

JOSÉ AFONSO DA SILVA

**CURSO DE DIREITO
CONSTITUCIONAL
POSITIVO**

45^a EDIÇÃO

Revista e atualizada

*até a Emenda Constitucional
n. 132, de 14.7.2023*



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

**MALHEIROS
EDITORES**

Título VI

Garantias Constitucionais

Capítulo I

DIREITOS E SUAS GARANTIAS

1. *Garantia dos direitos.* 2. *Garantias constitucionais dos direitos.* 3. *Confronto entre direitos e garantias: a lição de Ruy Barbosa.* 4. *Classificação das garantias constitucionais.*

1. *Garantia dos direitos*

Não é o caso de retornar aqui à discussão geral sobre a distinção entre direitos e garantias dos direitos, que expendemos no capítulo II do título I desta Segunda Parte. O leitor verificará ali, em suma, que os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens.

2. *Garantias constitucionais dos direitos*

Vimos, também, no citado capítulo, que as garantias dos direitos humanos fundamentais podem ser de dois tipos: (1) *garantias gerais*; (2) *garantias constitucionais*. E essas últimas também se distinguem em duas classes: (a) *garantias constitucionais gerais*, que são instituições constitucionais que se inserem no mecanismo de freios e contrapesos dos poderes e, assim, visam impedir o arbítrio, com o que constituem, ao mesmo tempo, técnicas assecuratórias de eficácia das normas conferidoras dos direitos fundamentais; tais são, por exemplo, a existência de *constituição rígida* que *declare os direitos fundamentais* e suas *garantias* e *estruure órgãos jurisdicionais* dotados de independência e imparcialidade, com capacidade, de fato e de direito, para solucionar conflitos de interesses interindividuais e, especialmente, os que se manifestam entre o indivíduo e o Estado; nisso é que se revela o *princípio da separação de poderes* como a matriz de todas as garantias

dos direitos do homem; (b) *garantias constitucionais especiais*, que são prescrições constitucionais que conferem, aos titulares dos direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para imporem o respeito e a exigibilidade desses direitos; são, portanto, prescrições do Direito Constitucional positivo (ou seja, das constituições rígidas) que, limitando a atuação dos órgãos estatais ou mesmo de particulares, protegem a eficácia, aplicabilidade e inviolabilidade dos direitos fundamentais de modo especial.

Pode-se, ainda, classificar as *garantias constitucionais* em *individuais, coletivas, sociais e políticas*, tendo em vista a natureza do direito garantido. É a classificação de que nos serviremos adiante.

Já vimos – mas não custa recordar aqui – que as garantias constitucionais, em conjunto, se caracterizam como imposições, positivas ou negativas, especialmente aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou, no caso de inobservância, a reintegração do direito violado.

3. *Confronto entre direitos e garantias: a lição de Ruy Barbosa*

A *lição de Ruy Barbosa*, no estremar os direitos e as garantias, é o que de melhor se produziu no constitucionalismo brasileiro sobre o tema.

Já o mencionamos antes, mas a lição dele foi além dos parâmetros teóricos, empreendendo um confronto entre direitos e garantias constitucionais, com base na Constituição de 1891, separando “as disposições meramente *declaratórias*, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa dos *direitos*, limitam o poder. Aquelas instituem os *direitos*; estas, as *garantias*; ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito”.¹

Parece útil atualizarmos a lição do mestre, fazendo o confronto entre direitos e garantias constantes do título II da Constituição vigente, adicionando que não raro o *direito fundamental* se exprime pela norma de garantia; está subentendido nesta. Isto se mostrará, no confronto seguinte, indicando entre parênteses o direito protegido, não explícito. Ver-se-á também que reputamos *garantias* hipóteses que Ruy teve como *direitos*.

1. Cf. Ruy Barbosa, *República: teoria e prática*, p. 124; Paulino Jacques, *Curso de direito constitucional*, p. 483.

DIREITOS	GARANTIAS
Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza	XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.
<i>(Liberdade de ação geral)</i>	II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.
<i>(Direito à vida e à integridade física e moral)</i>	III – ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante.
IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.	V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.
VI – é inviolável a liberdade de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos <i>(liberdade de religião)</i>	garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.
VIII – por motivo de crença religiosa ou de convicções filosóficas ou políticas,	– ... ninguém será privado de direitos, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação <i>legal</i> a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.
IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação,	independentemente de censura ou licença.
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem <i>(direito à privacidade)</i>	assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

DIREITOS	GARANTIAS
<i>(direito à intimidade)</i> XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, <i>(direito à intimidade, ao receso do lar)</i>	XI – a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.
<i>(direito à intimidade das comunicações pessoais)</i>	XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas, salvo, neste último caso, <i>por ordem judicial nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.</i>
XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz	LXVIII – conceder-se-á <i>habeas corpus</i> sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.
XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos,	independente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.
XVII – é plena a liberdade de associação	XVIII – a criação de associações independe de autorização, sendo vedada a interferência estatal XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial. XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.
XXII – é garantido o direito de propriedade XXIII – a propriedade atenderá a sua função social	XXIV – a lei estabelecerá o procedimento de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

DIREITOS	GARANTIAS
XXXIII – todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral (<i>direito coletivo à informação</i>)	LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partidos políticos; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.
(direito geral à legalidade da Administração – direito a uma atuação democrática dos Poderes Públicos)	XXXIV – são a todos assegurado, independentemente de pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.
(direito subjetivo à jurisdição)	XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
(direito subjetivo à estabilidade dos negócios jurídicos)	XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
(direito ao juízo natural)	XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção.
(direito de liberdade – direito de não sofrer sanção por fato alheio – direito à incolumidade física e moral – direito de defesa – liberdade política e de opinião – enfim, direito à segurança em geral)	são protegidos pelas garantias penais que se acham inscritas, em geral, nos incs. XXXVII a LXVII do art. 5º.
(direitos públicos subjetivos, líquidos e certos)	LXIX – conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por <i>habeas corpus</i> ou <i>habeas data</i> , quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

DIREITOS	GARANTIAS
<i>(direito à intimidade e à incolumidade dos dados pessoais – direito de acesso às informações registradas em bancos de dados – direito de retificação de dados)</i>	LXXII – conceder-se-á <i>habeas data</i> : [...]
<i>(direito à probidade e à moralidade da Administração)</i>	LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Esses exemplos são suficientes para ilustrar a distinção entre direitos e garantias. Cumpre, no entanto, não esquecer o que já dissemos anteriormente: que as garantias constitucionais são também *direitos*, não como outorga de um bem e vantagem em si, mas *direitos instrumentais*, porque destinados a tutelar um *direito principal*.²

4. Classificação das garantias constitucionais

Já vimos uma primeira distinção: (a) *garantias constitucionais gerais*; (b) *garantias constitucionais especiais*. Só destas últimas cuidaremos daqui por diante, porque são prescrições de Direito Constitucional positivo, conforme conceituação que lançamos no n. 2 supra.

Significa, pois, dizer que aqui só vamos classificar as garantias constitucionais especiais, nos termos do Direito Constitucional positivo. Então, temos que elas se agrupam em:

2. Cf. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, p. 179: “Los derechos del hombre se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales de su naturaleza como ser racional, independiente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos, en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades estatales y del Estado mismo”. Não é bem nesse sentido que estamos compreendendo as garantias; o autor as considera, como se vê, positivamente dos direitos do homem. A isso demos o nome de garantias gerais, não propriamente constitucionais.

- (1) *garantias constitucionais individuais*, compreendendo:
- (a) *o princípio da legalidade;*
 - (b) *o princípio da proteção judiciária;*
 - (c) *a estabilidade dos direitos subjetivos adquiridos, perfeitos e julgados;*
 - (d) *o direito à segurança;*
 - (e) *os remédios constitucionais;*
- (2) *garantias dos direitos coletivos;*
- (3) *garantias dos direitos sociais;*
- (4) *garantias dos direitos políticos.*
- A elas dedicaremos os capítulos seguintes.

Capítulo II

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS INDIVIDUAIS

I. BASES CONSTITUCIONAIS: 1. Conceito. 2. Classificação. II. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: 3. Conceito e fundamento constitucional. 4. Lei e a expressão “em virtude de lei”. 5. Legalidade e reserva de lei. 6. Legalidade e legitimidade. 7. Legalidade e poder regulamentar. 8. Legalidade e atividade administrativa. 9. Legalidade tributária. 10. Legalidade penal. 11. Princípios complementares do princípio da legalidade. 12. Controle de legalidade. III. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO JUDICIÁRIA: 13. Fundamento. 14. Monopólio judiciário do controle jurisdicional. 15. Direito de ação e de defesa. 16. Direito ao devido processo legal. 17. Direito a uma duração razoável do processo. IV. ESTABILIDADE DOS DIREITOS SUBJETIVOS: 18. Segurança das relações jurídicas. 19. Direito adquirido. 20. Ato jurídico perfeito. 21. Coisa julgada. V. DIREITO À SEGURANÇA: 22. Considerações gerais. 23. Segurança do domicílio. 24. Segurança das comunicações pessoais. 25. Segurança em matéria penal. 26. Segurança em matéria tributária. VI. REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS: 27. Remédios, ações e garantias. 28. Direito de petição. 29. Direito a certidões. 30. “Habeas corpus”. 31. Mandado de segurança individual. 32. Mandado de injunção. 33. “Habeas data”.

I. BASES CONSTITUCIONAIS

1. Conceito

A positivação dos direitos individuais constitui elemento fundamental para a sua obrigatoriedade e imperatividade. Essa *consagração jurídico-positiva* dos direitos do homem é uma garantia de que se reconhece, na Carta Magna, uma relação jurídica entre governado (sujeito ativo) e o Estado e suas autoridades (sujeitos passivos).¹ Não é, porém, nesse sentido geral que vamos empregar aqui a expressão *garantia constitucional individual* (ou simplesmente *garantia individual*). Usá-la-emos para exprimir os meios, instrumentos, procedimentos e instituições destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais, os quais se encontram ligados a estes entre os incisos do art. 5º.

2. Classificação

Não importa aqui fazer classificação rigorosa das garantias individuais, o que, de resto, talvez nem seja possível. Tratar-se-á ape-

1. Nesse sentido é a lição de Burgoa, *ob. cit.*, pp. 178 e 179.

nas de agrupá-las em função de seu objeto em *legalidade* (princípio da legalidade), *proteção judiciária*, *estabilidade dos direitos subjetivos*, *segurança jurídica* (*direito à segurança*) e *remédios constitucionais*, como lembramos antes.

II. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

3. Conceito e fundamento constitucional

O *princípio da legalidade* é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos,² porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao *império da lei*, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda a sua atividade fica sujeita à *lei*, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.³

É nesse sentido que o princípio está consagrado no art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. O texto não há de ser compreendido isoladamente, mas dentro do sistema constitucional vigente, mormente em função de regras de distribuição de competência entre os órgãos do poder, de onde decorre que o princípio da legalidade ali consubstanciado se funda na previsão de competência geral do Poder Legislativo para legislar sobre matérias genericamente indicadas, de sorte que a ideia matriz está em que só o Poder Legislativo pode criar regras que contenham, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal,⁴ o que faz coincidir a competência da fonte

2. Cf. Primeira Parte, título II, capítulo II, n. 18.

3. Cf. García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 159; Elias Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, pp. 30, 32 e 35; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. V/1; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 82; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 47.

4. Cf. nosso *Princípios do Processo de Formação das Leis no Direito Constitucional*, pp. 21 e 22.

legislativa com o *conteúdo inovativo* de suas estatuições, com a consequência de distingui-la da competência regulamentar.⁵

4. *Lei e a expressão “em virtude de lei”*

Do que se disse acima, já se deduz que a palavra *lei*, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à *lei formal*, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69). Há, porém, casos em que a referência à lei na Constituição, quer para satisfazer tão só as exigências do princípio da legalidade, quer para atender hipóteses de reserva (*infra*), não exclui a possibilidade de que a matéria seja regulada por um “ato equiparado”, e *ato equiparado à lei formal*, no sistema constitucional brasileiro atual, serão apenas a *lei delegada* (art. 68) e as *medidas provisórias, convertidas em lei* (art. 62), as quais, contudo, só podem substituir a lei formal em relação àquelas matérias estritamente indicadas nos dispositivos referidos.

Mas o princípio da legalidade vincula-se a uma reserva genérica ao Poder Legislativo, que não exclui atuação secundária de outros poderes.

O art. 5º, II, ao estatuir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa *senão em virtude de lei*, dá margem a controvérsia quanto ao significado da expressão “*em virtude de lei*”, querendo alguns que basta a existência de uma lei autorizativa de atos com aquele conteúdo, enquanto outros entendem que o conteúdo do restritivo da ação há que decorrer diretamente da lei. Parece-nos, no entanto, que razão cabe a Massimo Severo Giannini, quando, examinando cláusula semelhante do direito italiano, esclarece que “não é necessário que a norma de lei contenha todo o procedimento e regule todos os elementos do provimento, pois, para alguns atos do procedimento estatuído e para alguns elementos do provimento pode subsistir discricionariedade”.⁶ Isso quer dizer que os elementos essenciais da providência impositiva não que constar da lei. Só a lei cria direitos e impõe obrigações positivas ou negativas, ainda que o texto constitucional dê a entender que só estas últimas estão contempladas no princípio da legalidade. Há outras normas constitucionais que completam seu sentido.

5. Cf. Costantino Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, t. I/299.

6. Cf. *Diritto amministrativo*, v. II/1261.

5. *Legalidade e reserva de lei*

A doutrina não raro confunde ou não distingue suficientemente o *princípio da legalidade* e o da *reserva de lei*. O primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei formal. Embora às vezes se diga que o princípio da legalidade se revela como um caso de *reserva relativa*, ainda assim é de reconhecer-se diferença entre ambos, pois que o legislador, no caso de reserva de lei, deve ditar uma disciplina mais específica do que é necessário para satisfazer o princípio da legalidade.⁷

Em verdade, o problema das relações entre os princípios da legalidade e da reserva de lei resolve-se com base no Direito Constitucional positivo, à vista do poder que a Constituição outorga ao Poder Legislativo. Quando essa outorga consiste no poder amplo e geral sobre qualquer espécie de relações, como vimos antes, tem-se o princípio da legalidade. Quando a Constituição reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei, encontramos-nos diante do princípio da reserva legal. Por isso é que Christian Starck, examinando a questão em face da Constituição da República Federal da Alemanha, esclarece que, junto à *reserva geral*, ela reconhece uma *série de reservas particulares*.⁸ E a seguinte lição de Crisafulli situa devidamente a questão:

“Tem-se, pois, *reserva de lei* quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (ou a atos equiparados, na interpretação firmada na praxe), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquela subordinadas”.⁹

Outra diferença importante entre o princípio da legalidade (genérica) e o princípio da reserva de lei (legalidade específica) está em que o primeiro envolve primariamente uma situação de *hierarquia* das fontes normativas, enquanto o segundo envolve questão de *competência*. Starck, numa linha, disse-o com precisão: “Estas reservas especiais garantem, como *normas de competência*, que o legislador será quem regule tudo o que afeta os direitos fundamentais”.¹⁰

Aí o autor menciona direitos fundamentais, porque está cuidando da reserva de lei na parte dita dogmática da Constituição, mas igual compreensão deixara expressa também a respeito da parte orgânica, que se transcreve em seguida, porque é lição adequada ao nosso sistema:

7. Cf. Alfonso di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge*, p. 170.

8. *El concepto de ley en la Constitución alemana*, p. 404.

9. Cf. *Lezioni di diritto costituzionale*, v. II, t. I/52.

10. *Ob. cit.*, p. 404.

Título III

Dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal

Capítulo I

DOS ESTADOS FEDERADOS

I. FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS: 1. *Autonomia dos Estados.* 2. *Auto-organização e Poder Constituinte Estadual.* 3. *Formas de expressão do Constituinte Estadual.* 4. *Limites do Poder Constituinte dos Estados.* 5. *Princípios constitucionais sensíveis* 6. *Princípios constitucionais estabelecidos.* 7. *Interpretação dos princípios limitadores da capacidade organizadora dos Estados.* II. COMPETÊNCIAS ESTADUAIS: 8. *Questão de ordem.* 9. *Competências reservadas aos Estados.* 10. *Competências vedadas aos Estados.* 11. *Competência exclusiva especificada.* 12. *Competências estaduais comuns e concorrentes.* 13. *Competências estaduais materiais: Econômicas. Sociais. Administrativas. Financeiras.* 14. *Competência legislativa.* III. ORGANIZAÇÃO DOS GOVERNOS ESTADUAIS: 15. *Esquema constitucional.* 16. *Poder Legislativo estadual.* 17. *Poder Executivo estadual.* 18. *Poder Judiciário estadual.* 19. *Funções essenciais à Justiça estadual.* IV. CONTEÚDO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: 20. *Considerações gerais.* 21. *Elementos limitativos.* 22. *Elementos orgânicos.* 23. *Elementos socioideológicos.* 24. *Conclusão.*

I. FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DOS ESTADOS

1. *Autonomia dos Estados*

A Constituição Federal assegura *autonomia* aos Estados federados que se consubstancia na sua capacidade de auto-organização, de autolegislação, de autogoverno e de autoadministração (arts. 18, 25 a 28).

A *capacidade de auto-organização e de autolegislação* está consagrada na cabeça do art. 25, segundo o qual os *Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.*

A *capacidade de autogoverno* encontra seu fundamento explícito nos arts. 27, 28 e 125, ao disporem sobre os princípios de organização dos poderes estaduais, respectivamente: *Poder Legislativo*, que se expressa por Assembleias Legislativas; *Poder Executivo*, exercido pelo

Governador; e *Poder Judiciário*, que repousa no Tribunal de Justiça e outros tribunais e juízes.

A *capacidade de autoadministração* decorre das normas que distribuem as competências entre União, Estados e Municípios, especialmente do art. 25, § 1º, segundo o qual *são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição*, que contém, como se nota, o princípio de que, na partilha federativa das competências, aos Estados cabem os poderes remanescentes, aqueles que sobram da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22, especialmente) e dos indicados aos Municípios (art. 30).

2. *Auto-organização e Poder Constituinte Estadual*

A *auto-organização* é, pelo visto, o primeiro elemento da autonomia estadual e se concretiza na capacidade de dar-se a própria Constituição. É o que exprime o art. 25: *os Estados organizam-se pelas Constituições que adotarem*. “Toda Constituição pressupõe a existência de um Poder capaz de formulá-la, de um Poder que não é instituído por ela, mas que a institui, de um Poder que, através dela, institui os demais poderes.”¹ Significa dizer que as Constituições estaduais implicam a existência de um Poder especial que, por meio delas, organiza, forma, *constitui* os respectivos Estados federados, e é o *Poder Constituinte* pertinente ao povo de cada uma dessas unidades federadas, de onde surge o primeiro problema relativo à organização, qual seja o da natureza e limites do constituinte estadual.

Há grave controvérsia doutrinária a respeito da natureza do poder constituinte estadual. Uns lhe negam verdadeiro caráter constituinte, porque é demasiadamente limitado, o que não se compadece com o conceito de poder constituinte, que, em princípio, se tem por juridicamente ilimitado. Outros entendem tratar-se de constituinte de segundo grau, subordinado, secundário e condicionado.² Manoel Gonçalves Ferreira Filho chama-o *Poder Constituinte Decorrente*, “aquele que, decorrendo do originário, não se destina a rever sua obra mas a institucionalizar coletividades, com caráter de estados, que a Constituição preveja”.³ Quer isso dizer que o Poder Constituinte das unidades federadas é criação do Poder Constituinte Originário.

1. Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz, *Poder constituinte do estado-membro*, p. 57, citando Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, pp. 29 e 30, e Carlos Sánchez Viamonte, *El poder constituyente*, p. 569.

2. *Idem*, p. 37.

3. Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 25; *idem*, *Direito constitucional comparado: 1 – o poder constituinte*, pp. 177 e ss.; Nelson Nogueira

Lembre-se da distinção entre soberania e autonomia. O *Poder Constituinte Originário*, aquele que é fonte da Constituição Federal, é poder supremo, é *soberano*, enquanto o *Poder Constituinte Estadual* é apenas autônomo. A soberania consiste na autodeterminação plena, nunca dirigida por determinantes jurídicas extrínsecas à vontade do soberano, que é o povo na sua expressão nacional, enquanto a autonomia, como poder próprio dentro de um círculo traçado por outro, pressupõe ao mesmo tempo uma zona de autodeterminação, que é o propriamente autônomo, e um conjunto de limitações e determinantes jurídicas extrínsecas, que é o heterônomo. A zona de autodeterminação e o conjunto de limitações são impostos pela Constituição Federal,⁴ que assegurou aos Estados a capacidade de auto-organizar-se por Constituição própria, observados os princípios dela.

3. Formas de expressão do Constituinte Estadual

As formas de expressão do *Poder Constituinte Decorrente* não correspondem exatamente às do Poder Constituinte Originário. Isso se explica no fato de que, sendo subordinado ao último, sua expressão depende de como lhe seja por ele determinado no ato constitucional originário. Por isso, não nos parece que a *outorga* de Constituição Estadual seja possível, pois falta ao Constituinte Estadual autodeterminação para tanto. Quando a Constituição Federal provém de outorga, por regra a autonomia dos Estados fica coartada e, portanto, não se exprime por Constituição própria. O máximo que pode acontecer é o Poder Central impor às coletividades regionais uma Constituição, mas, em tal situação, o resultado foi precisamente eliminar a capacidade de auto-organização que caracteriza a essência de Estados Federados.⁵

Isso se explica ainda no fato importante de que a autonomia é sempre uma marca democrática nos Estados Federais. Por conseguinte, o Poder Constituinte das unidades federadas se expressa comumente por via de procedimento democrático, por via de representação popular: seja *Convenção* (como nos EUA) ou *Assembleia Estadual Constituinte*, com ou sem participação popular direta.

No Brasil, o Constituinte Estadual sempre se exprimiu por via de *Assembleia Constituinte Estadual*. Quando assim não se procedeu,

Saldanha, *O poder constituinte: tentativa de estudo sociológico e jurídico*, pp. 52 e 53, e Carlos Sánchez Viamonte, *ob. cit.*, p. 359.

4. Cf. Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, p. 135.

5. Veja-se que estamos aqui, lamentavelmente, discordando de Anna Cândida da Cunha Ferraz, *ob. cit.*, p. 103.

foi porque a Constituição Federal, proveniente de movimento autoritário, determinara que os Estados reformassem suas Constituições para adaptá-las àquela (CF/67, art. 188), ou, ainda pior, mandara que suas disposições se incorporassem ao direito constitucional legislado dos Estados (CF/69, art. 200).

A Constituição de 1988, nesse particular, também, não é muito democrática, porque não previu a convocação de Assembleias Constituintes com poderes especiais para elaborarem suas Constituições. Por ela, a Assembleia Nacional Constituinte reconheceu às Assembleias Legislativas, eleitas com ela em 1986, *poderes constituintes*, para elaborar a Constituição do Estado (ADCT, art. 11). Em todo caso, como aquela fora eleita com poderes constituintes para fazer a Constituição Federal, e, na mesma eleição, também se elegeram os Deputados Estaduais que seriam incumbidos da tarefa constituinte estadual, a questão da legitimidade fica menos comprometida.

4. *Limites do Poder Constituinte dos Estados*

Dissemos, antes, que é a Constituição Federal que fixa a zona de determinações e o conjunto de limitações à capacidade organizatória dos Estados, quando manda que suas Constituições e leis observem os seus princípios.

Que princípios são estes, ela não os indica, a todos, explicitamente. Com facilidade, desde logo, descobre-se um grupo deles enunciados no art. 34, VII; a descoberta dos demais, no entanto, depende de pesquisa no seu texto constitucional. O art. 125 reafirma essa indeterminação explícita, mas oferece um indicativo, quando diz que os Estados organizarão sua Justiça, observados os *princípios estabelecidos nesta Constituição*, usando terminologia da Constituição de 1946, em face da qual, e igualmente da atual, os princípios, que circunscrevem a atuação do Constituinte Estadual, podem ser considerados em dois grupos: (a) os *princípios constitucionais sensíveis*;⁶ e (b) os *princípios constitucionais estabelecidos*.

A Constituição vigente, retomando critérios da Constituição de 1946, em prestígio do federalismo, praticamente eliminou os *princípios extensíveis*, aqueles que consubstanciavam regras de organização da União, cuja aplicação, nos termos da Constituição revogada, se estendia aos Estados. Restou apenas a regra segundo a qual os vencimentos dos magistrados (Desembargadores) não podem exceder aos

6. A terminologia é de Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*, t. II/286. Ele não explica por que *sensíveis*.

dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 93, V), que tem mais a ver com o exercício dos Poderes constituídos do que com limites do Poder Constituinte Decorrente. Vincula especialmente a capacidade de autolegislação, antes que a de auto-organização.

5. *Princípios constitucionais sensíveis*

O termo *sensíveis* está aí no sentido daquilo que é facilmente percebido pelos sentidos, daquilo que se faz perceber claramente, evidente, visível, manifesto;⁷ portanto, *princípios sensíveis* são aqueles clara e indubitavelmente mostrados pela Constituição, os *apontados, enumerados*. São *sensíveis* em outro sentido, como coisa dotada de sensibilidade, que, em sendo contrariada, provoca reação, e esta, no caso, é a intervenção nos Estados, exatamente para assegurar sua observância.

Esses princípios são aqueles que estão enumerados no art. 34, VII, que constituem o fulcro da organização constitucional do País, de tal sorte que os Estados federados, ao se organizarem, estão circunscritos à adoção: (a) da forma republicana do governo; (b) do sistema representativo e do regime democrático; (c) dos direitos da pessoa humana; (d) da autonomia municipal; (e) da prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

São princípios que dizem respeito basicamente à organização dos poderes governamentais dos Estados, que envolve outros princípios particulares que destacaremos mais adiante. O princípio da prestação de contas atrai a observância dos princípios referentes ao sistema de controle externo e de controle interno a serem induzidos dos preceitos dos arts. 70 a 75 e, por conseguinte, a observância dos princípios orçamentários. O princípio da *autonomia municipal* impõe ao Poder Constituinte Estadual limites no tocante à organização dos Municípios, de vez que estes adquiriram capacidade de auto-organização, respeitados princípios estabelecidos na Constituição Estadual e na Constituição Federal, de modo que os Estados não podem senão indicar regras muito gerais sobre essa matéria.

A inclusão de normas na Constituição Estadual em desrespeito a esses princípios poderá provocar a representação do Procurador-Geral da República, visando à declaração de inconstitucionalidade, e decretação de intervenção federal, caso não tenha eficácia a simples suspensão da execução do ato impugnado, tudo nos termos e na forma estatuída no art. 36, III, § 3º.

7. "Sensível", in Caldas Aulete, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Delta, 1958.

6. *Princípios constitucionais estabelecidos*

São [como notara Raul Machado Horta] os que limitam a autonomia organizatória dos Estados; são aquelas *regras* que *revelam*, previamente, a matéria de sua organização e as *normas* constitucionais de caráter vedatório, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual, cuja identificação reclama pesquisa no texto da Constituição.⁸

Alguns deles são fáceis de localizar, porque se encontram organizados em blocos normativos que a Constituição manda que sejam observados pelos Estados, como, por exemplo, os princípios e preceitos constantes dos arts. 37 a 41 referentes à Administração Pública. Outros, porém, exigem maior atenção. Faremos aqui um esforço investigatório para tentar aflorá-los, senão na sua totalidade, ao menos numa amostra expressiva, por meio de uma consideração sistemática, notando que uns geram *limitações expressas*, outros *limitações implícitas* e outros, ainda, *limitações decorrentes* do sistema constitucional adotado, além do disposto nos parágrafos do art. 25 que fundamenta a repartição de competências aos Estados.

Limitações expressas ao Constituinte Estadual – São consubstanciadas em dois tipos de regras: umas de natureza *vedatória* e outras, *mandatórias*.

As primeiras proíbem explicitamente os Estados de adotar determinados atos ou procedimentos, tais como as dos arts. 19, 150 e 152 (pormenores infra), intervir nos Municípios, salvo ocorrência de um dos motivos estritamente considerados no art. 35, mas terá que regular o processo de intervenção, nas hipóteses possíveis, ao teor do art. 36.

As *mandatórias* consistem em disposições que, de maneira explícita e direta, determinam aos Estados a observância de princípios, de sorte que, na sua organização constitucional e normativa, hão que adotá-los, o que importa confranger sua liberdade organizatória aos limites positivamente determinados; assim, por exemplo, o Constituinte Estadual tem que dispor: (a) sobre *princípios da organização dos Municípios*, respeitada a autonomia destes, como consta do art. 29, incluindo regras sobre criação, incorporação, fusão e desmembramento deles, por *lei estadual* (não por outra forma), atendidos os pressupostos e requisitos indicados no art. 18, § 4º, prevendo ainda que seu Tribunal de Contas exerça o controle externo da administração municipal como auxílio às respectivas Câmaras Municipais (art. 31,

8. Cf. *A autonomia do Estado-membro no direito constitucional brasileiro*, Belo Horizonte, 1964, p. 225.

§ 1º); (b) sobre sua *Administração Pública*, mas não pode senão adotar os princípios referidos nos arts. 37 a 41; não só na organização constitucional estadual tais princípios hão de ser obedecidos – praticamente nada mais os Estados podem fazer senão transcrevê-los em sua essência – mas ainda terão que segui-los na sua legislação ordinária e nas práticas governamentais, sob pena de inconstitucionalidade; os Estados, contudo, poderão inovar no sentido mais rigoroso, por exemplo, na adoção dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade; *v. g.*, podem impor maiores restrições à publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos, em função de seus interesses peculiares; (c) sobre *servidores militares*, à vista do disposto no art. 42, naquilo que for pertinente; (d) sobre *criação obrigatória de juizados especiais e justiça de paz* com os requisitos e exigências do art. 98; (e) sobre a *organização da sua Justiça*, definido já o seu Tribunal de mais alto grau, como *Tribunal de Justiça*, conforme o art. 125, respeitadas os princípios previstos nos arts. 93, 94 e 95, que sequer precisam ser incorporados à Constituição Estadual, até porque vão figurar no Estatuto da Magistratura nacional, mas, entre as regras de competência da sua Justiça, terá que prever as que lhes sejam pertinentes, indicadas nos arts. 96 e 99; (f) sobre *inconstitucionalidades de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual*, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão (art. 125, § 2º); ora, como a própria Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público, ou seja, ao Procurador-Geral da Justiça, *representação de inconstitucionalidade interventiva* (art. 129, IV), a *ação de inconstitucionalidade genérica* precisa ser definida pelo Constituinte Estadual na Constituição que produzir, devendo atribuir a legitimação para sua proposição a vários titulares; (g) sobre a *organização e competência do Ministério Público*, atendendo os princípios da unidade, da indivisibilidade, da independência funcional, da autonomia funcional e administrativa e com as garantias, conforme preceituam os arts. 127 a 130; (h) sobre sua *representação judicial e consultoria jurídica*, que hão de ser atribuídas a Procuradores dos Estados, organizados em carreira, com as garantias, direitos e prerrogativas indicados nos arts. 132 e 135; (i) sobre a *organização da Defensoria Pública* com as atribuições, direitos e garantias constantes dos arts. 134 e 135; (j) sobre *segurança pública* a ser garantida por organizações policiais civis (polícia civil) e militares (polícia militar) com as respectivas competências, conforme indicam o art. 144, seus incs. IV e V e seus §§ 4º a 7º.

Limitações implícitas ao Constituinte Estadual – Também aqui seria possível distinguir *limitações implícitas vedatórias* e *limitações implícitas mandatórias*. Mas não necessitamos descer a esses pormenores, neste caso. Quando a Constituição, por exemplo, arrola no art. 21 a matéria

de estrita competência da União, *implicitamente* veda ao Constituinte Estadual cuidar dela; assim, igualmente, quando dá à União competência privativa para legislar sobre a matéria relacionada no art. 22. Ao indicar a matéria de competência exclusiva dos Municípios, no art. 30, está, ao contrário, limitando os Estados nesse campo, limitação que se confirma com o princípio da autonomia municipal que são obrigados a respeitar, sob pena de intervenção federal (art. 34, VII, c), salvo um ponto ou outro (art. 30, VI, VII e IX) em que a matéria ingressa na competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23). Por princípio, a indicação de regras de competência, ainda que positivamente, envolve limitação da capacidade organizatória dos Estados, pois se trata de reger o comportamento do Constituinte Estadual. Alguns exemplos são suficientes para a compreensão do assunto. A Constituição diz que os Estados *poderão* instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (art. 25, § 3º), mas, se o fizerem, terão que obedecer os critérios e pressupostos indicados no dispositivo autorizativo; seu sistema tributário já consta da Constituição Federal, não precisam transportá-lo para sua Constituição; se o fizerem, estão adstritos a não prever outros tributos que não os indicados nos arts. 145 e 155.

Na organização dos Poderes Estaduais, o Poder Constituinte Decorrente terá que respeitar o princípio da divisão de poderes, que é um princípio fundamental da ordem constitucional brasileira (art. 2º), até porque, implicitamente, isso está previsto; quando a Constituição menciona a Assembleia Legislativa, o Governador do Estado e o Tribunal de Justiça e outros Tribunais e Juizes dos Estados (arts. 27, 28, 92, VII, e 125), está lhes indicando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Está implícita, nos mesmos arts. 27 e 28, a determinação de Poder Legislativo Estadual *unicameral* e de Executivo *unipessoal*; isso significa também a obrigatoriedade do sistema presidencialista de governo nas unidades federadas.

Limitações ao Constituinte Estadual decorrentes do sistema constitucional adotado – São as geradas pelos princípios que defluem do sistema constitucional adotado, assim é que:

(1) *do princípio federativo*, decorre o respeito dos Estados entre si, pois constitui nota fundamental do Estado federal o princípio da *igualdade constitucional das unidades federadas*; a despeito de todas as diferenças de área territorial, de população e de estágio de desenvolvimento econômico, os Estados são iguais do ponto de vista de sua organização constitucional e legal; nenhum poder ou privilégio especial é conferido a qualquer deles, se bem que a Constituição agora não repetiu a velha cláusula que vedava estabelecer preferências a favor de uma das pessoas jurídicas de direito público interno, e até

abriu a possibilidade, não propriamente de beneficiar uns Estados mais que outros, mas de oferecer certas vantagens no interesse de regiões menos desenvolvidas, visando a redução das desigualdades regionais, como está previsto no art. 43, que prevê ação federal visando a redução da desigualdade,⁹ no art. 159, que prevê fundo de participação tributária especial para as Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste,¹⁰ e no art. 165, § 1º, que determina que o plano plurianual seja regionalizado; mais tipicamente direcionado a um tratamento desigual entre Estados (e também entre Municípios) é o mandamento do art. 161, II: os critérios de rateio dos fundos previstos no art. 159, I, devem ser estabelecidos em lei complementar, “objetivando promover o equilíbrio socioeconômico entre Estados e entre Municípios”, o que vale dizer, não que ser desiguais para realizar a igualização entre unidades desiguais; mas, nestes casos, já não estamos mais no campo da organização dos Estados e, sim, no terreno de ação federal concreta para o futuro;

(2) *do mesmo princípio federativo*, tem fundamento a regra segundo a qual nenhuma das unidades federadas pode exercer qualquer coerção sobre outras nem, portanto, estabelecer em sua Constituição algo que vise beneficiar umas em lugar de outras, nem mesmo em favor de região, pois a Constituição, ao apontar possibilidades e vantagens regionais, só o faz na matéria estritamente indicada, não autorizando às unidades regionais, por si, introduzirem em suas Cartas Constitucionais qualquer norma discriminatória;

(3) *dos princípios do Estado Democrático de Direito* provém que as unidades federadas só possam atuar segundo o princípio da legalidade, da moralidade e do respeito à dignidade da pessoa humana (arts. 1º, 5º, II, e 37); daí também decorre que os Estados têm que atender os princípios constitucionais relativamente ao processo de formação das leis, tais como critério da iniciativa das leis, incluindo a iniciativa popular, e os de elaboração legislativa, compreendidas as regras sobre o veto e sanção de projeto de lei;

9. “Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”. E prevê incentivos regionais (§ 2º).

10. Art. 159. A União entregará: I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados e do imposto previsto no art. 153, VIII, 50% (cinquenta por cento), da seguinte forma:[...]; c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer.

(4) *do princípio democrático* (art. 1º, parágrafo único) resulta que a organização e funcionamento dos Estados não que respeitar e fazer respeitar em seu território os direitos fundamentais e suas garantias;

(5) *dos princípios da ordem econômica e social* dimana o dever dos Estados de se organizarem e planejarem seus serviços e obras com respeito aos princípios dos respectivos títulos: valorização do trabalho, justiça social, saúde e educação como direito de todos e obrigação das entidades estatais, defesa da cultura etc.

7. *Interpretação dos princípios limitadores da capacidade organizadora dos Estados*

Tais princípios limitam, como se viu, a autonomia organizatória do Constituinte Estadual. Significa isso que se cogita de normas limitativas de um dos princípios fundamentais da ordem constitucional brasileira: a autonomia dos Estados (art. 18), verdadeira decisão política fundamental, que é o princípio federativo que descansa na *autonomia das unidades federadas*, fulcro da estrutura do Estado brasileiro, tão importante o considerou o constituinte nacional que o erigiu em núcleo imutável por via de emenda constitucional (art. 60, § 4º). Daí sua preeminência em relação àqueles princípios que constituem limitações à capacidade organizatória dos Estados, salvo quanto aos que decorrem do sistema constitucional, há pouco mencionados, porquanto estes são superiores, dado que revelam os fins e fundamentos do próprio Estado brasileiro.

Afora a consideração desses últimos, os demais princípios enumerados ou estabelecidos pela Constituição Federal, que impliquem limitações à autonomia estadual – cerne e essência do princípio federalista –, não que ser compreendidos e interpretados restritivamente e segundo seus expressos termos. Admitir o contrário seria superpor a vontade constituída à vontade constituinte.

II. *COMPETÊNCIAS ESTADUAIS*

8. *Questão de ordem*

Já discutimos, mais de uma vez, a teoria da repartição de competência como ponto nuclear da noção de Estado federal, assim como sua conceituação e natureza, lembrando sempre que não se instituirão Estados federados se não se outorgar a eles um mínimo de matérias para o exercício exclusivo de sua atividade normativa. Pois bem, é disso que trataremos neste passo, recordando que, como vimos acima em seus lineamentos gerais, a base das competências estaduais