



Daniel Adriano Araldi Martins

MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL

2^a

EDIÇÃO

revista, ampliada
e atualizada

- Conforme EC n. 125 de 2022 e Informativo n. 1.071 do STF.

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



Quadro esquemático das formas de Estado:

Estado unitário	<ul style="list-style-type: none"> • Concentração territorial do poder político no ente central. • Pode haver delegação de competências e atribuições pelo governo central, mas ela é discricionária e pode ser ampliada, reduzida ou suprimida a qualquer momento.
Estado regional	<ul style="list-style-type: none"> • O poder político está constitucionalmente descentralizado. • Cabe ao governo central determinar, discricionariamente, o que será ou não descentralizado. Todavia, não pode haver a supressão de todas as atribuições, já que a própria constituição garante algum nível de divisão espacial de poder.
Estado federal	<ul style="list-style-type: none"> • O poder político está constitucionalmente descentralizado. • A própria constituição faz a divisão de competências e atribuições, de modo que a cada unidade federativa é reconhecida autonomia.

3. ESTADO FEDERAL

A. Características

Dalmo de Abreu Dallari aponta como **características** da forma de Estado federalista:⁷

- i) **Existência de um único Estado.** Em uma federação, ainda que os entes locais recebam o nome de “Estados”, como acontece nos Estados Unidos e no Brasil, há somente um único Estado composto por um ente central e vários entes locais.
- ii) **A constituição é a base jurídica.** Diferentemente do que ocorre em uma confederação, em que a base jurídica da união é um tratado, nos Estados federais o elemento jurídico unificador é a constituição.

7. DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da Teoria Geral do Estado. 28ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 258-259.

- iii) **Inexistência do direito de secessão.** Independentemente de previsão expressa na constituição, os entes federados não podem retirar-se legalmente do Estado.
- iv) **Somente o Estado Federal tem soberania.** Os entes federados não possuem soberania, mas tão somente autonomia política. Isso significa que o poder político dos entes da federação está constitucionalmente limitado.
- v) **Não há hierarquia entre os entes federados.** Não há, em um Estado federal, a prevalência do ente central sobre os entes locais. O que há é uma **divisão de competências**, esquadrihada na própria constituição, que deve ser respeitada.
- vi) **Repartição de receitas.** Para garantir a autonomia e individualidade de cada ente federado, a constituição prevê receitas próprias para cada um deles. A razão é simples: se os entes locais dependessem exclusivamente de repasses do ente central, a autonomia constitucionalmente garantida poderia se tornar mera previsão formal.
- vii) **Direito de participação dos entes locais na formação de vontade do ente central e o do ente global.** Em regra, tal participação ocorre por meio da previsão de um Poder Legislativo bicameral no ente central, cabendo ao Senado ser o órgão de representação dos entes locais.
- viii) **Cidadania única.** Os cidadãos do Estado federal possuem a mesma cidadania, não havendo a coexistência de cidadanias – por exemplo, não é possível estabelecer uma cidadania carioca ou paulista. Isso significa que não pode haver tratamento diferenciado entre pessoas que nasceram ou residem nos diferentes entes federados.

B. Tipologia do federalismo

O federalismo, ainda que mantenha suas características, pode se manifestar de diversas formas na prática. Em razão disso, é possível classificá-lo a partir de diversos critérios.

► **Quanto à origem:**

- a. **Federalismo por agregação:** É aquele em que o Estado federal é formado por meio de um movimento **centrípeto**. Aqui, diversos Estados independentes optam por reunirem-se e formar um novo Estado. Para tanto, abrem mão de sua soberania e passam a deter tão somente autonomia.

O grande exemplo de federalismo por agregação é o caso dos Estados Unidos da América. Podemos citar ainda a Suíça.

- b. **Federalismo por desagregação:** O federalismo por desagregação, ao contrário, é aquele em que é formado historicamente por meio de um movimento **centrífugo**. É dizer: um único Estado unitário opta, em determinado momento, por descentralizar-se. Criam-se, assim, diversos entes locais dotados de autonomia.

O Brasil é um exemplo desse federalismo, uma vez que se formou como um Estado unitário após a declaração de independência, vindo a se tornar uma federação somente com o advento da Constituição de 1891.

► **Quanto à repartição das competências:**

- a. **Federalismo dualista:** Neste modelo de federalismo, as competências são repartidas entre os entes federativos de **forma estanque**. Não há, aqui, a previsão de competências comuns ou concorrentes, não se estabelecendo uma relação de cooperação, mas sim de **coordenação**. Dircêo Torrecillas Ramos aponta que esse tipo de dualismo foi concebido nos séculos XVIII e XIX e dele decorria a repartição horizontal de competências, com a previsão de tributos exclusivos.⁸
- b. **Federalismo de cooperação:** É aquele em que a constituição prevê, ao lado das competências exclusivas e privativas, a existência de competências concorrentes e comuns entre os entes federados.

8. RAMOS, Dircêo Torrecillas. O federalismo assimétrico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 48.

Nessas matérias, faz-se necessária uma atuação conjunta entre as diversas esferas de poder estatais.

O Brasil, em sua Constituição de 1988, adotou o federalismo cooperativo – ver artigos 23 e 24 da CF/88.

► **Quanto à simetria:**

- a. **Federalismo simétrico:** Diz-se simétrico aquele federalismo em que a distribuição de competências feitas pela constituição **prestigia igualmente** os diversos entes federativos de mesmo nível. Ocorre quando as regiões que integram o Estado são **culturalmente homogêneas**, contando com um nível de **desenvolvimento similar**.

É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos da América.

- b. **Federalismo assimétrico:** No federalismo assimétrico, a constituição federal trata de **maneira diversa** entes federativos que estão no mesmo nível. Isso ocorre em situações em que há **diferenças culturais e econômicas** dentro de um mesmo território, sendo necessária uma flexibilização no modelo federalista para que esses pontos de distinção sejam bem acomodados.

Um bom exemplo de federalismo assimétrico é o caso da Suíça, que é composta por vinte e seis cantões que, ainda que mantenham alguma proximidade cultural e econômica, diferenciam-se em diversos aspectos, como, por exemplo, a língua – são quatro as línguas oficiais: o alemão, o francês, o italiano e o “romanche”.

✓ **Observação:** A **Constituição de 1988** adotou, no Brasil, um **federalismo simétrico**. Com efeito, foram previstas as mesmas competências entre os entes federados de mesmo nível – as competências dos Estados-membros estão previstas no artigo 25 da CF/88 e são iguais entre eles, da mesma forma em que os Municípios possuem as mesmas competências (artigo 30 da CF/88).

Há, no entanto, alguma **mitigação**. Em diversos dispositivos espalhados pelo texto constitucional reconhece-se que existem

diferenças entre as regiões brasileiras de modo a equacioná-las (ver os artigos 3º, inciso III; 43; 151, inciso I e 159, inciso I, alínea “c”, todos da CF/88).

Apesar dessas regras, parcela da doutrina afirma que há um **erro de simetria** em nosso federalismo, pois o Brasil, pelas suas dimensões continentais e, principalmente, por suas diferenças socioeconômicas, demandaria um tratamento constitucional mais assimétrico.⁹

► **Quanto à estrutura:**

- a. **Federalismo típico:** Também conhecido como federalismo **bi-partide** ou **bidimensional**, é aquele formado por duas ordens de competência: a central e as regionais. É o mais frequente, podendo citar-se como exemplo os Estados Unidos da América.
- b. **Federalismo atípico:** É chamado também de **tripartite** ou **tridimensional**. Nele, além da descentralização do todo, característica do federalismo, há a **descentralização das partes**. Em vez das tradicionais duas ordens de competência, temos **três**: a central, as regionais e as locais.

O exemplo é o caso do Brasil a partir da Constituição de 1988.

✓ **Observação:** O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar da tríplice estrutura do Estado brasileiro, que conta com a União, os Estados-membros e os Municípios como entes federativos, afirma que a Constituição de 1988 consagra um **federalismo de segundo grau**. Isso porque, argumenta o ilustre professor paulista, o poder de auto-organização dos Municípios está submetido tanto aos preceitos da Constituição Federal, quanto aos preceitos da Constituição do respectivo Estado-membro.¹⁰

9. ZIMMERMAN, Augusto. Curso de direito constitucional. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 392.

10. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 88.

► **Quanto à concentração de poder:**

- a. **Federalismo centralizador:** É aquele que possui como característica uma maior concentração de poder no ente central, em detrimento dos entes regionais e locais. Embora haja um destaque para o ente central, isso não é suficiente para afastar a autonomia dos demais entes, que possuem competências administrativas, legislativas e políticas previstas expressamente na constituição – do contrário, sequer seria possível falar em Estado federal.

O Brasil é comumente citado como exemplo de federalismo centralizador.

✔ **Observação 1:** Quando há uma concentração acentuada de poder político no ente central e conseqüentemente um largo enfraquecimento da autonomia dos demais entes, temos o chamado **federalismo de integração**.¹¹

✔ **Observação 2:** Outro modelo em que há uma presença marcante do ente federal é o **federalismo orgânico**. O termo é cunhado por Augusto Zimmermann. Segundo o autor, ele ocorre quando a constituição disciplina de maneira minuciosa como as unidades federativas devem se organizar, deixando uma margem irrisória de autonomia para elas se auto-organizarem.¹²

- b. **Federalismo descentralizador:** É aquele marcado pela maior autonomia dos entes regionais e locais, aos quais são conferidas mais competências legislativas, administrativas e políticas.

Os Estados Unidos da América podem ser citados como um exemplo de federalismo descentralizador.

11. Dircêo Torrecillas Ramos afirma que: “Essa modalidade acentua os traços do federalismo cooperativo, mas conduz mais a um Estado unitário descentralizado constitucionalmente, do que a um verdadeiro Estado federal”, ver RAMOS, Dircêo Torrecillas. O federalismo assimétrico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 48.

12. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, p. 855.

- c. **Federalismo de equilíbrio:** O federalismo de equilíbrio é expressão cunhada por Dircêo Torrecillas Ramos para designar um tipo de federalismo que se encontra no meio do caminho entre o centralizador e o descentralizador. Enquanto estes modelos buscam priorizar ou o ente central ou os entes regionais, no federalismo de equilíbrio busca-se o **reforço das instituições federativas** para que todos os entes federados se desenvolvessem de maneira uniforme e detenham **igual parcela de poder político**.¹³

C. Autonomia dos entes federativos

Os entes federativos, vimos, não são dotados de soberania, mas sim de autonomia.

A **soberania** é o poder de organizar-se juridicamente e fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum.¹⁴ Tem por características a indivisibilidade, inalienabilidade e a imprescritibilidade. Cuida-se de um poder que não está condicionado por nenhum outro, seja de ordem interna ou de ordem externa.

A **autonomia**, por outro lado, é a capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração conferida aos entes federativos. Diferentemente da soberania, está condicionada por limites previstos na constituição.

A **auto-organização** é o poder que o ente federado tem de **editar sua própria constituição** e, assim, organizar a sua estrutura – órgãos, entidades etc. No caso dos Municípios, a auto-organização se manifesta na edição de sua lei orgânica própria.

A auto-organização é tão importante para a configuração da autonomia, que André Ramos de Tavares adverte:

13. Nas palavras do autor: “o federalismo pra alcançar o sucesso desejado requer um equilíbrio de população, de riqueza, de território e de poder. Quando ocorre disparidades, estas devem ser corrigidas.”; RAMOS, Dircêo Torrecillas. O federalismo assimétrico. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 53.

14. REALE, Miguel. Teoria do direito e do estado. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 140.

“Constata-se a autonomia, especialmente, pela admissibilidade de Constituições elaboradas pelos próprios entes federativos.

A auto-organização de cada entidade é imprescindível para a existência do federalismo. A circunstância de respeitar certos princípios obrigatórios não impede que se reconheça essa autonomia. É preciso, contudo, encontrar um justo equilíbrio entre a necessária autonomia e a necessária unidade¹⁵

O **autogoverno**, por sua vez, é o poder que o ente federado tem de escolher seus próprios representantes, preenchendo a estrutura criada na constituição ou lei orgânica respectiva.

A **autoadministração**, por fim, é o poder que o ente federado tem de gerir e desenvolver suas competências constitucionalmente previstas, ou seja, de gerir seus bens, dar execução às suas leis e organizar e prestar os serviços a eles atribuídos.

Parcela minoritária da doutrina adiciona aos três predicados clássicos da autonomia, um quarto: a **autolegislação**, que é o poder de editar, dentro das competências que lhe foram atribuídas pela constituição, as próprias leis.¹⁶

Em um Estado que adote o modelo federalista, a soberania é exercida pelo **Estado Federal**, enquanto os entes federativos (no caso brasileiro, a União, Estados-membros e Municípios) possuem autonomia para exercer as suas competências constitucionalmente previstas.

4. O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO

A. Introdução

O Brasil adota o federalismo como forma de Estado desde a edição do **Decreto n.º 1 de 15 de novembro de 1889**, que em seu artigo

15. TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação 2018, p. 859.

16. Nesse sentido: NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 550.

MODALIDADES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Já vimos os sistemas norte-americano e austríaco de controle de constitucionalidade e as suas diferenças. Além desses modelos, ao visitarmos o direito comparado, é possível identificar diversas formas de exercício do controle de constitucionalidade.

Dessa variedade e riqueza de manifestações, podemos elencar algumas características e elementos que os diferenciam. Passemos, então, a estudá-los.

2. CONTROLE POLÍTICO E CONTROLE JUDICIAL

O primeiro critério distintivo que analisaremos baseia-se na **natureza jurídica do órgão** competente para o controle.

O controle é **político** quando confiado a órgãos de natureza política, ou seja, ao **Poder Executivo** e ao **Poder Legislativo**.

Historicamente, esse modelo está ligado ao **sistema francês** de controle de constitucionalidade. Os jacobinos e girondinos, quando da revolução francesa, tinham intensa desconfiança em relação aos juizes, que, na ótica deles, teriam ajudado na manutenção do *ancien régime*. É por essa razão que a Constituição de 1958 criou um órgão político – o *Conseil Constitutionnel* –, que não se encontra na estrutura do Poder Judiciário, para realizar a fiscalização de constitucionalidade na França.¹

A grande vantagem dessa modalidade é, se não eliminar, reduzir bastante a dificuldade contramajoritária. Todavia, o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho alerta que o controle político tem se mostrado, na prática, ineficaz.²

O controle **judicial**, por sua vez, é atribuído a um órgão ou a órgãos integrantes do **Poder Judiciário**.

No Brasil, adotamos um sistema eclético, em que há uma preponderância do controle judicial, com incidências pontuais de controle político. O Poder Executivo, por exemplo, pode vetar uma lei inconstitucional, enquanto o processo legislativo conta com a análise pela Comissão de Constituição e Justiça dos projetos de lei.

3. CONTROLE PREVENTIVO E REPRESSIVO

Em relação ao momento de realização do controle, podemos separar o controle em preventivo e repressivo.

O controle **preventivo** é aquele que ocorre **durante o procedimento de elaboração do ato**, ou seja, antes da conversão do projeto de lei em lei. Essa modalidade é partidária do velho ditado popular: “*é melhor prevenir do que remediar*”. Busca-se, com ele, evitar que um ato inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico e venha a produzir efeitos incompatíveis com a constituição.

-
1. CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 27-29.
 2. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65.

Em nosso ordenamento jurídico, temos **três possibilidades** de controle preventivo de constitucionalidade:

- a) **Veto jurídico:** o artigo 66, §1º, da Constituição de 1988 prevê que o Chefe do Poder Executivo pode vetar, no todo ou em parte, o projeto de lei que considere inconstitucional.

✔ **Observação:** O veto, conforme expressa previsão constitucional (artigo 66, §2º, da CF/88), poderá ser parcial. No entanto, diferentemente do que ocorre no controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário, em que se poderá declarar inconstitucional até mesmo uma única palavra, desde que não haja completa alteração no sentido do dispositivo, o veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

- b) **Parecer negativo da CCJ:** as Comissões de Constituição e Justiça das Casas Legislativas podem emitir parecer contrário a um projeto de lei que considerem inconstitucional. Caso isso ocorra, o projeto de lei será, em regra, arquivado definitivamente (artigo 101, §1º do Regimento Interno do Senado Federal e artigo 54, inciso I do Regime Interno da Câmara dos Deputados).
- c) **Decisão judicial:** o Supremo Tribunal Federal, como **regra, não admite** o controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário. Admite-o, contudo, em duas situações **excepcionais**: i) por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar para garantir o seu direito público subjetivo de não participar da deliberação de uma proposta de **Emenda Constitucional** manifestamente ofensivo à **cláusula pétrea**³ e ii) por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar quando, no **projeto de lei ou PEC**, se verifique manifesta ofensa ao **devido processo legislativo**.⁴⁻⁵

3. STF, Tribunal Pleno, MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, j. 8.10.1980.

4. STF, Tribunal Pleno, MS 32.033, Red. p/ acórdão Min. Teori Zavascki, j. 20.6.2013.

5. Luiz Guilherme Marinoni, encampando doutrina minoritária, sustenta que o controle judicial do processo legislativo por meio da impetração de mandado de segurança por

✔ **Observação:** Nesses casos em que o STF admite o controle judicial preventivo, **não caberá o controle sobre aspectos discricionários, tampouco sobre atos *interna corporis*.**

O controle **repressivo**, também chamado de **sucessivo** ou **posterior**, é aquele que ocorre somente **após a conclusão do processo legislativo**, ou seja, que é realizado sobre a lei. Aqui, o ato impugnado já ingressou no ordenamento jurídico.

O controle repressivo, **em regra**, é exercido pelo **Poder Judiciário**. Contudo, existem algumas hipóteses excepcionais em que ele será exercido pelos outros Poderes.

A **primeira exceção** está prevista no **artigo 49, inciso V, segunda parte da CF/88**. De acordo com esse dispositivo, poderá o Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem dos limites de delegação legislativa.

O artigo 68 da Constituição Federal permite que o Presidente da República elabore lei delegada, mediante delegação do Congresso Nacional, o que se materializa por meio da edição de uma resolução. Se o Presidente, na edição da lei delegada, exorbitar os limites da delegação previstos nessa resolução, poderá o Congresso Nacional sustar esse ato normativo.

Essa sustação, para a **doutrina minoritaríssima**, representa uma forma de **controle de legalidade**, e não de constitucionalidade. Isso porque, teríamos o confrontamento da lei delegada com a resolução editada pelo Congresso Nacional e, não com a Constituição.⁶

Todavia, **prevalece** o entendimento de que o Congresso Nacional, ao exercer a sua prerrogativa constante do artigo 49, inciso V, segunda parte da Constituição, está realizando um **controle de constitucionalidade**.

parlamentar não é forma de controle judicial preventivo, mas repressivo. Nas palavras do autor: "Contudo, é importante perceber que, neste caso, não há controle preventivo de constitucionalidade. O que existe é controle judicial repressivo, mediante mandado de segurança. (...) Há inconstitucionalidade muito antes de se chegar à deliberação, o processo é, por si só, inconstitucional", ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ivo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.014-1.016.

6. PINHEIRO, Bruno. Controle de constitucionalidade: doutrina, jurisprudência e questões. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 102.

Isso porque a lei delegada (objeto do controle) está sendo comparada com o próprio artigo 68 da CF/88, que seria, portanto, o verdadeiro parâmetro de controle. Temos, assim, um exemplo de controle de constitucionalidade político repressivo.⁷

A **segunda exceção** está relacionada com a edição de **medidas provisórias**.

O artigo 62 da CF/88 prevê que, nos casos de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

Caso o Poder Legislativo, ao apreciar a medida provisória, **não a converta em lei por entendê-la inconstitucional**, teremos um controle de constitucionalidade exercido pelo Congresso Nacional posterior à edição do ato normativo (a medida provisória).

Por fim, a **última exceção** é a possibilidade de **recusa direta do Chefe do Poder Executivo em aplicar a norma inconstitucional**.

O **Supremo Tribunal Federal**, antes da Constituição de 1988, possuía entendimento de que era possível aos Governadores dos Estados-membro expedirem ato determinando aos seus servidores o descumprimento de lei por ele (Governador) considerada inconstitucional. O fundamento para tal baseava-se no fato de que a Constituição não é interpretada exclusivamente pelo Poder Judiciário, mas por todos os Poderes. Veja-se que os Chefes do Poder Executivo assumem, ao serem empossados, o compromisso de cumprir e defender a Constituição Federal.⁸

Com o advento da CF/88, há dúvida doutrinária se esse entendimento da Suprema Corte se mantém. Isso porque, diferente da Constituição de 1946, que vigia quando da decisão, a Constituição de 1988 **alargou o rol de legitimados à propositura de ações do controle abstrato de constitucionalidade**, prevendo expressamente o próprio Governador no elenco dos legitimados.

7. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 765; BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4ª ed. rev. e atual – São Paulo: Saraiva: 2009, p. 46; e CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 8ª ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016, p. 106.

8. STF, Tribunal Pleno, RMS 14.557, Rel. Min. Cândido Motta Filho, j. 17.5.65.

Soma-se a isso o fato de o STF ter decidido que, após a EC n.º 16/65, **não pode o Presidente da República descumprir deliberadamente lei federal que entenda ser inconstitucional**, uma vez que o Procurador-Geral da República, cargo até então de confiança do Presidente, poderia dar início, de forma rápida e singela, ao processo de controle abstrato de normas.⁹

Em razão disso, Gilmar Ferreira Mendes entende que, atualmente, pelos mesmos motivos, não se deve reconhecer ao Governador a prerrogativa de repelir a execução de lei que lhe pareça em desconformidade com as normas constitucionais. Todavia, os **Prefeitos Municipais**, por não possuírem legitimidade para o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, **poderiam recusar a aplicação de lei** que avaliem como inconstitucional.¹⁰

José Joaquim Gomes Canotilho, por outro lado, possui entendimento um pouco diverso. Para ele, os administradores não podem deixar de aplicar a lei por entenderem que ela é inconstitucional, **salvo se a ordem implicar o cometimento de crime**.¹¹

Seja qual for o entendimento adotado, fato é que todos os autores, em alguma medida, admitem que integrantes do Poder Executivo exerçam controle de constitucionalidade posterior à edição do ato normativo quando a aplicação do ato enseje o cometimento de crime.

4. CONTROLE DIFUSO E CONCENTRADO

Em relação ao **número de órgãos com competência para o controle**, o controle pode ser difuso ou concentrado.

O controle **difuso**, também conhecido como controle **aberto**, é aquele no qual o ordenamento jurídico constitucional do Estado confere à **pluralidade de órgãos do Poder Judiciário** a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

9. STF, Tribunal Pleno, MS 15.886, Rel. Min. Victor Nunes, j. 26.05.1966.

10. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 147-150.

11. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., 20ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 442-445.

No controle **concentrado**, por outro lado, reserva-se a **único órgão** o controle de constitucionalidade das leis. Esse órgão é criado especificamente para exercer essa função.

✔ **Observação:** Não podemos perder de vista que, em um Estado que adote a forma federativa de Estado, cada ente federado poderá contar com um órgão específico para analisar a constitucionalidade de atos frente a sua constituição, sem que isso descaracterize o fato desse controle ser concentrado.

Na realidade brasileira, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal é incumbido de realizar o controle concentrado de constitucionalidade tendo como parâmetro a Constituição Federal, enquanto os Tribunais de Justiça têm competência para realizar o controle concentrado tendo como parâmetro as constituições estaduais respectivas.

5. CONTROLE PRINCIPAL E INCIDENTAL

Quanto ao **modo de manifestação do controle**, podemos ter o controle pela via principal ou o controle pela via incidental.

O controle é exercido pela **via principal** quando a declaração de inconstitucionalidade é o **pedido principal da ação**. Temos, aqui, uma **ação direta**, em que o controle é exercido fora do caso concreto, ou seja, em abstrato.

Já no controle exercido pela **via incidental**, a inconstitucionalidade é arguida como uma **questão prejudicial** à resolução do mérito. O pedido, deduzido na ação, é outro, sendo a inconstitucionalidade analisada somente como parte de um itinerário lógico à resolução do caso em concreto.

Embora **no Brasil o controle difuso seja sempre desencadeado pela via incidental e o controle concentrado sempre pela via principal**, tal correlação não necessariamente existe em outros sistemas jurídicos. É perfeitamente possível, como ocorre em diversos países europeus, que a constitucionalidade de um ato seja suscitada como questão prejudicial

TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1. CONCEITO

A ideia de direitos fundamentais é tributária das correntes políticas, jurídicas e filosóficas dos Estados Unidos e da França do final do século XVIII. É com o advento do constitucionalismo moderno e a sua ideia de limitação dos poderes que surgem os direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são os direitos titularizados pelas pessoas frente o Estado que se encontram positivados nas Constituições e que têm por finalidade concretizar uma vida digna, livre e igual.

A partir desse conceito, já podemos extrair importantes conclusões.

A. “Titularizados pelas pessoas”

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal prevê que são garantidos aos **brasileiros e aos estrangeiros residentes no País** o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, além de todos os demais direitos e garantias listados em seus incisos.

De início, é importante destacar que a Constituição de 1988, ao falar em “brasileiros”, não fez distinção entre os brasileiros **natos** e os brasileiros

naturalizados, não cabendo ao intérprete distingui-los. Desse modo, **ambos são titulares** de direitos fundamentais.

A partir de uma interpretação estritamente literal do texto positivo em nossa Constituição, poderíamos concluir que, no Brasil, somente são titulares de direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no País. Estariam excluídos, portanto, os **estrangeiros não residentes** – por exemplo, um turista que está passando férias no Brasil – e os **apátridas**.

Não é esse, todavia, o entendimento que prevalece em doutrina e em jurisprudência.

A quase totalidade dos autores pátrios sustenta que o artigo 5º, *caput*, deve ser interpretado em conjunto com o artigo 1º, inciso III, ambos da Constituição de 1998. Este dispositivo prevê que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, de modo que nosso ordenamento tutela a pessoa humana, independentemente da sua nacionalidade e local de residência. Não faria sentido, portanto, negar gozo dos direitos fundamentais aos estrangeiros não residentes no país ou aos apátridas.¹

Nesse contexto lógico e sistemático, o **Supremo Tribunal Federal** possui jurisprudência consolidada no sentido de que **também os estrangeiros não residentes no país e os apátridas** são titulares dos direitos fundamentais previstos em nosso ordenamento jurídico.² O artigo 4º da Lei n. 13.445/17 expressamente positivou esse entendimento, reafirmando que ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

1. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 171-172; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 219-221. Em sentido contrário, afirmando que os estrangeiros não residentes não são titulares dos direitos fundamentais previstos na CF/88, embora a eles seja assegurada proteção contra o arbítrio por normas internacionais e pela dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF/88): SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 67.

2. STF, Segunda Turma, HC 94.016/SP-MC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 7.4.2008.

Outra questão acerca da titularidade dos direitos fundamentais que se coloca é: somente as pessoas naturais são titulares de direitos fundamentais ou, ao contrário, as **pessoas jurídicas** também podem titularizá-los?

Diferentemente das Constituições da Alemanha e de Portugal, em que há previsão expressa sobre a titularidade dos direitos fundamentais por parte das pessoas jurídicas, a Constituição Federal de 1988 ficou-se silente sobre o tema.

Embora nada tenha dito nosso Texto Maior, a doutrina e a jurisprudência são firmes ao reconhecer que a **pessoa jurídica é titular** de direitos fundamentais.³ De fato, a própria Constituição, ao tratar de alguns direitos e garantias fundamentais, prevê expressamente a titularidade das pessoas jurídicas – por exemplo, o artigo 5º, inciso LXX, alínea “a”, da Constituição prevê que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional.

Embora amplamente reconhecida a possibilidade de a pessoa jurídica ser titular de direitos fundamentais, só lhe são titularizados os direitos que são **compatíveis às suas finalidades**, o que deve ser analisado caso a caso.

Havendo compatibilidade entre a finalidade do direito fundamental e a natureza e os fins da pessoa jurídica, está, em princípio, garantida a proteção constitucional. Isso porque, ao tutelar as pessoas jurídicas, está-se protegendo, ainda que indiretamente, os direitos fundamentais das próprias físicas que a compõe. Em alguns casos, os próprios entes coletivos são resultado do exercício de um direito fundamental por parte dos indivíduos – como o direito de associação.⁴

Uma última questão que se coloca é a possibilidade ou não de **animais** serem titulares de direitos fundamentais.

A Constituição de 1988, em seu artigo 225, previu o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O inciso VII, §1º, do referido artigo foi além, atribuindo ao poder público a obrigação de

3. STF, Tribunal Pleno, AgR na Rcl 1.905/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15.8.2002.

4. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 230-232.

proteger a fauna e a flora, vedando, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A ideia prevalente é a de que a nossa Constituição adotou uma **visão antropocêntrica** da proteção ao direito meio ambiente e dos animais. É dizer: a pessoa humana é o centro de proteção da ordem jurídica, sendo o meio ambiente tutelado como uma forma de, instrumentalmente, proteger os seres humanos, garantindo-lhes o gozo de um ambiente saudável.

Todavia, tal entendimento tem sido cada vez mais questionado. Cada vez mais surgem vozes na doutrina que defendem uma **visão ecocêntrica** e até mesmo **biocêntrica** da proteção ao meio ambiente, trazendo para o centro das preocupações, respectivamente, o próprio meio ambiente e a fauna e a flora.

Em razão dessa nova visão ética, **alguns autores** têm entendido que os animais não seriam meramente objeto de proteção, mas sim **verdadeiros titulares de direitos fundamentais**.⁵

O debate, longe de ser algo limitado ao Brasil, é internacional. Em 2002, a Alemanha se tornou o primeiro país europeu a prever a garantia dos direitos dos animais em sua Constituição, adicionando as palavras “e animais” à cláusula que obriga ao Estado a respeitar a dignidade das pessoas humanas. Em 2011, um caso envolvendo a existência ou não de direitos autorais de um macaco da espécie *macaca nigra*, na Indonésia, ganhou os holofotes da imprensa mundial.⁶ Em 2022, o Tribunal de Nova

5. Nesse sentido: SUSTEIN, Cass R. "The Rights of Animals: A Very Short Primer". University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 30, 2002.

6. Em julho de 2011, o fotógrafo David Slater teve sua câmera “roubada” por um macaco da espécie “macaca nigra”, enquanto trabalhava na Ilha de Sulawesi, Indonésia. Naruto, como ficou posteriormente conhecido o primata, tirou um autorretrato sorridente que acabou viralizando na rede mundial de computadores. Posteriormente, a organização de Pessoas pelo Tratamento Ético de Animais (Peta) ajuizou uma ação em face de David. Na ação, alegava-se que os direitos autorais do autorretrato pertenceriam ao próprio macaco, e não ao fotógrafo. Na primeira instância, David sagrou-se vencedor. Todavia, em grau de recurso, as partes compuseram amigavelmente, tendo David aceitado doar 25% (vinte e cinco por cento) dos valores recebidos com a foto para instituições que se dedicam a proteção de macacas nigras.

Iorque decidiu que uma elefanta não era pessoa e, portanto, não era titular de direitos fundamentais.⁷

Apesar dos debates, tem prevalecido no Brasil, inclusive no âmbito do **Supremo Tribunal Federal**,⁸ a tese de que os direitos fundamentais são titularizados **somente por pessoas**.

Isso não implica dizer que os animais, especialmente aqueles mais complexos, não sejam objeto de tutela por nosso ordenamento. Os animais, na ótica predominante, embora não sejam sujeitos de direitos, são **objeto de proteção**. Como vimos, a própria Constituição veda o tratamento cruel aos animais.

B. “Frente ao Estado”: a questão da eficácia horizontal

Em sua formulação **tradicional**, os direitos fundamentais são limites **impostos ao Poder Público frente ao indivíduo**. Assim, o Estado possui o dever de respeito a esses limites, ao mesmo tempo em que pode o indivíduo, frente ao Estado-opressor, invocá-los para sua proteção (**direitos de defesa**). Temos, desse modo, o que se convencionou chamar de **eficácia vertical** dos direitos fundamentais.

Com o desenvolvimento do Direito Constitucional e a consolidação da ideia de que também pode haver opressão e abuso de poder nas relações entre particulares, surge a dúvida: **os direitos fundamentais são aplicáveis** somente na relação Estado-particular ou **também na relação entre particulares?**

Três teorias que buscam responder essa pergunta:

- a) **Doutrina da *state action***: para essa teoria, os direitos fundamentais **não são aplicáveis nas relações entre particulares**, sob o fundamento de que os direitos fundamentais impõem limites tão somente ao Poder Público.

7. No caso, um grupo de proteção aos animais requereu a libertação da elefanta “Happy”, exposta no zoológico da cidade. Argumentou-se que o animal, por compartilhar habilidades cognitivas com os humanos, deveria ser reconhecida como uma pessoa e, portanto, ser titular de direitos fundamentais, dentre eles o direito à liberdade ambulatorial. A mais alta Corte de Nova Iorque, contudo, não acolheu os argumentos e decidiu que o *habeas corpus* somente era cabível quando o paciente fosse um ser humano.

8. STF, Segunda Turma, RE 153.531/SC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 3.6.1997.

Essa teoria, que é muito forte nos Estados Unidos, é **minoritária** em nossa doutrina.

- b) **Teoria da eficácia horizontal indireta:** segundo os defensores desse entendimento, os direitos fundamentais **não podem ser invocados, diretamente, nas relações entre particulares**. Isso porque, caso se permitisse a incidência direta dos direitos fundamentais entre particulares, estar-se-ia ferindo o princípio da autonomia da vontade, marca registrada do Direito Privado.

No entanto, é plenamente possível que os direitos fundamentais sejam **aplicados nas relações privadas de forma indireta**, ou seja, que o **legislador** edite atos normativos que possibilitem a sua aplicação nas relações privadas.

Segundo o professor Virgílio Afonso da Silva, a forma mais adequada de fazer isso se dá por meio da edição de **cláusulas gerais**, que permitem uma interseção da lei com os valores da sociedade, entre eles os direitos fundamentais.⁹

Essa segunda teoria tem grande acolhida pela jurisprudência alemã, mas também é **minoritária** em nosso país.

- c) **Teoria da eficácia horizontal direta:** À luz dessa teoria, os direitos fundamentais **incidem** nas relações particulares **independentemente de mediação legislativa**.

Destaque-se que, mesmo para essa concepção, não são todos os direitos fundamentais que incidem nas relações entre particulares. Ademais, não se pode olvidar que, em muitos casos, deverá ocorrer uma ponderação com a autonomia da vontade, que como já vimos, é o vetor norteador do Direito Privado.

Essa é a corrente que tem **prevalecido** entre os autores brasileiros, bem como em nossa jurisprudência.

9. SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

O **Supremo Tribunal Federal** adota a terceira corrente, ou seja, **reconhece a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais**. São diversos os julgados nesse sentido, sendo o mais célebre deles o **RE 201.819/RJ**.

Nele, a Segunda Turma do STF foi chamada a decidir se a exclusão de um músico associado à União Brasileira de Compositores (UBC) havia violado ou não o devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV da CF). A UBC é uma associação civil sem fins lucrativos que tem por objetivo a tutela dos direitos autorais de seus músicos associados. Alegava, em suas razões recursais, que por ser uma entidade privada, não estaria vinculada aos limites constitucionais impostos, podendo excluir seus associados sem a observância de um devido processo legal.

O Supremo, por maioria, decidiu que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado, devendo, portanto, o músico ser reintegrado ao quadro de associados¹⁰.

✔ **Observação:** Alguns autores utilizam a expressão “**eficácia diagonal**” para se referir à incidência de direitos fundamentais nas relações entre particulares que são marcadas pelo desequilíbrio de forças, ou seja, em que uma das partes se encontra em uma posição de supremacia em relação à outra. São exemplos as relações trabalhistas e relações de consumo. A expressão é atribuída a Sérgio Gamonal Contreras, que defende que o império econômico e jurídico de uma das partes em relação a outra, ainda que ambas sejam particulares, atrai a aplicação dos direitos fundamentais a essas relações.¹¹

C. “Positivados nas Constituições”

Ao adicionarmos ao conceito de direitos fundamentais a necessária positivação em uma constituição, trazemos à lume diversos debates e conclusões.

10. STF, 2ª Turma, RE 201.819/RJ, Red. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 11.10.2005.

11. CONTRERAS, Sérgio Gamonal. Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais. São Paulo: LTr, 2011.

A primeira conclusão, como nos ensina o professor português Jorge Miranda, é a de que a noção de direitos fundamentais depende de **três condições**, quais sejam:

- i) a existência de um **Estado** ou, pelo menos, de uma comunidade política integrada;
- ii) o reconhecimento de uma esfera própria de **autonomia das pessoas frente ao poder** – de modo que não existem direitos fundamentais em governos totalitários; e
- iii) a existência de uma **constituição**, tida aqui na acepção moderna de fundação do Estado e de limitação dos poderes.¹²

Outro ponto de destaque, que será mais bem trabalhado no tópico subsequente, é a de que os direitos fundamentais se **distinguem de outras categorias** justamente por estarem positivados na constituição, e não em tratados internacionais, como, por exemplo, ocorre com os direitos humanos.

Por fim, o fato de necessariamente estarem previstos na Constituição **não** quer dizer que **há um rol taxativo** previsto no texto constitucional. O artigo 5º, §2º da Constituição Federal prevê expressamente que: “*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*”.

Dessa forma, os direitos fundamentais **não estão limitados topograficamente ao artigo 5º, tampouco ao Título II (“Dos Direitos e das Garantias Fundamentais”)**, **ambos da Constituição de 1988**. Nesse sentido, o **Supremo Tribunal Federal** já declarou inconstitucionais emendas constitucionais por violação aos direitos sociais previstos no artigo 6º da CF¹³ ou por violação ao princípio da anterioridade tributária (artigo 150, inciso III, alínea “a” da CF).¹⁴

Os direitos fundamentais também não estão limitados àqueles que constam da constituição formal (**direitos formalmente fundamentais**).

12. MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 12-13.

13. STF, Tribunal Pleno, ADI 1.946-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 29.4.1999.

14. STF, Tribunal Pleno, ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 15.12.1993.

Embora essa seja a regra, existem direitos que, em virtude de seu conteúdo umbilicalmente ligado à ideia de proteção da dignidade da pessoa humana ou à organização estatal, pertencem à constituição material do Estado, ainda que não estejam expressamente previstos no texto formal da constituição (**direitos materialmente fundamentais**). Estes direitos são dotados de *jusfundamentalidade*, sendo indiretamente deduzidos da constituição.¹⁵

Em razão de nossa Constituição de 1988 ter adotado uma perspectiva material dos direitos fundamentais, alguns autores, como o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sustentam a existência de **direitos formalmente fundamentais, mas não materialmente fundamentais**. Segundo essa perspectiva, alguns direitos, embora elencados no rol de direitos e garantias fundamentais, teriam caráter meramente organizatório ou poderiam constar de legislação infraconstitucional.¹⁶ Tal entendimento, todavia, não é o que prevalece. Entende-se, **majoritariamente**, que **todos os direitos elencados em nosso Texto Maior como direitos fundamentais são material e formalmente fundamentais**.¹⁷

D. “Concretizar uma vida digna, livre e igual”

A última parte do conceito, qual seja, a finalidade de concretizar uma vida digna, livre e igual, tem o mérito de destacar a íntima relação que há entre os direitos fundamentais e o **princípio da dignidade da pessoa humana**.

Esse vínculo não passa despercebido pela doutrina. Paulo Bonavides, por exemplo, aponta o princípio da dignidade da pessoa humana como a **norma das normas dos direitos fundamentais**.¹⁸ Luís Roberto Barroso,

15. MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 14.

16. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 326-328.

17. Por todos, ver SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 75-79.

18. BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.