Torna-se dever do Estado e, portanto, de suas instituições, zelar, proteger, resguardar e agir no que for necessário para assegurar a observância dos mesmos.

Por fim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata. Isso porque na experiência constitucional, verificou-se que a previsão normativa por si só não garantia o devido tratamento a tais direitos. O medo de que caíssem por terra e fossem marginalizados dos ordenamentos jurídicos fez com que a eles fosse assegurado um princípio acessório de aplicabilidade imediata. Por apresentar relevância ímpar, o tópico será desenvolvido à parte, no subcapítulo seguinte.

### **2.3.1 O efeito vinculante e o efeito horizontal dos direitos fundamentais**

A Constituição brasileira de 1988, em seu art. 5º, §1º, adotou a seguinte fórmula da aplicabilidade: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso significa que aos direitos fundamentais em geral, e não somente aos direitos individuais, ela é assegurada.

O real significado dessa cláusula é garantir que, dentre um texto de caráter programático, os direitos fundamentais não sejam encarados como meras diretrizes, mas sim como normas de caráter preceptivo. Entretanto, há normas de direitos fundamentais que não são autoaplicáveis. Isso porque elas precisam conter elementos mínimos indispensáveis que assegurem a sua aplicabilidade. Sendo assim, normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, por exemplo, não são exigíveis de imediato, visto que a sua plena eficácia está condicionada a uma complementação por parte do legislador. Nem sempre, portanto, as normas de direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos.

À vista de tais circunstâncias, a doutrina aplica ao art. 5º, §1º, da Constituição, o entendimento de que nele se conforma uma norma-princípio, onde se estabelece um mandado de otimização. Tal interpretação foi apresentada ao cenário jurídico na forma da Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, que afirmou que as normas que veiculam direitos fundamentais são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das

possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>43</sup>. Isso significa dizer que os direitos fundamentais caracterizam-se pelo variado grau de satisfação e pelo fato de a medida devida de sua satisfação não depender somente das possibilidades fáticas, mas jurídicas.

Por conseguinte, a fórmula da aplicabilidade imediata, ao emitir o comando de que todos os direitos e garantias fundamentais, isto é, *todas* as disposições que definem direitos e garantias individuais, sociais e políticos, independentemente do capítulo ou título da Constituição que os proclama, são *direta e imediatamente* vinculantes<sup>44</sup>, prescreve que as autoridades do Estado, sem exceção, incluindo todos os Poderes e, em especial, o Poder Legislativo<sup>45</sup>, estão vinculadas aos direitos fundamentais. É o chamado efeito vertical dos direitos fundamentais.

Outro caráter da norma em cotejo determina que os titulares desses direitos não precisam aguardar autorização, concretização ou outra determinação estatal para exercê-los. Até mesmo o Poder Judiciário pode suprir omissões estatais de forma a conservar e garantir a predominância dos direitos fundamentais sobre os poderes estatais.

(...) os direitos fundamentais vinculam o poder do Estado, proibindo-lhe de restringí-los por meio da legislação comum ou eximir-se da obrigação de respeito. Em outras palavras, os direitos fundamentais garantem, mediante a supremacia da Constituição, que nenhuma autoridade estatal, nem mesmo o Poder Legislativo, desrespeitará os direitos dos indivíduos. Isso constitui o *efeito vertical* dos direitos fundamentais que se manifesta nas relações caracterizadas pela desigualdade entre o “inferior” (indivíduo) e o “superior” (Estado), que detém, privativamente, o poder de legislar e um enorme potencial de violência organizada<sup>46</sup>.

Após a Segunda Guerra Mundial, a doutrina e jurisprudência alemãs, correspondendo ao contexto da época, consolidaram o entendimento de que os direitos fundamentais deveriam produzir, além dos seus efeitos verticais, efeitos horizontais ou “efeito perante terceiros” para que a sua proteção se desse de forma

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90.

<sup>44</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit., p. 90.

<sup>45</sup> O Poder Legislativo tem menção destacada pelo fato de que, ainda que detenha competência e legitimação democrática de legislar sobre normas gerais e abstratas e, em regra, vinculantes, não podem restringir direitos fundamentais mesmo que sob pretexto democrático.

<sup>46</sup> Ibid., p. 98.

completa sem que fosse possível aos cidadãos interferirem na eficácia dos mesmos em suas relações interpessoais. O reconhecimento desse efeito horizontal parece necessário quando, por exemplo, interesses de particulares são conflitantes.

Primeiramente, foi considerado – o efeito horizontal – na sua forma direta, como aplicação imediata das normas constitucionais em conflitos entre particulares.

Em seguida, considerou-se aceitar o efeito somente na forma mediata, ou seja, atribuir aos direitos fundamentais a possibilidade de irradiarem<sup>47</sup> sobre a legislação comum, infraconstitucional.

No ordenamento jurídico brasileiro, sob o fundamento do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, o reconhecimento do efeito direto dos direitos fundamentais não pode prescindir da mediação do Estado, detentor da obrigação de afastar ou reparar qualquer ameaça ou lesão a direitos fundamentais oriunda da relação entre particulares. Desta forma, fica estabelecida uma relação triangular onde o Estado, vinculado aos direitos fundamentais e protetor dos mesmos, media as relações entre particulares, que estão diretamente vinculados ao direito infraconstitucional.

No entanto, a aplicação direta pelo Estado-juiz não impugna a tese apresentada de que o efeito horizontal é meramente indireto, necessitando da intermediação de cláusulas gerais do direito infraconstitucional sobre as quais incide o referido “efeito de irradiação” e, evidentemente, da decisão do juiz que interpreta e aplica tais cláusulas<sup>48</sup>.

#### **2.4 A amplitude legislativa dos direitos fundamentais: leitura do art. 5º, §2º, da Constituição Federal**

A Constituição Federal da República de 1988, ao expressar a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos como princípios fundamentais nos artigos 1º, inciso III, e 4º, inciso II, da Constituição, priorizou a defesa do cidadão contra as mazelas que possam ser intentadas contra ele, abraçando o ideal da dignidade e a essência da vida em sua completude – assegurando a presença do Estado nessa relação garantista.

---

<sup>47</sup> Daí o chamado “efeito de irradiação”, pelo qual a legislação infraconstitucional seria interpretada “à luz” dos direitos fundamentais.

<sup>48</sup> Ibid., p. 106.

Nesse globo de direitos que dão vazão à humanidade do ser, há aqueles que consideram os direitos fundamentais, os direitos sociais, os direitos econômicos e os direitos políticos como parte de um grande sistema de proteção dos seres humanos, entendendo que cada um deles é imprescindível para levar a cabo a sua proteção ampla, total e irrestrita. Todos os direitos que as constituições declaram irrenunciáveis, intangíveis e inalienáveis se co-associam e coexistem num feixe<sup>49</sup>.

Nessa aspiração, o texto da Constituição de 1988 estabeleceu um comando normativo essencialmente humanista e internacionalista para a eficaz proteção da pessoa humana. Dentre essas normas assecuratórias, encontra-se aquela preceituada no §2º do art. 5º, que possui a seguinte redação:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Conforme se depreende da leitura do dispositivo acima colacionado, três são as vertentes adotadas na Constituição Federal de 1988 para os direitos e garantias individuais:

- a) Direitos e garantias expressos na Constituição (tanto em seu art. 5º como no restante do texto constitucional);
- b) Direitos implícitos, subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios pela Constituição adotados; e
- c) Direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Da interpretação do exposto na letra “b”, temos que o rol de direitos fundamentais foi reconhecido pela própria Constituição Federal como sendo meramente exemplificativo. Sendo assim, quaisquer direito fundamental criado à luz do regime e dos princípios constitucionais, ou seja, que não os contradiga, reduza ou de qualquer forma os afete, são legítimos.

---

<sup>49</sup> BARBOSA, Rui. op. cit., p. 52.

### **3. Da capacidade legislativa do constituinte decorrente de inovar em matérias de direitos fundamentais: possibilidades e limitações**

Conforme se pode depreender das ideias até então expostas, uma análise mais aprofundada da Constituição de 1988 denota certas intenções do constituinte que, inspirado no movimento popular pela democracia e a liberdade e sob a influência ideológica do liberalismo social, demonstrou algumas preocupações básicas que transpareceram no texto constitucional. São elas: democratizar o exercício do poder, acompanhado pelo fortalecimento da cidadania individual e o reconhecimento de uma nova figura do direito público; a cidadania coletiva; restabelecer as relações federativas, enfatizando a descentralização no lugar da tendência centralizadora da Constituição de 1967<sup>50</sup>.

Dentro desse cenário, e em sendo as normas de direitos fundamentais mandamentos de otimização, e não havendo disposição constitucional que limite a legislação sobre o tema, muito pelo contrário, a teor do art. 5º, §2º, que traduz o caráter meramente exemplificativo do rol apresentado pelo texto constitucional, podemos tomá-las por normas de observância obrigatória, porém de livre manejo para o constituinte decorrente. A ele caberá, diante da opção por ampliar o rol dos direitos fundamentais locais, avaliar que tais direitos vincularão todos os poderes locais e deverão ser maximamente concretizados.

Se o federalismo é, por essência, a repartição do território nacional que garante autonomia aos seus entes favorecendo, inclusive, a preservação das características locais, essa independência deve ser cada vez mais acentuada e trabalhada em prol do crescimento social, econômico e político local, bem como das demandas específicas de cada um desses centros de poder autônomo. O poder constituinte decorrente deve poder garantir novos direitos fundamentais à população residente no seu território de atuação, preservando os seus particularismos e valores histórico-culturais, não havendo razões jurídicas que freiem ou desincentivem a utilização desse poder. A Constituição Federal estabelece os direitos básicos dos cidadãos, que as unidades federadas podem ampliar, não restringir<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> BARBOSA, Rui. op. cit. p. 32.

<sup>51</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 260.

(...) o fato de algo ser da competência da União pouco diz sobre sua importância em relação aos direitos fundamentais. Aquilo que é de competência dos Estados – é possível, aqui, pensar na educação e na polícia – pode ter igual ou maior importância<sup>52</sup>.

### **3.1 Inovações legislativas em âmbito estadual e o Supremo Tribunal Federal: as ADI's 2643 e 3394**

A pesquisa à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal através do seu sítio eletrônico não gera resultados para a busca de decisões no campo temático dos direitos fundamentais em Constituições Estaduais. Significa dizer que a Corte ainda não chegou a apreciar matérias relacionadas a direitos fundamentais inseridas em Constituições Estaduais, inovando na abrangência de garantias no âmbito estadual. Ao revés, é possível localizar decisões referentes à aferição da criação de direitos, por meio de leis estaduais, que apresentam feição materialmente constitucional. Estas serão o objeto de análise do presente tópico.

#### **3.1.1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 2643: isenção do pagamento de taxa de inscrição aos candidatos ao exame vestibular de Universidade Estadual**

A ADI 2643<sup>53</sup>, proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Norte, tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 7983/01, que isenta do pagamento de taxa de inscrição os candidatos ao exame vestibular da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. A norma impugnada apresenta o seguinte teor:

Art. 1º. Fica isento do pagamento de taxa de inscrição, ou qualquer outra a ela vinculada, o candidato que se inscreva para prestar

---

<sup>52</sup> Ibid. p. 137.

<sup>53</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2643 RN

Relator: Min. Carlos Velloso

Julgamento: 12/08/2003

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação:DJ 26-09-2003 PP-00005 EMENT VOL-02125-01 PP-00162 RTJ VOL-00191-02 PP-00469

Partes: Governador do Estado do Rio Grande do Norte PGE-RN – Nivaldo Brum Vilar Saldanha e Outro Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte.



exame vestibular na Universidade Estadual do Rio Grande do Norte – URRN.

Art. 2º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação revogadas as disposições em contrário.

Para fins do presente estudo, apresentaremos os trechos dos votos e debates promovidos no Plenário do Supremo Tribunal Federal que apresentam relevância para a discussão do tema que envolve a necessária atuação dos Estados-membros no sentido de garantir direitos fundamentais, não necessariamente previstos na Constituição Federal na forma literal, aos seus cidadãos.

Após ter sido a norma impugnada por atentar contra os arts. 63, I, 165, II e 166, §3º, todos da Constituição Federal, o Ministro Carlos Velloso, relator da ação, aduziu em sua confirmação de voto que:

(...) o fato de não ser cobrada essa taxa não gera inconstitucionalidade, mesmo porque é razoável que o poder público assumira o ônus de ministrar ensino gratuito a todos. No caso, a Administração Pública do Estado do Rio Grande do Norte resolveu, por vontade de sua Assembleia Legislativa, tornar gratuito o exame vestibular para ingresso na universidade estadual. Sob certo aspecto, essa lei tem um alto significado social.

Com efeito.

Fui professor universitário durante cerca de trinta anos, em Minas, na PUC-MG e na UFMG. Em Brasília, na UNB. Não poucas vezes alunos me disseram que o dinheiro que tinham mal dava para o transporte. Sacrificavam muitas vezes, a própria alimentação. Então, tornar gratuito o exame vestibular é uma forma de abrir a universidade aos carentes, aos necessitados.

Que inconstitucionalidade haveria com a adoção dessa medida? Nenhuma.

O Ministro Carlos Ayres Britto, por sua vez, ao participar do debate da questão filiando-se ao voto manifestado pelo Relator Ministro Carlos Velloso, reforça a fundamentação de seu voto no tocante à matéria constitucional apresentada na ADI (a de isentar a cobrança de taxa de inscrição para os candidatos ao vestibular da Universidade Estadual) de forma a esclarecer o que segue:

(...) o voto do eminente Carlos Velloso homenageia, a meu sentir, melhor os princípios regentes da ministração do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV), mas me preocupo também com a democratização do acesso ao ensino público e essa

democratização claro que estará facilitada pela dispensa de taxa para prestação do concurso vestibular.

O Ministro Joaquim Barbosa, em aditamento ao voto, também registrou a importância da questão suscitada pelo seu alcance social.

Estamos cansados de ler e ouvir que o Brasil é um país onde há um afunilamento absoluto no acesso ao ensino, especialmente ao ensino superior. Mas não prestamos atenção nos pequenos detalhes que levam a esse afunilamento.

Sabemos que o ensino superior público é o de melhor qualidade no Brasil. Nesse caso, temos uma tentativa de democratizar o acesso por meio da gratuidade da taxa. Seria uma medida paliativa, que não resolve inteiramente o problema. A imposição da taxa exclui uma fatia considerável da população brasileira. São taxas no valor de oitenta, cem reais. Ora, famílias que têm uma renda pequena estão completamente excluídas disso, pois estariam sacrificando o próprio sustento.

Qual é, em última análise, a finalidade do vestibular? Em princípio, a de promover uma seleção supostamente baseada no mérito.

Mas exigências como a cobrança de taxa têm o efeito devastador de promover uma verdadeira triagem social, baseada na renda. E o que temos ao cabe de tudo isso? Um ensino público superior elitizado, acessível predominantemente, pelo menos nos cursos de maior prestígio, pelas classes sociais detentoras de maior poder aquisitivo, que ainda por cima não pagam um único centavo por esse ensino!

Senhor Presidente, não é preciso nenhuma erudição jurídica para demonstrar o caráter exasperantemente injusto desse nosso sistema de ensino.

A ADI 2643 restou assim ementada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO NORTE: VESTIBULAR: TAXA DE INSCRIÇÃO: ISENÇÃO. LEI nº 7.983/2001, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. I. - Lei nº 7.983/2001, que isenta do pagamento de taxa de inscrição os candidatos ao exame vestibular da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte: constitucionalidade. II. - ADI julgada improcedente.

Cumprido apontar que a Lei Estadual impugnada pela presente ação é a primeira lei de que se tem notícia que isentou os candidatos de exame vestibular do pagamento de taxas pela inscrição. Alguns Estados adotaram a exigência, cada qual ao seu modo, de forma a adaptar a necessidade de democratização do acesso ao ensino universitário público, após a edição da referida lei, que data do ano de 2001. No plano federal, a Presidente Dilma Rousseff sancionou neste ano de 2013 a

Lei Federal nº 12.799, que “dispõe sobre a isenção de pagamento de taxas para inscrição em processos seletivos de ingresso nos cursos das instituições federais de educação superior”.

### **3.1.2 A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3394: realização gratuita de teste de maternidade e paternidade em favor de hipossuficientes**

A ADI 3394<sup>54</sup>, proposta pelo Governador do Estado do Amazonas com o fim de ver declarada a Lei Estadual nº 50/04, viabiliza a realização de exame laboratorial de DNA ou teste de maternidade e paternidade para atender a interesses de pessoas reconhecidamente carentes. Segue a ementa do julgado:

**EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º E 3º DA LEI N. 50, DE 25 DE MAIO DE 2.004, DO ESTADO DO AMAZONAS. TESTE DE MATERNIDADE E PATERNIDADE. REALIZAÇÃO GRATUITA. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE CRIA DESPESA PARA O ESTADO-MEMBRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO ACOLHIDA. CONCESSÃO DEFINITIVA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. QUESTÃO DE ÍNDOLE PROCESSUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO 2º. SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. PERDA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ARTIGO 2º. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINAR O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ARTIGO 2º. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA "E", E NO ARTIGO 5º, INCISO LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL . 1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. **Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo.** As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em**

<sup>54</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3394 AM

Relator: Min. Eros Grau

Julgamento: 02/04/2007

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00023 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 112-117 REPUBLICAÇÃO: DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-01 PP-00099

Partes: Governador do Estado do Amazonas PGE-AM – R. Frânio A. Lima e Outro (a/s) e Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas.

*numerus clausus*, no artigo 61 da Constituição do Brasil --- matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo. Precedentes. 2. **Reconhecimento, pelas Turmas desta Corte, da obrigatoriedade do custeio do exame de DNA pelo Estado-membro, em favor de hipossuficientes.** 3. **O custeio do exame pericial da justiça gratuita viabiliza o efetivo exercício do direito à assistência judiciária, consagrado no artigo 5º, inciso LXXIV, da CB/88.** 4. O disposto no inciso I consubstancia matéria de índole processual --- concessão definitiva do benefício à assistência judiciária gratuita --- tema a ser disciplinado pela União. 5. Inconstitucionalidade do inciso III do artigo 2º que estabelece a perda do direito à assistência judiciária gratuita do sucumbente na ação investigatória que tenha sido proposta pelo Ministério Público e que tenha como suporte o resultado positivo do exame de DNA. Violação do disposto no inciso LXXIV do artigo 5º da Constituição de 1.988. 6. Fixação de prazo para cumprimento da decisão judicial que determinar o ressarcimento das despesas realizadas pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade do inciso IV do artigo 2º. 7. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucionais os incisos I, III e IV, do artigo 2º, bem como a expressão "no prazo de sessenta dias a contar da sua publicação", constante do caput do artigo 3º da Lei n. 50/04 do Estado do Amazonas. (grifos nossos)

Restou assentado, pela maioria dos Ministros presentes, que o direito à gratuidade do exame de DNA está amparado pela norma constitucional que veicula o efetivo exercício do direito à assistência judiciária, qual seja o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto, destacou que trata-se, o direito em tela, de efetivação de garantia constitucional. Assevera que “efetivamente, no estado das coisas, hoje, de investigação de paternidade, conceder-se assistência jurídica e judiciária e negar-se o exame de DNA é, na verdade, negar essa própria garantia de acesso à jurisdição”.

Em debate e em acréscimo à declaração acima apontada, a Ministra Carmen Lúcia acentua que “hoje, nessa matéria, há um dado da maior significação que é a criação possível de uma desigualdade grave entre os jurisdicionados, aquele que pode pagar e o que não pode. E isso é dever do Estado nacional”.

Tem-se, portanto, que a Lei Estadual em cotejo, por sua profunda conexão com a dignidade da pessoa humana, esta que é inerente ao homem, indisponível e necessariamente amparada pelo Estado-nação, é constitucional. Mais uma vez vemos confirmada a necessidade de o legislador que tem amplo domínio

das necessidades e demandas locais agir em nome da proteção dos seus cidadãos contra todas as adversidades que impedem a efetivação do existir dignamente.

### 3.2 Os direitos fundamentais e a reserva do possível: não afetação

Conforme já mencionado, uma norma de particular importância para o entendimento da aplicação dos direitos fundamentais está veiculada no art. 5º, §1º, da Constituição Federal: todos os direitos e garantias fundamentais, ou seja, todas as disposições que os definem, independentemente do capítulo ou título da Constituição onde se encontrem, são direta e imediatamente aplicáveis. É o chamado efeito imediato dos direitos fundamentais.

Entretanto, o efeito imediato dos direitos e garantias fundamentais não se manifesta plenamente no caso dos direitos fundamentais sociais que consistem em pretensões dos indivíduos diante do Estado e não podem ser exercidos de forma imediata, tal como estabelece a referida norma<sup>55</sup>.

Isso ocorre porque o dispositivo supra mencionado refere-se às normas definidoras de direitos. As normas que definem direitos insuficientemente, ou seja, que não definem um conteúdo concreto de direitos, ou ainda, que têm baixa densidade normativa, não são passíveis de aplicabilidade imediata por não conterem hipóteses e condições de incidência e forma de exercício, por uma escolha livre do constituinte.

Nesse ponto é necessária particular atenção para não confundir duas situações juridicamente distintas. Por um lado, temos o imperativo constitucional da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais que cria uma vinculação direta e plena do destinatário passivo dos direitos e garantias. Por outro lado, temos o problema das condições impostas para o exercício de determinado direito ou garantia. Enquanto o destinatário passivo deve imediatamente se conformar com os mandamentos constitucionais implementando o direito “diretamente aplicável”, o titular do direito, muitas vezes, não pode exercer esse direito de imediato<sup>56</sup>.

Não significa, portanto, que os direitos fundamentais não sejam de aplicabilidade plena, imediata e irrestrita. Eles somente são veiculados de diferentes formas, a depender da opção do constituinte em concretizá-los. Seria inapropriado concluir, mesmo no caso dos direitos sociais e difusos, que sejam simples normas

---

<sup>55</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit., p. 91.

<sup>56</sup> Ibid. p. 92.

programáticas, meros “desideratos” que o constituinte originário acrescentou ao texto constitucional. Sua aplicação imediata consiste, primeiro, na obrigação do legislador de cumprir imediatamente os deveres de regulamentação e, segundo, no dever dos tribunais de obrigá-lo a respeitar essa norma e, eventualmente, suprir a sua deficiência por meio do controle de constitucionalidade<sup>57</sup>.

Parte da doutrina nacional invoca a construção dogmática da reserva do possível para limitar os deveres estatais de prestação, principalmente os relacionados aos direitos sociais. O tema será desenvolvido a seguir, a partir da conceituação e entendimento do conceito de mínimo existencial.

### **3.2.1 A dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial**

Os mínimos sociais, expressão escolhida pela Lei nº 8.742/93, ou mínimo social, e ainda mínimo existencial, ou direitos constitucionais mínimos, integram o conceito de direitos fundamentais.

Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado. É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza<sup>58</sup>.

Não se pode afirmar, sob esse aspecto, que qualquer direito mínimo pode ser reconhecido como um direito integrante do mínimo existencial. A exigência é a de que o direito seja à situações existenciais dignas sem as quais cessam as possibilidades de sobrevivência do homem na adversidade social e desaparecem as condições iniciais da liberdade.

Em tentativa de aproximação, composição e reconstrução do conceito de dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet assim o considerou:

(por dignidade da pessoa humana entende-se) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-

---

<sup>57</sup> Ibid. p. 93.

<sup>58</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36.

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida<sup>59</sup>.

Tem-se, portanto, que o mínimo existencial é parte integrante da condição de ser humano a ele sendo reconhecido o direito de bem existir através do respeito e consideração do Estado e dos demais seres humanos. Significa dizer que o direito às condições mínimas de existência digna constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Não há dicção constitucional para o mínimo existencial, mas deve-se procurá-lo na ideia de liberdade, nos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão<sup>60</sup>.

### **3.2.2 A reserva do possível como limitador da concretização dos direitos fundamentais**

A reserva do possível, expressão cunhada em decisão do Tribunal Constitucional Alemão, constitui, hoje, teoria aplicada à possibilidade de satisfação dos direitos fundamentais pelo Estado, que está obrigado a fazê-lo. Indica que o Estado somente tutelar e implementará políticas públicas no sentido de concretizar os direitos e garantias na medida da disponibilidade de recursos para tanto.

Entretanto, não pode a reserva do possível ser aplicada, no ordenamento jurídico brasileiro, como critério limitador da aplicabilidade imediata dos direitos prestacionais pelas razões que seguem.

Primeiro, não se pode levantar a questão do que seja “possível” realizar no âmbito de atuação do Estado. O “possível”, assim como o “impossível”, não podem ser concretamente aferíveis. A organização e reorganização de prioridades orçamentárias, a racionalização de despesas, alocação de recursos e redistribuição dos mesmos são ações decididas no âmbito administrativo e político da Administração Pública. A escusa de cumprimento da obrigação de satisfazer direitos fundamentais por suposta falta de recursos se mostra desarrazoada. A

---

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 73.

<sup>60</sup> TORRES, Ricardo Lobo. op. cit. p. 36.

possibilidade de o Estado recorrer a medidas sólidas que amparem a concretização de direitos demonstra que a suposta “impossibilidade” só pode indicar falta de vontade política, não financeira, para o seu cumprimento.

Segundo, o Judiciário não pode, indiscriminadamente, declarar inconstitucionais as opções orçamentárias e a implementação de políticas públicas dos demais Poderes. A aferição de constitucionalidade vem adstrita à possibilidade de verificação do atendimento de prioridades constitucionalmente estabelecidas. Como não há hierarquia entre direitos fundamentais e a Constituição Federal não estabelece prioridades de uns perante outros, ao Judiciário não compete, em regra, realizar comparações entre políticas públicas, que são derivadas de juízos de valor político de outro poder, não sendo possível aferir se a realização de determinado direito é “possível”.

Terceiro, a impossibilidade de o Estado atender demandas de despesas não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral quanto individual<sup>61</sup>.

Desta forma, o legislador, na atuação da função típica de legislar, não pode se sentir limitado por uma suposta “reserva do possível” quando enxerga a necessidade de satisfazer uma demanda e suprir carências locais. O próprio comando de otimização dos direitos fundamentais não pode coexistir com limitações de caráter financeiro que tolham a função legislativa sob pena de engessamento do ordenamento jurídico que, ao contrário, deve acompanhar as evoluções e conquistas sociais. Assim sendo, o intérprete e o aplicador do direito não devem se preocupar com a figura da reserva do possível, e sim com a determinação rigorosa da área de proteção de cada direito<sup>62</sup>.

### **3.3 A Constituição Federal como ordem-fundamento e ordem-moldura e as discricionariedades legislativas – a visão de Alexy**

Tendo como ponto de partida críticas direcionadas à teoria dos princípios, Robert Alexy faz uma análise do papel a ser desempenhado por uma Constituição alinhado à ideia da atuação do legislador no sentido de ampliar ou restringir direitos fundamentais.

---

<sup>61</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. op. cit., p. 95.

<sup>62</sup> Ibid. p. 96.



Partindo do pressuposto de que os direitos fundamentais são mandamentos de otimização, como apontado anteriormente, o autor atenta o leitor para o que seriam os extremos dessa consideração: a insuficiência ou demasia desses direitos, ou seja, a flexibilização dos direitos fundamentais ao serem analisados como mandamentos de otimização e a ameaça de desaparecerem no turbilhão do sopesamento irracional<sup>6364</sup>.

Diante disso, indaga se a teoria dos princípios leva, de fato e necessariamente, a uma ordem-fundamento, uma ordem que exclui toda e qualquer liberdade do legislador ou a uma ordem-moldura, na qual o que é obrigatório ou proibido para o legislador compõe uma moldura da sua atuação; o que é facultado – ou seja, nem obrigatório, nem proibido – é aquilo que se encontra no interior da moldura<sup>65</sup>.

De acordo com a teoria dos princípios, uma boa constituição deve conciliar as duas coisas. Ela tem que ser tanto uma ordem-fundamento quanto uma ordem-moldura. Isso é possível se ela, em primeiro lugar, obriga e proíbe algumas coisas, ou seja, se ela estabelece uma moldura; em segundo, faculta outras coisas, ou seja, aceita discricionariedades; e, em terceiro, se por meio de seus deveres e proibições forem decididas aquelas questões fundamentais para a comunidade, que podem e devem ser decididas por uma constituição<sup>66</sup>.

Alexy demonstra, por meio dessa conclusão, que aquilo que as normas de uma constituição nem obrigam nem proíbem é abarcado pela discricionariedade estrutural do legislador<sup>6768</sup>, que se divide na discricionariedade para definir objetivos, na discricionariedade para escolher meios e na discricionariedade para sopesar. Todas essas formas de discricionariedade têm em comum o fato de que na área discricionária localiza-se aquilo que é facultado ao

<sup>63</sup> ALEXY, Robert. op. cit., p. 576-577.

<sup>64</sup> Diz-se “sopesamento irracional” porque “normas-princípios são mandamentos de otimização, que podem ser satisfeitos em graus diversos, e cuja medida devida de satisfação não depende apenas das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Elas têm uma tendência normativa à otimização, sem se fixar, no entanto, em um conteúdo determinado; elas são – necessariamente – passíveis de serem sopesadas”. (BÖCKENFÖRDE, 1991, *apud* ALEXY, 2012, p. 577).

<sup>65</sup> Cf. ALEXY, Robert. op. cit., p. 578-584.

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. op. cit., p. 584.

<sup>67</sup> *Ibid.* p. 584.

<sup>68</sup> Não é necessário fundamentar, segundo Alexy, que o legislador é livre se a constituição não o obriga a nada. Já não tão óbvio é fundamentar que ele é livre porque há dificuldades em se identificar se ele é livre. Essa é justamente a crítica direcionada ao posicionamento adotado pelo STF em não discutir a fundo as reais possibilidades e abrangência do legislador decorrente quando, por exemplo, do uso do “princípio da simetria” como norte para as suas decisões, conforme discutido anteriormente.

legislador e que o limite da discricionariedade é definido exatamente por aquilo que ao legislador é proibido ou obrigatório<sup>69</sup>.

Por meio dessa teoria da discricionariedade, são aceitáveis intervenções estatais não somente se a importância das razões para a intervenção forem maiores que a intensidade da intervenção, mas também quando há uma equivalência de valores. Ademais, constata-se que cabe ao legislador decidir se ele deseja escolher outras formas de regulamentação que pudesse ser melhor ou mais justa.

Dentro do cenário apresentado, Alexy faz uma ponderação de grande valia para que se imponha limites à atuação do legislador no âmbito dos direitos fundamentais: “quanto mais intensa for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Ibid. p. 620.

<sup>70</sup> Ibid. p. 618.

## CONCLUSÃO

O estudo permitiu que fossem feitos diversos apontamentos teóricos e práticos. Para que o arranjo sintetizador desta análise final seja coerente e coadunado com o percurso científico entabulado, repartiremos a apresentação das conclusões conforme a estrutura de capítulos do trabalho.

No primeiro capítulo, analisamos a consequência da adoção da federação para o Estado que, dependente da engenharia constitucional, admitirá a existência de um duplo ordenamento jurídico: o da Federação (ou União) e os ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados-membros. Dessa forma, será o ordenamento da União central e unitário, sendo as suas normas de administração, legislação e jurisdição de incidência nacional, atingindo todo o território e a população que compreende a República Federativa do Brasil. Por outro lado, os ordenamentos dos Estados-membros (entes regionais) serão parciais e intra-estatais, plurais e correspondentes ao número de Estados que compuserem o Estado Federal.

Em seguimento, analisamos a conjuntura do federalismo brasileiro, que foi instituído por imputação normativa, mediante a criação jurídica dos Estados no documento de fundação do Estado Federal. Desta forma, foi por meio da Constituição Federal que a associação normativa dos Estados gerou o nascimento jurídico tanto da União Federal como dos Estados componentes da federação, que passam a integrar a República Federativa.

Noutro ponto, estabelecemos que a descentralização, no Brasil, se apresenta em grau mais acentuado por compreender a chamada República Federativa do Brasil, Estado federal ou total, não somente a União, ente central, e os Estados-membros, entes regionais, mas ainda, como subdivisões territoriais destes últimos, os Municípios, entes locais, e como ente regional único, o Distrito Federal.

Aduzimos que a indissolubilidade da federação, cláusula pétrea constante do art. 60 da Constituição Federal, deve estar associada à autonomia dos Estados-membros, que consiste no poder de indivíduos e da própria coletividade de cada um dos entes federativos darem-se e regerem-se por ordenamento jurídico próprio, porém limitado por um ordenamento jurídico de ordem superior, traduzido na própria Constituição Federal.

Nesse sentido, da mesma forma que recebem uma gama de poderes para exercerem na sua esfera territorial, os Estados-membros também são destinatários de uma série de limitações previstas na Constituição Federal, materializadas sob a forma das chamadas “normas de observância obrigatória”.

Portanto, pode-se afirmar, tanto no que toca os poderes estabelecidos quanto no que concerne as restrições constitucionalmente previstas, que a Constituição Federal concebe a autonomia do Estado-membro “dentro de um círculo de competência, ora sujeito a contrações que reduzem sua área circular, ora recebendo dilatação que amplia as dimensões do círculo”<sup>71</sup>. Assim, quanto maior o número de normas de observância obrigatória limitadoras da autonomia estadual, menor o campo de atuação independente do poder constituinte do Estado-membro e, de forma inversa, quanto menor o número daquelas normas, maior o espaço de livre atuação daquele poder<sup>72</sup>.

Noutra esteira, discutimos que, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, diversos julgados negaram poderes aos Estados-membros com base no hipotético postulado que a própria Corte convencionou chamar “princípio da simetria”. Este, não definido propriamente pelo seu criador, tornou-se “a mais evidente tentativa de se estabelecer o fechamento da ordem constitucional federativa, especialmente no tocante ao problema dos limites constitucionais à autonomia do Estado-membro”<sup>73</sup>.

Em vista desse cenário, consolidou-se, na doutrina, um conceito baseado na ideia da aproximação entre as normas constitucionais federais e as normas constitucionais estaduais, ainda que a própria Constituição Federal silencie quanto à matéria. A aplicação de argumentação fundada em pura analogia, portanto, guiou o Supremo Tribunal Federal na solução de questões cujo fundo seria de discussão mais complexa.

No segundo capítulo do presente trabalho, analisamos os aspectos atinentes aos direitos fundamentais de maior relevância para a experiência em cotejo. Recuperamos o caráter histórico dos direitos fundamentais, apontando que a

---

<sup>71</sup> Ibid., p 341.

<sup>72</sup> KELSEN, Hans. op. cit., p. 452.

<sup>73</sup> LEONCY, Léo Ferreira. “*Princípio da simetria*” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. São Paulo: USP, 2011. Tese de Doutorado.

sua demanda protetiva corre em paralelo com as grandes revoluções e guerras vividas pela humanidade.

Nessa esteira, estabelecemos que a principal finalidade residente no reconhecimento, na interiorização e na normatização de “direitos fundamentais” diz respeito à limitação do poder do Estado a favor dos indivíduos a ele submetidos e à garantia de direitos conexos com aspectos essenciais de uma vida digna. Nesse sentido, os direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado, que podem ser tanto de caráter absenteísta como intervencionista.

O cenário permite concluir que a crescente preocupação com a garantia dos direitos fundamentais diz respeito à progressão da sociedade no sentido da compreensão do homem enquanto sujeito que deve ter atendidas e satisfeitas as suas necessidades básicas para que possa viver a vida em sua plenitude.

Em seguida, esboçamos de forma livre e pontual as principais características pelas quais se reconhece a fundamentalidade de um direito. Sob o enfoque trazido à baila, apontamos a universalidade, a relatividade, a historicidade, a indisponibilidade, a constitucionalização e a aplicabilidade imediata como elementos intrínsecos aos direitos em comento.

Noutra esteira, discutimos a importância do reconhecimento, pelo Estado, do efeito direto dos direitos fundamentais, que não podem prescindir da sua mediação. Desta forma, fica estabelecida uma relação triangular onde o Estado, vinculado aos direitos fundamentais e protetor dos mesmos, media as relações entre particulares, que estão diretamente vinculados ao direito infraconstitucional.

Dando continuidade ao destaque da importância da existência de direitos do homem reconhecidamente fundamentais, demonstramos que a Constituição Federal da República de 1988, ao abordar a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos como princípios fundamentais nos seus artigos 1º, inciso III, e 4º, inciso II, da Constituição, priorizou a defesa do cidadão contra as mazelas que possam ser intentadas contra ele, abraçando o ideal da dignidade e a essência da vida em sua completude – assegurando a presença do Estado nessa relação garantista.

Por fim, no terceiro e último capítulo da pesquisa, analisamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde foi possível detectar decisões

referentes à aferição da criação de direitos, por meio de leis estaduais, que apresentam feição materialmente constitucional.

A ADI 2643, proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Norte, teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei estadual que isentou do pagamento de taxa de inscrição os candidatos ao exame vestibular da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte. A ação foi julgada improcedente.

Interessante notar que a lei estadual ora impugnada é a primeira lei de que se tem notícia que isentou os candidatos de exame vestibular do pagamento de taxas pela inscrição. Após a sua edição, alguns Estados adotaram a exigência, cada qual ao seu modo, de forma a adaptar a necessidade de democratização do acesso ao ensino universitário público, após a edição da referida lei, que data do ano de 2001. No plano federal, a Presidente Dilma Rousseff sancionou neste ano de 2013 a Lei Federal nº 12.799, que “dispõe sobre a isenção de pagamento de taxas para inscrição em processos seletivos de ingresso nos cursos das instituições federais de educação superior”.

Noutro passo, a ADI 3394, proposta pelo Governador do Estado do Amazonas com o fim de ver declarada a Lei Estadual nº 50/04, viabilizou a realização de exame laboratorial de DNA ou teste de maternidade e paternidade para atender a interesses de pessoas reconhecidamente carentes.

Mais uma vez a Corte julgou a ação direta improcedente por tratar-se de matéria que apresenta profunda conexão com a dignidade da pessoa humana, esta que é inerente ao homem, indisponível e necessariamente amparada pelo Estado-nação. Mais uma vez vemos confirmada a necessidade de o legislador que tem amplo domínio das necessidades e demandas locais agir em nome da proteção dos seus cidadãos contra todas as adversidades que impedem a efetivação do existir dignamente.

Nesse prisma, não se pode deixar de observar que todas as esferas territoriais que compõem um Estado influenciam-se mutuamente quando de inovações no plano legislativo e executivo. A captação e recepção de novas ideias, novas leis, novas práticas, entre outros, possui um efeito dominó que se irradia positivamente rumo ao progresso social e à garantia dos direitos do homem.

Em outro plano, discutimos a impossibilidade de a dogmática da reserva do possível ser levantada como limitação dos deveres estatais de prestação, principalmente os relacionados aos direitos sociais. Isso porque a escusa de

cumprimento da obrigação de satisfazer direitos fundamentais por suposta falta de recursos se mostra desarrazoada. A possibilidade de o Estado recorrer a medidas sólidas que amparem a concretização de direitos demonstra que a suposta “impossibilidade” só pode indicar falta de vontade política, não financeira, para o seu cumprimento. Ademais, a impossibilidade de o Estado atender demandas de despesas não pode servir como limite constitucional ao seu dever de concretizar um direito social tanto no plano geral quanto individual.

Portanto, o legislador, na atuação da função típica de legislar, não pode se sentir limitado por uma suposta “reserva do possível” quando enxerga a necessidade de satisfazer uma demanda e suprir carências locais. O próprio comando de otimização dos direitos fundamentais não pode coexistir com limitações de caráter financeiro que tolham a função legislativa sob pena de engessamento do ordenamento jurídico que, ao contrário, deve acompanhar as evoluções e conquistas sociais.

Nesse viés conclusivo, apontamos a necessidade de amparo, por todos e quaisquer meios, inclusive pelo viés legislativo, dos direitos fundamentais. Em um território vasto como é o nosso, a capacidade local para tutelar as demandas locais é, ainda, a principal ferramenta para atenuar, sanar e pôr fim às mazelas de reduzem a qualidade de vida dos cidadãos.

O Poder Legislativo Estadual pode e deve atuar na inovação de direitos fundamentais, desde que respeitadas as reservas constitucionais, em prol do progresso local. O federalismo, dessa forma, deve ser encarado também como ferramenta poderosa de extinção das problemáticas assoladoras. É no federalismo que encontramos a resposta para a atuação federal, estadual e municipal e é a sua compreensão que nos guia à máxima descentralização.

Ora, num Estado como o Brasil, com uma superfície cuja vastidão compreende mais de oito milhões e trezentos mil quilômetros quadrados, um mundo completo no âmbito das suas fronteiras, com todas as zonas, todos os climas, todas as constituições geológicas, todos os relevos de solo, uma natureza adaptável a todos os costumes, a todas as fases da civilização, a todos os ramos da atividade humana, um meio físico e um meio moral variáveis na mais indefinida escala – o regímen da administração local necessita de variar também ilimitadamente, segundo esses acidentes incalculavelmente múltiplos, heterogêneos, opostos, como uma espécie de liga plástica, amoldável a todas essas divergências naturais e sociais num povo esparsa em território apenas inferior ao

Império britânico, ao Império russo, ao Império chinês e à República americana.

Não bastaria decretar uma constituição geral para os municípios rurais e uma constituição geral para os municípios urbanos. Entre esses dois termos decorrem gradações inumeráveis, desde o litoral até às fronteiras, desde a bacia do Amazonas até à do Prata, desde as costas até às regiões serranas, os vastos planaltos interiores. Dar organização idêntica a uma cidade do Rio Grande do Norte e a uma cidade do Rio Grande do Sul, a uma capital como Belém e a uma como Teresina; uniformar sob as mesmas instituições municipais Ouro Preto, São Paulo e Recife; identificar no mesmo regímen interior centros de comércio marítimo como o Rio de Janeiro e Santos, com aglomerações de riqueza agrícola como Campinas, Juiz de Fora, Vassouras; estender o mesmo molde de governo local a todas as regiões agrícolas desde a seção costeira tropical, do Amazonas a São Paulo, até à seção temperada meridional, de São Paulo ao Rio Grande, desde as planícies selvosas da Amazônia até às planuras do grande maciço que abrange Minas, Goiás e Mato Grosso, é desconhecer o princípio fundamental da descentralização administrativa. O mais idealmente perfeito de todos os planos de governo municipal falseia, esteriliza-se, oprime, desde que se procura aplicar às cegas, como estúpida rasoira, a situações tão diferentes.

Cada circunscrição territorial requer moldes municipais correspondentes. Uma organização medíocre, observadas as afinidades convenientes entre a sua forma e a comunidade local, a que tem de servir, será sempre incomparavelmente mais frutificativa do que o mais excelente dos sistemas, se não condisser com as exigências orgânicas do núcleo humano, a que se vai ajustar. Releva, portanto, que a organização das localidades varie de província a província, diversificando mesmo no seio de cada província, conforme o caráter, a civilização, as necessidades, a riqueza de cada região, de cada distrito, de cada centro populoso. A um parlamento, à legislatura nacional seria demência incumbir semelhante discriminação.

Às assembleias provinciais é que essa função há de competir, mas quando elas forem, como nos Estados Unidos, assembleias de Estados livres, aliados pela federação num forte organismo nacional. Sob a Monarquia unificada os municípios terão de definir sempre adistritos ao princípio da uniformidade mecânica, que atrofia a vida local. Enquanto a nomeação arbitrária, ou a escolha sobre listas tríplexes, subordinar, direta ou indiretamente, os presidentes à influência da administração central, as assembleias provinciais serão sempre corporações dependentes e subalternas. Para se lhes confiar com vantagem a constituição das municipalidades, faltar-lhes-ia a vitalidade, o espírito patriótico, a ascendência moral, que só a importância das suas funções, numa federação, lhes poderia granjear.

Eis aí está por que, enquanto a nós, não pode haver, num país como este, reorganização municipal séria, inteligente, fecunda antes da federação.



(...) Ora, a federação é isto, meramente isto: o governo da província pela província, num país onde a legalidade proclama o governo da nação pela nação.

(...) A federação é o laço de unidade e o tipo normal da organização livre da nação na imensidade e diversidade de um território como o nosso<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> BARBOSA, Rui. op. cit., p. 52-54.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Rui. *O Liberalismo e a Constituição de 1988: textos selecionados; organização de Vicente Barretto*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3647 MA. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 16/09/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008 EMENT VOL-02319-02PP-00406. Partes: Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, Marcos Alessandro Coutinho Passos Lobo e Outros (a/s) Assembléia Legislativa do Estado do Maranhão. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=527291>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2079 SC. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento: 28/04/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18-06-2004 PP-00044 EMENT VOL-02156-01 PP-00073. Partes: Governador do Estado de Santa Catarina, PGE-SC Walter Zigelli, Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375325>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3619 SP. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento: 31/07/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 20-04-2007 PP-00078 EMENT VOL-02272-01 PP-00127.

Partes: Partido dos Trabalhadores – Diretório Nacional, Márcio Luiz Silva e Outros (a/s) e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=439258>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 2643 RN. Relator Ministro Carlos Velloso. Julgamento: 12/08/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação:DJ 26-09-2003 PP-00005 EMENT VOL-02125-01 PP-00162 RTJ VOL-00191-02 PP-00469. Partes: Governador do Estado do Rio Grande do Norte PGE-RN – Nivaldo Brum Vilar Saldanha e Outro Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266871>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 3394 AM. Relator Ministro Eros Grau. Julgamento: 02/04/2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007 PP-00023 RT v. 96, n. 866, 2007, p. 112-117 REPUBLICAÇÃO: DJe-152 DIVULG 14-08-2008 PUBLIC 15-08-2008 EMENT VOL-02328-01 PP-00099. Partes: Governador do Estado do Amazonas PGE-AM – R. Frânio A. Lima e Outro (a/s) e Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=541505>. Acesso em: 02 de agosto de 2013.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. Edição Administrativa. Brasília, Centro de Documentação e Informação, Senado Federal. Biênio 2011-2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.

HORTA, Raul Machado. *A autonomia do estado-membro no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: UFMG, Tese, 1964.

\_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HORTA, Raul Machado, et al. *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de Constitucionalidade Estadual*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *“Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente*. São Paulo: USP, 2011. Tese de Doutorado.

\_\_\_\_\_. *Uma proposta de releitura do “princípio da simetria”*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-nov-24/observatorio-constitucional-releitura-principio-simetria>. Acesso em: junho 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira et alii. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano Atual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.