

Dirley da Cunha Júnior

Curso de

Direito Constitucional

18^a | revista
edição | ampliada
atualizada

2024

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Sumário • 1. Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 – 2. Os titulares dos direitos fundamentais – 3. A eficácia dos direitos fundamentais e o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Significado e alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988 – 4. A concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. O significado e alcance da cláusula de “abertura material ou de inesgotabilidade dos direitos fundamentais” do art. 5º, § 2º e o novo § 3º – 5. A classificação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. – 6. O Estado de Coisas Inconstitucional como garantia dos Direitos Fundamentais – 7. Quadro Sinótico.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 inaugura, pelo menos teoricamente, uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais e reconhecida efetividade. Ao lançar um primeiro e breve olhar para a nossa Lei Fundamental, percebe-se imediatamente uma reveladora inovação, de cunho topográfico. Distinguindo-se das Cartas anteriores, a Constituição em vigor positivou os referidos direitos logo no início de suas disposições (título II), após o que tratou da organização do Estado (título III), dando cristalinhas amostras de que se preocupou prevalentemente com o ser humano, enaltecendo-o como o “fim” do Estado, este considerado “instrumento” de realização da felicidade daquele. Em outras palavras, com a novel posição topográfica dos direitos fundamentais, é nítida a opção da Constituição atual pelo Estado como o instrumento, e pelo homem como o fim, e isso é um importante subsídio hermenêutico.

Outra importante inovação, digna de referência, foi a previsão dos direitos sociais em capítulo próprio do título dos direitos fundamentais, evidenciando, de forma irrecusável, sua condição de verdadeiros direitos fundamentais e pondo fim a uma discussão em que, salvo raras exceções, predominava o entendimento de que esses direitos, como se encontravam positivados tão somente no título da ordem econômica e social, não desfrutavam de força vinculativa própria dos direitos fundamentais, sendo-lhes reconhecida natureza meramente programática.

A ampliação do catálogo de direitos fundamentais também deve ser citada como relevante inovação. Com efeito, a Constituição de 1988 reconhece extenso rol¹, contemplando direitos das quatro dimensões acima brevemente analisadas. Para além disso, não se contentando com esse extenso e expresso catálogo, adotou cláusula de abertura material ou de não tipicidade dos direitos fundamentais em face do seu § 2º do art. 5º, que será, ao diante, objeto de exame pormenorizado, e segundo o qual, os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios que ela adota ou dos tratados internacionais em que o Estado Brasileiro seja parte. Ressalte-se, ademais,

1. Basta conferir o art. 5º, que se encontrava composto de 77 incisos, muitos dos quais contemplando, individualmente, até quatro direitos fundamentais, como, v. g., o inciso X, que reconhece quatro direitos fundamentais (à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem, todos garantidos pela indenização por danos materiais e/ou morais), e o art. 7º, que é constituído por 34 incisos.

que todos os direitos fundamentais, quer expressos, quer implícitos, quer decorrentes de tratados, encontram-se protegidos pela cláusula de irredutibilidade ou de eternidade consignada no inciso IV, do § 4º do art. 60 da Constituição, sendo elevados pelo Constituinte à condição de limites materiais do poder de reforma constitucional.

Todavia, entre todas as inovações, a que mais se destaca é a contida no § 1º do art. 5º, que determina a aplicabilidade imediata de todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Devido a sua importância, ela também será tema para posterior análise.

Em razão dessas novidades, notadamente aquelas que peculiarizam as normas definidoras de direitos fundamentais por sua aplicabilidade imediata e por sua expressa proteção em face da ação erosiva do legislador constituído ou ordinário – fatores que distinguem essas normas fundamentais de outras normas constitucionais – podemos defender, na esteira da doutrina e jurisprudência alemãs, a existência de um *Sistema de Direitos Fundamentais* no Direito Constitucional pátrio, caracterizado por sua abertura e autonomia relativa no âmbito do próprio sistema constitucional que integra, com reflexos imediatos no que concerne à sua concretização, aplicação e interpretação².

A importância do sistema de direitos fundamentais consagrado na Constituição de 1988 foi bem explicitada pelo Min. Gilmar Mendes, em voto proferido no HC 91.386. Com efeito, assentou o ministro que “a Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em 78 incisos e 4 parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardá-los estrita observância. O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais. E no que se refere aos direitos de caráter penal, processual e processual-penal, talvez não haja qualquer exagero na constatação de que esses direitos cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado democrático de direito. Como observa Martin Kriele, o Estado territorial moderno arrosta um dilema quase insolúvel: de um lado, há de ser mais poderoso que todas as demais forças sociais do país (...), por outro, deve outorgar proteção segura ao mais fraco (...). O estado absolutista e os modelos construídos segundo esse sistema (ditaduras militares, estados fascistas, os sistemas do chamado ‘centralismo democrático’) não se mostram aptos a resolver essa questão. Segundo ressalta Kriele: ‘(...) A Inglaterra garantiu os direitos humanos sem necessidade de uma constituição escrita. Por outro lado, um catálogo constitucional de direitos fundamentais é perfeitamente compatível com o absolutismo, com a ditadura

2. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 79. Advirta-se que a identificação de um sistema de direitos fundamentais dentro do sistema constitucional não implica no reconhecimento de uma hierarquia normativa entre as normas definidoras de direitos fundamentais e as demais normas originárias da Constituição, não obstante se possa admitir uma hierarquia axiológica entre elas.

e com o totalitarismo. Assim, por exemplo, o art. 127 da Constituição soviética de 1936 garante a ‘inviolabilidade da pessoa’. Isso não impediu que o terror stalinista tivesse alcançado em 1937 seu ponto culminante. A constituição não pode impedir o terror, quando está subordinada ao princípio de soberania, em vez de garantir as condições institucionais da *rule of law*. O mencionado artigo da Constituição da União Soviética diz, mas adiante, que ‘a detenção requer o consentimento do fiscal do Estado’. Esta fórmula não é uma cláusula de defesa, mas tão somente uma autorização ao fiscal do Estado para proceder à detenção. Os fiscais foram nomeados conforme o critério político e realizaram ajustes ao princípio da oportunidade política, e, para maior legitimidade, estavam obrigados a respeitar as instruções. Todos os aspectos do princípio de *habeas corpus* ficaram de lado, tais como as condições legais estritas para a procedência da detenção, a competência decisória de juízes legais independentes, o direito ao interrogatório por parte do juiz dentro de prazo razoável, etc. Nestas condições, a proclamação da ‘inviolabilidade da pessoa’ não tinha nenhuma importância prática. Os direitos humanos aparentes não constituem uma defesa contra o Arquipélago Gulag; ao contrário, servem para uma legitimação velada do princípio da soberania: o Estado tem o total poder de disposição sobre os homens, mas isto em nome dos direitos humanos’ (KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. cit. p. 160-161). A solução do dilema — diz Kriele — consiste no fato de que o Estado incorpora, em certo sentido, a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao definir-se o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos. Todavia, adverte Kriele, ‘sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções’. É que, explicita Kriele, ‘os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos’ (KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. cit. p. 150). Nessa linha ainda expressiva a conclusão de Kriele: ‘Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negam o poder de violar o direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo *status* jurídico seja respeitado pelo titular da competência. Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição (g.n)’. KRIELE, Martín. *Introducción a la teoría del estado*. cit. p. 159-160. Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo.” [HC 91.386, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 19-2-2008, 2ª T, DJ de 16-5-2008.]

2. OS TITULARES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Afirma a Constituição, no art. 5º, *caput*, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).” À primeira vista, pode parecer que os titulares dos direitos fundamentais são apenas os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil, com a exclusão dos estrangeiros não residentes no Brasil e das pessoas jurídicas.

Essa interpretação literal levaria ao absurdo de que não se garante aos estrangeiros não residentes no Brasil, mas que estejam aqui de passagem (*v.g.*, o turista), o direito à vida, à liberdade e a outros direitos e garantias fundamentais; como também não se garante às pessoas jurídicas o direito de propriedade, entre outros compatíveis com a sua natureza. Na verdade, o art. 5º, *caput*, deve ser interpretado a partir do princípio da unidade da Constituição e da **universalidade dos titulares dos Direitos Fundamentais**, para se entender que todas as pessoas, físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras³, com residência ou não no Brasil, são titulares dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, *salvo quando a própria Constituição exclui algumas delas*.

E há casos de exclusão, pois os direitos políticos foram limitados aos brasileiros, com exclusão dos estrangeiros⁴; e até mesmo entre os brasileiros, alguns direitos só podem ser exercidos pelos brasileiros natos, com exclusão dos brasileiros naturalizados, como o direito de ocupar determinados cargos (art. 12, § 3º).

Cresce a doutrina do direito animal em defesa da titularidade de direitos por animais não humanos. Propondo a superação do antropocentrismo para consagrar o biocentrismo, essa doutrina sustenta que o que importa é a vida, independentemente se é vida humana ou não humana, pois todas as formas de vida são igualmente importantes, não sendo a vida humana o centro da existência. Todo ser vivo que sente, merece igual proteção constitucional.

De fato, a preocupação do constituinte originário em inserir no bojo da Constituição Federal de 1988 um longo capítulo sobre meio ambiente, evidencia a necessidade que os animais têm de ser protegidos em face de práticas cruéis (CF/88, art. 225, § 1º, VII), de modo que a Constituição reconhece de forma indireta a senciência e a consciência animal quando veda a crueldade para com esses animais não humanos.

Peter Singer defende a extensão da noção de direito à vida digna e não exploração também aos animais não humanos⁵. Nessa linha, a “ideia da senciência animal surge num processo de desconstrução da lógica antropocêntrica – que compreende o homem enquanto ponto central de todas as coisas que existem, de modo que ele é o único possuidor de tudo o que há no universo – para a consolidação da lógica biocêntrica, que defende a ampliação na maneira de enxergar a relação que o homem mantém com os demais seres vivos”⁶. Essa visão do homem como único beneficiário de todas as coisas que existem é ultrapassada e limitada.

A Constituição do Equador de 2008 foi paradigmática na proteção do meio ambiente, adotando uma forte tendência biocêntrica, ao introduzir o conceito de “direitos da natureza”. Em seu preâmbulo, celebra “a natureza, a Pacha Mama, de que somos parte e que é vital para nossa existência” e no art. 71 consagra que “*A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e*

3. RE 215.267, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 24-4-01, DJ de 25-5-01: “Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, *caput*, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º, LXIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido.”

4. Exceto o português com residência permanente no Brasil, que, havendo reciprocidade em favor dos brasileiros, pode gozar dos direitos políticos no Brasil (art. 12, § 1º).

5. SINGER, Peter Singer. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler. Porto Alegre: Lugano, 2004.

6. CUNHA JÚNIOR, Dirley da; SANTOS, Caio Oliveira dos. ‘Animais Não-Humanos como Sujeitos de Direitos’. In: *Diálogos contemporâneos: entre direitos fundamentais, políticas sociais e cidadania* [e-book]. Organizadores Matheus Carneiro Cardoso da Fonseca; Dirley da Cunha Junior. 1.ed. Salvador - BA: Editora Lexis, 2021.

a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.”. E que “Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente.”

3. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. SIGNIFICADO E ALCANCE DO ART. 5º, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como já estudado no capítulo atinente às normas constitucionais, toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção, é dotada de eficácia jurídica, apenas variando sua carga eficaz, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição. Isso significa que, como já assentado alhures, embora todas as disposições constitucionais enunciem efetivas normas jurídicas, nem todas têm o mesmo alcance e significação normativos.

Assim, não podemos sustentar que todas as normas da Constituição têm imediata e direta aplicabilidade, ficando reservada essa virtude para tão somente aquelas que desfrutam de uma plena eficácia jurídica, o que significa dizer que, se por um lado todas as normas constitucionais são providas de eficácia jurídica, por outro, nem todas podem desfrutar de aplicação direta e imediata.

Segundo a Constituição de 1988, as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais têm aplicação imediata, o que significa afirmar que, em princípio, essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social. Todavia, o assunto não é assim tão simples, pois, a despeito de expressa previsão constitucional (CF/88, art. 5º, § 1º), as normas definidoras de direitos fundamentais longe estão de se identificarem funcional e normativamente, o que dificulta, em demasia, chegar a um tratamento uniforme sobre a matéria. Com efeito, assim como as normas constitucionais em geral, as normas definidoras de direitos fundamentais assumem feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação. Assim, em que pese todas integrem a mesma categoria jurídico-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficaz, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5º, § 1º, fazendo pouco caso da vontade constituinte.

Por conseguinte, para o enfrentamento da complexa problemática da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, é necessário considerarmos as múltiplas funções desempenhadas por esses direitos (funções de defesa e de prestação) e as variadas técnicas de sua positivação no texto da Constituição, uma vez que esses fatores estão em íntima conexão com a carga de eficácia dos direitos fundamentais. Entretanto, não obstante isso seja fato, afirme-se, desde já, a posição adotada neste Curso, que defende a aplicação *imediata* de todas as normas definidoras de direitos (e garantias) fundamentais, independentemente do seu grau de eficácia, cuja variação representará, decerto, algumas

dificuldades na efetivação dos direitos ali versados. Mas, olvidar as dificuldades não obsta que elas se apresentem.

Com efeito, consoante prevê a inovadora disposição do art. 5º, § 1º, da Constituição de 1988, “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A nossa Constituição, dessa forma, alinhando-se ao modelo já consagrado em outras Constituições, como a Lei Fundamental da Alemanha, de 23 de maio de 1949 (art. 1º, nº 3)⁷, a Constituição de Portugal, de 02 de abril de 1976 (art. 18º, n. 1)⁸ e a Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978 (art. 53º, nº 1)⁹, e sob a inspiração delas, acolheu em seu texto o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Na doutrina, ainda não há consenso acerca do significado e alcance da disposição em comento, pairando a seu respeito fértil testilha entre os autores que se dispuseram a enfrentar o tema.

Impõe-se, desde logo, definir o alcance do preceito em exame, para descortinar se o mesmo é aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo ou até mesmo fora da Constituição), ou se se limita aos direitos previstos tão somente no art. 5º e seus incisos, da Constituição Federal, sobretudo em razão de ele situar-se topograficamente em um dos parágrafos deste artigo 5º, o que pode sugerir, em princípio, um alcance restrito aos direitos contemplados por aquela disposição. Para nós, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo os não previstos no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário)¹⁰. Isto se dá não só porque o art. 5º, § 1º refere-se textualmente a direitos fundamentais – fazendo uso da fórmula genérica “direitos e garantias fundamentais” – sem discriminá-los, mas também por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição.

Efetivamente, num exame contextual e finalístico da Constituição, percebemos, sem sombra de dúvida, que todos os direitos fundamentais submetem-se ao mesmo regime jurídico-constitucional, *em razão da marcada indivisibilidade que os caracteriza*. A Constituição Brasileira de 1988, apesar de ter recebido forte influência da Constituição Portuguesa de 1976, não seguiu os passos desta, que fixou distintos regimes jurídico-constitucionais (arts. 17 e 18 da CRP) para os direitos, liberdade e garantias do Título II e para os direitos econômicos, sociais e culturais do Título III, estabelecendo que o princípio da aplicabilidade imediata só alcance os primeiros. Assim, onde houver uma norma definidora de direitos fundamentais, nela há de repousar a ideia de que sua aplicação se dá de forma direta e imediata. Mas em que consiste essa aplicabilidade imediata, ou ainda, em que medida uma norma definidora de direitos fundamentais tem aplicação imediata?

7. Artigo 1º, n. 3, da Lei Fundamental da Alemanha: “Os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial”.

8. Artigo 18º, n. 1, da Constituição de Portugal: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

9. Artigo 53º, n. 1, da Constituição da Espanha: “Os direitos e as liberdades reconhecidos no capítulo II do presente título vinculam todos os Poderes Públicos. (...)”.

10. No mesmo sentido SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 240 e ss. e PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*, p. 90. Em sentido contrário, recente obra de João Pedro Gebran Neto, *A Aplicação Imediata dos Direitos e Garantias Individuais: A busca de uma exegese emancipatória*, p. 158 e ss., onde sustenta que a cláusula da aplicação imediata dos direitos fundamentais se confina aos direitos e garantias do art. 5º e seus incisos. Esse último autor é seguido por Sergio Fernando Moro, *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*, p. 73.

Se de referência ao ponto acerca da abrangência dessa norma a todos os direitos fundamentais, não há muita controvérsia; aqui, porém, concernente ao significado e conteúdo do princípio da imediata aplicação dessas normas, o que não falta é divergência.

Na doutrina vigem duas posições extremadas. Uma entende que o art. 5º, § 1º, da CF não pode atentar contra a *natureza das coisas*, de modo que os direitos fundamentais só têm aplicação imediata se as normas que os definem são completas na sua hipótese e no seu dispositivo¹¹; e outra, situada em extremo oposto, defende a imediata e direta aplicação das normas de direitos fundamentais, ainda que de caráter programático, no sentido de que os direitos subjetivos nelas consagrados podem ser imediatamente desfrutados, independentemente de concretização legislativa¹².

A primeira posição, decerto, não pode ser aceita, pois não parece corresponder à vontade do Constituinte. Assim, não compartilhamos o entendimento segundo o qual é desnecessária a norma do art. 5º, § 1º, da CF porque, como defende essa posição, contém fórmula desprovida de conteúdo, na medida em que não tem o efeito de emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação e plena eficácia, pois do contrário se estaria atentando contra a *natureza das coisas*. Essa concepção, além de simplista e pessimista, não está alinhada aos melhores, e digno de encômios, posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, não podendo, portanto, prosperar. Ademais, é princípio conhecido de hermenêutica aquele que prestigia uma interpretação que extraia do texto interpretado a sua máxima utilidade e efetividade. Desmerecer a utilidade e o grau normativo ótimo do preceito contido no § 1º do art. 5º é ir, aí sim, contra a natureza jurídica das coisas. É inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia ao dispositivo em comento, recusando ao mesmo o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou.

Na doutrina portuguesa, Canotilho e Vital Moreira, comentando o art. 18º/1 da Constituição Portuguesa, que serviu de referência para a adoção do nosso art. 5º, § 1º, sustentam que os preceitos que versam sobre os direitos, liberdades e garantias são, para além de normas preceptivas, normas de *eficácia imediata*, sendo diretamente aplicáveis, no sentido de que essas normas aplicam-se mesmo na *ausência de lei*¹³. Canotilho, em obra individual, reitera essa ideia, quando destaca que a aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais significa

“a rejeição da ‘ideia criacionista’ conducente ao desprezo dos direitos fundamentais enquanto não forem positivados a nível legal. Neste sentido, escreveu sugestivamente um autor (K. Krüger) que, na época actual, se assistia à deslocação da doutrina dos ‘direitos fundamentais dentro da reserva de lei’ para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*”¹⁴ (grifado no original).

11. Nesse sentido, por todos, Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 100. Segundo esse autor, a intenção que animou o Constituinte a inscrever na Constituição a cláusula da imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais é compreensiva e louvável, uma vez que tem por objetivo evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Contudo, afirma o autor: “Mas o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não executável pela natureza das coisas”. Em seguida, arremata o autor: “Ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito ou garantia fundamental é completa e, portanto, auto-executável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada. Pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope, como disse o francês”.

12. Nesse sentido, também por todos, GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 311 e ss.

13. CANOTILHO, J. J. Gomes e Vital Moreira, *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 164.

14. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1104.

O referido autor conclui afirmando que a aplicação direta não significa apenas que os direitos fundamentais (em Portugal, os direitos, liberdades e garantias) se aplicam independentemente da intermediação legislativa, significando também que eles valem diretamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.

José Carlos Vieira de Andrade, também se pronunciando sobre o referido dispositivo constitucional português, que consagra o princípio da imediata aplicação das normas que versam sobre direitos, liberdades e garantias, defende que esse princípio, exatamente por ter a finalidade de revelar a aplicabilidade imediata dessas normas, independentemente de qualquer medida concretizadora, constitui um *plus* em relação ao princípio da constitucionalidade, valendo

“como indicador da exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua ‘perfeição’, isto é, a sua autossuficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”¹⁵

Percebemos, pois, do pensamento do autor que o juiz está autorizado a proceder a mediação necessária para aplicação imediata dos direitos fundamentais. Enfim, para o citado autor,

“nos termos do n. 1 do art. 18, os preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias são imediatamente aplicáveis, o que pressupõe que o seu conteúdo é ou deve ser concretizado ao nível da Constituição, em última análise por intermédio de uma interpretação criadora; não necessitam da mediação legislativa e não dependem, nem podem depender, por isso, das opiniões ou opções das leis ordinárias”.¹⁶

Na doutrina espanhola, colhemos a importante opinião de Eduardo García De Enterría¹⁷, segundo o qual o art. 53, nº 1, da Constituição Espanhola – que adota, igualmente, cláusula de aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais e tem o mesmo significado do art. 1º, nº 3, da Lei Fundamental de Bonn em que se inspirou – acrescentou um *plus* às normas definidoras de direitos fundamentais, que consiste justamente no fato de que tais direitos têm o carácter de direito *diretamente aplicável*, sem necessidade do intermédio do legislador.

Igualmente inescurecível a posição de Medina Guerreiro¹⁸, para quem esse mesmo art. 53, nº 1, da Constituição Espanhola produz duas consequências, quais sejam, a de impor à administração e aos tribunais a imediata concretização dos direitos fundamentais, sem necessidade de mediação legislativa e a de vincular o legislador à Constituição, criando uma sujeição tanto na perspectiva negativa (importando na vedação ao legislador de

15. ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 256-257.

16. Op. cit., p. 140.

17. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, p. 73. É necessário esclarecer que, na Espanha, por força do art. 53, 3, da Constituição – situação que não existe no Brasil nem tem paralelo com o direito constitucional brasileiro – o princípio da aplicabilidade direta das normas definidoras de direitos fundamentais não alcança os “principios rectores de la política social y económica”. Assim, segundo o próprio autor, o art. 53, 3, da Constituição Espanhola “condiciona la aplicabilidad judicial de los ‘principios rectores de la política social y económica’ a su desarrollo por la Ley, condición no exigible para la aplicación de las normas constitucionales referentes a los derechos fundamentales aludida en el mismo artículo”. No mesmo sentido, CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, p. 54-61.

18. *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, p. 04.

DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Sumário • 1. O princípio federativo e o Estado Federal: 1.1. Estado Federal e Estado Unitário; 1.2. Estado Federal e Estado Regional; 1.3. Estado Federal e Confederação de Estados; 1.4. Características comuns do Estado Federal; 1.5. Estado Federal e tipos de Federalismo – 2. O federalismo brasileiro: 2.1. Origem e evolução histórica do federalismo brasileiro; 2.2. A Organização Política do Estado brasileiro – 3. A repartição de competência: 3.1. O princípio da predominância do interesse; 3.2. Técnicas de repartição de competência – 4. A repartição de competência na Constituição brasileira de 1988: 4.1. A repartição horizontal de competência. Técnicas; 4.2. A repartição vertical de competência – 5. Competências e sua classificação: 5.1. Competência legislativa; 5.2. Competência não legislativa ou material; 5.3. Outras competências – 6. A união: 6.1. A posição da União na Federação; 6.2. Brasília: sede do governo da União; 6.3. Bens da União; 6.4. Competência material da União; 6.4.1. Competência material exclusiva da União; 6.4.2. Competência material comum da União; 6.5. Competência legislativa da União; 6.5.1. Competência legislativa privativa da União. A delegação de competência aos Estados; 6.5.2. Competência legislativa concorrente da União; 7. Os estados federados; 7.1. A posição dos Estados-membros na Federação. O poder constituinte decorrente das Assembleias Legislativas; 7.2. Competência material (exclusiva e comum); 7.3. Competência legislativa (exclusiva e concorrente). A competência suplementar; 7.4. Bens dos Estados; 7.5. Dos Deputados Estaduais e Governadores – 8. O distrito federal: 8.1. A posição do Distrito Federal na Federação e suas competências – 9. Os municípios: 9.1. O Município nas Constituições anteriores; 9.1.1. O Município na Constituição do Império; 9.1.2. O Município na Constituição de 1891; 9.1.3. O Município na Constituição de 1934; 9.1.4. O Município na Constituição de 1937; 9.1.5. O Município na Constituição de 1946; 9.1.6. O Município na Constituição de 1967; 9.2. As competências do Município na Constituição Federal de 1988; 9.2.1. A competência legislativa; 9.2.2. A competência material – 10. Os territórios federais: 10.1. Natureza; 10.2. Organização – 11. Intervenção: 11.1. Conceito; 11.2. Intervenção Federal; 11.3. Intervenção Estadual; 11.4. Formalidades comuns – 12. A administração Pública: 12.1. Conceito; 12.2. Organização; 12.2.1. Administração direta; 12.2.2. Administração indireta; 12.3. Regime jurídico-administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública; 12.3.1. Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; 12.3.2. Princípio da indisponibilidade do interesse público; 12.3.3. Princípio da Legalidade; 12.3.4. Princípio da Impessoalidade; 12.3.4.1. Princípio da Intranscendência Subjetiva da Sanção; 12.3.5. Princípio da Moralidade; 12.3.6. Princípio da Publicidade; 12.3.7. Princípio da Eficiência; 12.3.8. Princípio da Finalidade Pública; 12.3.9. Princípio da Presunção de Legitimidade; 12.3.10. Princípio da Autotutela; 12.3.11. Princípio do Controle Judicial dos Atos Administrativos; 12.3.12. Princípio da Motivação; 12.3.13. Princípio da Responsabilidade do Estado; 12.3.14. Princípio do acesso universal aos cargos, empregos e funções públicas; 12.3.15. Princípio do prévio concurso público para acesso aos cargos e empregos públicos; 12.3.15.1. Concurso público e pessoa com deficiência; 12.3.16. Princípio da obrigatoriedade da licitação; 12.4. Dos Servidores Públicos; 12.4.1. Agentes Públicos; 12.4.2. Espécies de Agentes Públicos; 12.4.2.1. Agentes políticos; 12.4.2.2. Agentes ou servidores administrativos do Estado; 12.4.2.3. Agentes particulares em colaboração com o Estado; 12.4.3. Direitos dos trabalhadores extensivos aos servidores públicos. O direito à livre associação sindical e o direito de greve; 12.4.4. Remuneração e subsídio do servidor; 12.4.5. Estabilidade do servidor; 12.4.6. Previdência do servidor; 12.5. Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios; 12.6. Das Regiões – 13. Quadro sinótico.

1. O PRINCÍPIO FEDERATIVO E O ESTADO FEDERAL

Quando examinamos os princípios fundamentais do título I da Constituição brasileira, destacamos que o princípio federativo é *princípio estruturante ou de organização* que define a *forma de Estado* adotada por uma Constituição.

O princípio federativo é princípio que consagra a forma de *Estado Federal*, estruturada a partir da *união indissolúvel* de mais de uma organização política, no mesmo espaço territorial do Estado, compartilhando de seu poder. O *modo* e a *intensidade* do exercício do poder pelas entidades federadas ou componentes do Estado Federal dependerão da estrutura da federação adotada por cada Constituição.

1.1. Estado Federal e Estado Unitário

O Estado Unitário – também denominado de Estado simples – é aquele que possui *governo único*, conduzido por uma única entidade política, que exerce, de forma *centralizada*, o poder político. Mesmo quando se revela como um Estado Unitário descentralizado, “as competências dos governos locais estão subordinadas ao governo central, que, por seu Poder Legislativo, pode restringir-lhes a autonomia”¹.

Já o Estado Federal é aquele que possui *mais de um governo*, vale dizer, aquele que se compõe de mais de uma organização política, todas elas politicamente autônomas em consonância com a própria Constituição. Em razão disso, no Estado Federal a autonomia dos governos locais (dos Estados-membros, Distrito Federal e, no Brasil, também dos Municípios) está a salvo das incursões do governo central (União), tendo em vista que a autonomia dos entes federados ou federativos está assegurada pela própria Magna Carta.

1.2. Estado Federal e Estado Regional

Para os autores que defendem a existência de um Estado Regional, este seria um modelo intermediário entre o Estado Unitário e o Estado Federal. Ou seja, é um Estado menos centralizado do que o Estado Unitário, mas que não chega a ser tão descentralizado a ponto de assumir a forma de um Estado Federal. Para Juan Ferrando Badia², são exemplos de Estado Regional a Espanha e a Itália.

A rigor, o chamado Estado Regional é apenas uma forma *descentralizada* de Estado Unitário, que, não obstante, não afasta a superioridade política e jurídica que o poder central exerce sobre os poderes regionais.

1.3. Estado Federal e Confederação de Estados

Impõe-se distinguir Federação da Confederação. Enquanto a Federação é a união *indissolúvel* de Estados *autônomos* com base *numa Constituição*; a Confederação é a união *dissolúvel* de Estados *soberanos* com lastro *num tratado internacional*.

Vê-se, pois, que os Estados federados que integram a Federação não têm soberania, mas apenas autonomia, porquanto encontram limites de sua atuação na própria Constituição. Já os Estados confederados que compõem uma Confederação gozam de soberania e, por conta disso, ocupam posição de preeminência jurídica diante da Confederação³.

Para além disso, a união dos Estados federados em torno da Federação se dá de forma *incindível*, *indissolúvel* e *permanente*. Já na Confederação, a reunião dos Estados confederados é *temporária*, *cindível*, que comporta o chamado *direito de secessão*.

1.4. Características comuns do Estado Federal

A primeira característica do Estado Federal é a *autonomia* assegurada às ordens políticas periféricas e à ordem política central. Essa autonomia decorre de um processo

1. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. rev. amp. atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

2. BADIA, Juan Ferrando. *El Estado Unitário, el Federal y el Estado Regional*. Madrid: Ed. Technos, 1978.

3. CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19ª ed. rev. amp. atual., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

da descentralização política, que deve ser necessariamente conduzido e realizado pela própria Constituição, através de uma *repartição de competência*. Assim, em primeiro lugar, o Estado Federal só existe se composto de partes autônomas, dotadas, por conseguinte, de competências próprias necessárias para dispor de seus assuntos específicos.

A posse de competências próprias, contudo, não é suficiente para a integral satisfação dessa primeira característica. É que, como salienta a doutrina, ao conceder competências, a Constituição impõe encargos, para cujo cumprimento é imprescindível a existência de recursos financeiros suficientes. Surge a necessidade, pois, “de um equilíbrio entre tarefas e rendas, de forma que não basta estarmos diante de uma repartição constitucional de competências (encargos) sem o devido acompanhamento do suporte financeiro (por via de arrecadação ou repasse de verbas) para a consecução dos objetivos fixados na Lei Maior”⁴.

“Por tal fato, impõe-se, ao lado da repartição constitucional de competências, anotar a necessidade de que os Estados ou mesmo a União tenham rendas próprias todas consagradas na Constituição Federal, pelos motivos anteriormente expostos”⁵.

Outra importante característica é a necessidade da participação das vontades parciais (dos governos regionais: *Estados federados*) na formação da vontade geral (do governo central: *União*). Essa característica é bem sintetizada por Michel Temer: “cada qual das unidades federadas deve participar, com sua manifestação, da vontade federal. Assim ocorrendo, as deliberações do órgão federal constituem, em verdade, a soma das decisões emanadas das vontades locais. Essas deliberações são tomadas por meio de órgão representativo das unidades federadas. Atribui-se-lhes, costumeiramente, o nome de ‘Senado Federal’ ”⁶.

Nas Federações, é comum a adoção de um sistema bicameral, onde coexistem duas casas legislativas: uma que representa o povo (entre nós, denominada de Câmara dos Deputados) e outra que representa as vontades parciais (entre nós, denominada de Senado). A casa representativa das vontades parciais deve ter composição *paritária*, ou seja, todas as vontades parciais devem ser manifestadas por igual número de representantes.

A terceira característica do Estado Federal consiste na possibilidade de os Estados-membros se *auto-organizarem por meio de Constituições próprias*. Ora, não bastam a posse de competências constitucionais privativas e a participação na vontade geral, sendo imprescindível que as ordens parciais tenham condições de se auto-organizar por Constituições próprias, dispondo de um fundamento de validade de toda normatividade local. Segundo Luiz Alberto David Araujo, “Por tal característico, fica assegurada à vontade parcial a possibilidade de auto-organização, com Constituição própria, que poderá exigir a observância de certos princípios constantes da Constituição Federal”⁷.

Pela capacidade de auto-organização, os Estados-membros da Federação podem organizar seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, dotando-lhes de funções típicas, respeitados os limites prescritos na Carta Federal.

4. ARAUJO, Luiz Alberto David. ‘Característicos comuns do federalismo’. In: BASTOS, Celso Ribeiro (coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43, pp. 39-52, 1995.

5. ARAUJO, Luiz Alberto David. ‘Característicos comuns do federalismo’. In: BASTOS, Celso Ribeiro (coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 43, pp. 39-52, 1995.

6. TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 18ª ed. rev. amp., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61.

7. ARAUJO, Luiz Alberto David. ‘Característicos comuns do federalismo’. In: BASTOS, Celso Ribeiro (coord.). *Por uma nova Federação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 44, pp. 39-52, 1995.

A quarta característica da Federação é a sua *indissolubilidade*. O pacto federativo é indissolúvel, não se admitindo invocação do chamado direito de secessão, este previsto exclusivamente nas confederações. Tão importante é essa característica que há severas sanções contra atos que a contrariem, como é o caso da medida da intervenção federal nos Estados-membros. A intervenção constitui, sem dúvida, um dos meios mais eficientes e expeditos para a manutenção do federalismo.

A quinta característica é a existência de uma *Constituição escrita e rígida* que contenha um *núcleo imutável que proteja o próprio pacto federativo*. Ora, como foi visto linhas atrás, a repartição de competência, como mecanismo de descentralização política, corresponde a um processo engendrado diretamente pela própria Constituição. Contudo, não basta a só existência de uma Constituição. Exige-se mais: é necessário que essa Constituição seja rígida e que torne o pacto federativo insuscetível de supressão, sob pena de restar frustrada a própria organização federal que o texto constitucional fundamentou.

Finalmente, exige-se a criação de um órgão constitucional responsável pelo controle da constitucionalidade das leis, notadamente das leis usurpadoras de competências recíprocas. Esse órgão, normalmente pertencente ao Judiciário, teria por finalidade assegurar a higidez do pacto federativo, impedindo que uma entidade federada invada a competência da outra. Ademais, teria por função resolver os conflitos federativos. Seria um Tribunal da Federação.

Em suma, o Federalismo tem as seguintes características comuns:

- a) A indissolubilidade do pacto federativo.
- b) A descentralização política entre as vontades *central* e *regionais*. A Federação pressupõe a existência de, no mínimo, duas ordens jurídicas, uma central e outra parcial.
- c) A existência de uma Constituição escrita e rígida, com um núcleo imodificável que não permita a alteração da repartição de competências pela lei ordinária e até por emendas constitucionais.
- d) A existência de um órgão que represente e manifeste, paritariamente, a vontade dos membros da federação (esse órgão chama-se Senado).
- e) A autonomia financeira dos Estados-membros prevista na Constituição.
- f) A existência de um órgão encarregado pelo controle de constitucionalidade para evitar invasão de competências e os conflitos entre as ordens parciais.
- g) A auto-organização político-administrativa dos Estados-membros, através de Constituições próprias (poder constituinte decorrente) que organizem os seus Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.
- h) A autonomia recíproca entre ordem central e ordens parciais.

Como teremos a oportunidade de desenvolver mais adiante, a Federação brasileira possui, seguindo as características comuns das Federações: a) uma repartição constitucional das competências entre as entidades que integram a Federação (CF/88, arts. 21, 22, 23, 24, 25, § 1º, 29, 30 e 32); b) a participação da vontade dos Estados-membros na vontade nacional; c) a possibilidade dos Estados-membros se auto-organizarem, por Constituições próprias (CF/88, art. 25); d) a cláusula da indissolubilidade da Federal (CF/88, art. 1º); e) uma Constituição *escrita e rígida* (CF/88, art. 60 e seu § 4º); e f) um Tribunal supremo para resolver os conflitos federativos, que, no Brasil, é o Supremo Tribunal Federal, chamado, no exercício da jurisdição solucionadora desses conflitos, de Tribunal da Federação (CF/88, arts. 36, III e 102, I).

1.5. Estado Federal e tipos de Federalismo

O Estado Federal será delineado de acordo com o tipo de federalismo que adota. Lançando luzes sobre a experiência histórica das nações que se organizaram a partir da forma federativa de Estado, podemos identificar os seguintes tipos de federalismo:

- a) *Quanto à formação*, temos o federalismo por *agregação* e por *segregação*. O primeiro formado a partir de uma reunião de vários Estados (EUA); o segundo formado em face de uma divisão de Estado pré-existente (Brasil).
- b) *Quanto à maior ou menor concentração do poder*, temos o federalismo *centrípeto*, o *centrífugo* e o de *equilíbrio*. O centrípeto é o federalismo que proporciona uma maior concentração de poder no governo central (foi o que ocorreu no Brasil, com a Carta de 1967); o centrífugo implica numa maior descentralização, com redução dos poderes centrais e ampliação dos poderes regionais (EUA); e o de equilíbrio, que visa instaurar uma equilibrada e equitativa repartição de poderes entre os governos central e regionais (tendência da Constituição brasileira de 1988).
- c) *Quanto à repartição de competências*, pode ser *dual* (ou *clássico*) ou *cooperativo* (ou *neoclássico*). O federalismo dual consiste numa repartição de competências privativas entre as entidades federadas, que atuam como esferas distintas, separadas e independentes, não havendo entre elas qualquer tipo de cooperação ou colaboração recíproca (prevaleceu no Brasil na Constituição de 1891). Já o federalismo cooperativo, que surgiu como uma necessidade do Estado Social, caracteriza-se pela colaboração recíproca e atuação paralela ou comum entre os poderes central e regionais. (no Brasil, começou a partir da Constituição de 1934, muito acentuado na atual).
- d) *Quanto ao equacionamento das desigualdades*, fala-se de federalismo *simétrico* e *assimétrico*. O federalismo simétrico prima pela igualitária divisão de competências e de receitas. Já o federalismo assimétrico, sem perder de vista a igualdade entre as entidades federadas, busca adotar um mecanismo que promova a redução das desigualdades regionais; parte do pressuposto da existência de profundas desigualdades socioeconômicas entre os Estados federados e conduz a sua atividade em direção a reverter esse quadro, com a realização de programas destinados a determinadas regiões, tratando de forma diferente os diversos integrantes da Federação de molde a torná-los iguais (é o federalismo adotado pela Constituição de 1988).

2. O FEDERALISMO BRASILEIRO

2.1. Origem e evolução histórica do federalismo brasileiro

Como já examinado no capítulo concernente aos princípios fundamentais, a Federação brasileira nasceu de um ato político, consubstanciado materialmente no decreto nº. 01, de 15 de novembro de 1889. As razões históricas residem essencialmente na necessidade de libertação das províncias do poder centralizador do Império.

Teve grande influência da Federação norte-americana. Nada obstante, em função do modelo de Estado que existia à época do Império, originou-se da divisão política do Estado Unitário, com a conversão das antigas províncias em Estados federados. Nesse particular, a Federação brasileira é de *formação* distinta daquela que lhe serviu de paradigma, pois é *por segregação*, e não por *agregação*.

No início, com fundamento na Constituição de 1891, a Federação brasileira era *dual* ou *clássica*, com uma repartição de competência que reservava áreas de atuação privativas e distintas entre a União e os Estados.

Com a Constituição de 1934, instala-se uma Federação organizada segundo o modelo de *federalismo cooperativo*, mas com concentração de poderes no governo da União. Isso porque, ao lado das competências privativas da União e dos Estados, estabeleceu atribuições concorrentes entre eles (art. 10), além de facultar *a União e aos Estados celebrar acordos para a melhor coordenação e desenvolvimento dos respectivos serviços, e, especialmente, para a uniformização de leis, regras ou práticas, arrecadação de impostos, prevenção e repressão da criminalidade e permuta de informações* (art. 9º). Permitiu também aos Estados uma *atuação supletiva ou complementar* para legislar sobre determinadas matérias visando a suprir as lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta, a fim de atender as peculiaridades locais (art. 5º, § 3º).

Esse modelo, combinando competências privativas com competências concorrentes, prosseguiu nas Constituições seguintes, apesar da forte concentração de poderes no governo federal ocorrida nas Cartas de 1937 e 1967/69.

Enfim, a evolução do sistema federativo no Brasil mostra o predomínio da União sobre os governos dos Estados, apesar da passagem do federalismo dual para o federalismo cooperativo.

A Constituição de 1988 tentou solucionar essa desequilibrada repartição de poderes, com a adoção de técnicas próprias que buscaram conciliar uma divisão equitativa do poder entre a União e os Estados com a possibilidade de atuações concorrentes e comuns entre eles.

2.2. A Organização Política do Estado brasileiro

A Constituição de 1988 adotou um modelo de Estado Federal de *estrutura tríplice*, pois, além de declarar que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º), determinou que a sua organização político-administrativa *compreenda a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos*, nos termos da Constituição (art. 18).

A organização do Estado brasileiro, portanto, compreende os governos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, todos providos de competências próprias necessárias ao seu desenvolvimento e ao atendimento das carências e legítimas exigências de suas respectivas populações.

O delineamento e a extensão dessas competências dependem da forma de sua repartição.

3. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA

A repartição de competências traduz-se num processo de distribuição constitucional de poderes entre as entidades federadas e constitui o *ponto nuclear* da noção de Estado Federal. Com o propósito de realizar o princípio federativo em bases sólidas, a Constituição de 1988 entabulou uma partilha do poder político entre as entidades integrantes da Federação com vistas a uma racional e equilibrada organização política do Estado brasileiro, com a eliminação dos velhos problemas de concentração de poderes na União que se verificou durante toda a República. O objetivo da Constituição foi atingir um *federalismo*

de equilíbrio entre a União, os Estados e os Municípios. Para esse fim, adotou-se uma repartição de competências informada pelo *princípio geral da predominância do interesse*.

3.1. O princípio da predominância do interesse

O princípio geral que norteia a repartição de competências entre as entidades federativas é o da *predominância de interesses*, pelo qual cumpre a União as matérias e questões de predominante interesse geral, nacional; aos Estados cabem as matérias e assuntos de predominante interesse regional; e aos municípios concernem os assuntos de interesse local.

Ocorre que atualmente nem sempre é fácil identificar se determinado assunto é de predominante interesse nacional ou regional ou local, razão por que foram concebidas determinadas *técnicas de repartição de competência* destinadas a auxiliar o constituinte na tarefa de dividir adequadamente o poder estatal.

3.2. Técnicas de repartição de competência

Todavia, essas técnicas de repartição de competência limitam-se a atuar na *divisão de poderes privativos* entre as entidades federadas, própria do federalismo clássico, e conjugam *poderes ou competências enumeradas* e *poderes ou competências remanescentes*. De um modo geral, essas técnicas manifestam-se no Direito comparado da seguinte forma:

- a) Enumeração dos poderes da União, ficando os remanescentes para os Estados. Adotam essa forma, EUA, Suíça, Argentina, México e Austrália.
- b) Enumeração dos poderes dos Estados, ficando os remanescentes para a União. Só é adotada pelo Canadá.
- c) Enumeração de todas as competências. Adotam essa forma, a Índia e a Venezuela. Cumpre esclarecer que, no Brasil, adota-se essa técnica na repartição de competências tributárias (CF/88, arts. 153, 155 e 156).

4. A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição brasileira, à semelhança do sistema alemão, adota um “sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da *enumeração dos poderes da União* (arts. 21 e 22), com *poderes remanescentes para os Estados* (art. 25, §1º) e *poderes definidos indicativamente para os Municípios* (art. 30), mas combina com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), possibilidades de delegação (art. 22, parágrafo único), áreas comuns em que se prevêem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23), e setores concorrentes entre União e Estados, em que a competência para estabelecer políticas, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto que se defere aos Estados e até aos Municípios a competência complementar”⁸. Vale dizer, estruturou-se no Brasil um sistema complexo de partilha de competência em que coexistem competências exclusivas e privativas, repartidas horizontalmente, com

8. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 479.

competências concorrentes, repartidas verticalmente, além das competências comuns a todas as entidades federadas, possibilitando-se, ademais, a participação dos Estados-membros nas competências próprias da União, mediante delegação.

As competências próprias da União estão enumeradas nos arts. 21 e 22 da Constituição Federal, que discriminam suas atribuições materiais e legislativas; as dos Estados-membros reservadas no § 1º do art. 25 (além das enumeradas nos §§ 2º e 3º desse art. 25 e no art. 18, § 4º) e as dos Municípios indicadas no art. 30.

Além de competências próprias, dispõem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios de competências materiais comuns discriminadas no art. 23 da Constituição.

Exercem a União, os Estados-membros e o Distrito Federal as competências legislativas concorrentes fixadas no art. 24 da Constituição, em relação as quais a União limita-se a editar normas gerais e os Estados e Distrito Federal, com competência suplementar (complementar e supletiva), a editar normas específicas. Em que pese o art. 24 não haver incluído o Município entre os entes da Federação com competência legislativa concorrente, não se pode ignorar que, por força do art. 30, II, da mesma Constituição, ele é titular da competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Por fim, a Constituição Federal permite, no parágrafo único do art. 22, que a União delegue aos Estados, *por lei complementar*, o poder de legislar sobre *questões específicas* das matérias objeto de sua competência legislativa própria.

Em relação à partilha da competência tributária, o constituinte adotou, genericamente, a técnica de enumeração de poderes para todas as entidades federadas, de modo que, como já ocorria no direito anterior, discriminou os tributos que cada entidade política pode instituir (145), enumerando os impostos da União (153), dos Estados e Distrito Federal (155) e os de competência dos Municípios (156). Com a União ainda ficou a competência residual (154, I), assim como o poder de instituir os impostos extraordinários (154, II) e os empréstimos compulsórios (art. 148). Ademais, foi também prevista a participação dos Estados e do Distrito Federal no produto da arrecadação de impostos da União (art. 157 e art. 159, II e III) e dos Municípios no produto de arrecadação de impostos da União e dos Estados (art. 158 e 159, § 3º), além da destinação de determinados percentuais do produto de arrecadação de impostos federais ao fundo de participação dos Estados e do Distrito Federal, ao fundo de participação dos Municípios e a programas de financiamento ao setor produtivo das regiões norte, nordeste e centro-oeste (era. 159, I).

4.1. A repartição horizontal de competência. Técnicas

A repartição horizontal de competência é típica do federalismo dual ou clássico, onde há uma *atuação separada e independente* entre as entidades federadas. Por meio dessa repartição se outorgam competências *privativas e exclusivas* que só as entidades que as titularizam podem exercer.

Aqui, as entidades federadas atuam em áreas próprias e específicas, não podendo ocorrer a interferência de uma sobre a outra, sob pena de inconstitucionalidades.

No Brasil, as competências exclusivas e privativas foram repartidas horizontalmente através das seguintes técnicas: competências privativas *enumeradas* para a União; competências privativas *remanescentes* (ou *reservadas*) para os Estados e, finalmente, competências privativas *indicadas* (ou *enumeradas genericamente*) para os Municípios.

4.2. A repartição vertical de competência

A repartição vertical de competência é própria do federalismo cooperativo, onde há uma *atuação coordenada* entre as entidades federadas. Por meio dessa repartição, longe de se dividir poderes, há uma atribuição conjunta de competências à União e aos Estados e Distrito Federal que concorrem para legislar sobre determinadas e idênticas matérias. A atuação concorrente entre essas entidades se dará em *níveis distintos*: a União atua editando normas gerais; enquanto os Estados e o Distrito Federal limitam-se a suplementar essas normas gerais, editando normas especiais.

Têm-se aqui as competências concorrentes, *repartidas verticalmente*, com a União estabelecendo as normas gerais que devem ser observadas pelos Estados e pelo Distrito Federal que podem, contudo, suplementá-las.

5. COMPETÊNCIAS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Com a divisão do poder, atribuem-se aos entes da Federação um conjunto de competências próprias para que possam dispor de assuntos próprios. Competências, portanto, são faculdades ou poderes de agir dos quais se servem as entidades federadas para tratar de temas que lhes dizem respeito e orientados para a realização do bem comum.

Com a atribuição de competências dotam-se as entidades federadas de *autonomia* para se organizarem e gerirem os assuntos de seus interesses. Providas de autonomia, as entidades da federação passam a exercer fundamentalmente *quatro capacidades*: 1) a *capacidade de auto-organização*; 2) a *capacidade de autolegislação*; 3) a *capacidade de auto-governo*; e 4) a *capacidade de autoadministração*.

As competências constitucionais classificam-se em dois grandes grupos, a saber: (a) *competência legislativa*; e (b) *competência material*.

5.1. Competência legislativa

A competência legislativa é aquela que credencia as entidades federadas a elaborar suas leis, para dispor de seu próprio direito, através de seu poder legislativo para tanto organizado.

5.2. Competência não legislativa ou material

A competência material, também chamada de competência não legislativa ou competência geral ou de execução, é aquela concebida para dispor sobre assuntos político-administrativos.

5.3. Outras competências

As competências ainda podem ser: (a) *exclusivas*, quando inadmitem delegação, isto é, na dicção de José Afonso da Silva, “quando é atribuída a uma entidade com a exclusão das demais”⁹; (b) *privativa*, quando, embora atribuída a uma só entidade, admite delegação a outra¹⁰. Essa distinção entre competências exclusiva e privativa não é aceita por alguns doutrinadores. Fernanda Dias Menezes de Almeida¹¹, apoiando-se em alguns autores, entende-as como expressões sinônimas, preferindo empregá-las indistintamente; (c)

9. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 481.

10. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 481.

11. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*, p. 80.

comum, é aquela competência concedida a todas as entidades federadas para disporem sobre matérias que exigem um esforço conjunto, simultâneo e paralelo de todas elas; (d) *concorrente*, consiste na possibilidade de mais de uma entidade tratar-se sobre o mesmo assunto, mas em níveis distintos; (e) *suplementar*, que é correlata com a competência concorrente, é aquela exercida pelos Estados, Distrito Federal e Municípios para completarem, com normas específicas, as normas gerais da União (competência complementar) ou para suprirem a falta dessas normas gerais (competência supletiva).

6. A UNIÃO

6.1. A posição da União na Federação

A União é pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia política, responsável pelo comando do governo central e pelo exercício das competências lhe foram enumeradas na Constituição, para o atendimento dos assuntos de predominante interesse nacional.

A União tem natureza peculiar na Federação, uma vez que, ora atua como pessoa jurídica de direito constitucional, ora como pessoa jurídica de direito internacional. Na primeira hipótese, ela atua por si mesma, age em nome próprio, como entidade integrante da Federação. Na segunda hipótese, atua em nome da Federação (quer no plano interno, quando edita leis nacionais, quando intervém nos Estados-membros, quando decreta o estado de sítio e de defesa; quer no plano internacional, quando mantém relações com Estados estrangeiros, declara a guerra e celebra a paz).

Mas cumpre acentuar que a União, independentemente da competência que exerça, não se confunde com a República Federativa do Brasil e não é titular de soberania. A União só goza de autonomia, nos termos da Constituição (art. 18¹²). Titular de soberania é a República Federativa do Brasil¹³.

À luz da Constituição Federal, a União dispõe de (a) **competência material exclusiva** (art. 21); de (b) **competência material comum** (juntamente com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, nos termos do art. 23); de (c) **competência legislativa privativa** (art. 22); e de (d) **competência legislativa concorrente** (juntamente com os Estados e o Distrito Federal, nos termos do art. 24).

6.2. Brasília: sede do governo da União

Brasília é a Capital do País, que sedia o governo da União, os Poderes da República e as representações diplomáticas (Embaixadas) de outros Países e de onde partem as principais decisões que definem os destinos da Nação.

É, atualmente, a Capital Federal (CF, art. 18, § 1º), situada na região Centro-Oeste (Planalto Central), numa área cedida pelo Estado de Goiás, de 5.822 km², inaugurada pelo ex-presidente Juscelino Kubitschek em 21 de abril de 1960.

No período colonial, Salvador foi a sede política do Governo durante três séculos. Na Carta de 1824, a Capital do Brasil era o antigo Município da Província do Rio de Janeiro, que ficou conhecido como “Município Neutro” (art. 72), sede do Governo Central durante o Império, em face da ida da família real portuguesa para lá. A Constituição de 1891

12. “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos *autônomos*, nos termos desta Constituição”. Grifos nossos.

13. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e *tem como fundamentos*: I – a soberania (...)”. Grifos nossos.

transformou o “Município Neutro” em Distrito Federal, ainda sediado no Rio de Janeiro, que passou a ser a “Capital da União” (art. 2º), tal se repetindo sob a égide das Constituições de 34 (art. 15), 37 (art. 7º), 46 (art. 1º, § 2º) e 67 (art. 2º). Contudo, a Capital Federal, desde a Constituição de 1891 (art. 3º), já estava predestinada a ter sua sede no Planalto Central do País, o que veio a se concretizar na vigência da CF de 1946, cujo art. 4º do ADCT determinou que a Capital do País fosse transferida para o Planalto Central, o que ocorreu com a fundação de Brasília.

Com a CF de 1988, o Distrito Federal não é mais a Capital do País. Brasília, sediada no Distrito Federal, e com ele não se confundindo, ocupando apenas parte de seu território, passa a ser a nova Capital Federal, sede do Governo da República, e, por força da lei orgânica do DF, também sede do governo do Distrito Federal (art. 6º).

6.3. Bens da União

A Constituição Federal, no art. 20, dispõe que são *bens da União*:

I – os que atualmente lhe pertencem e os que lhe vierem a ser atribuídos.

II – as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras¹⁴, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei.

Conforme sustentamos noutro lugar, terras devolutas são terras públicas *lato sensu*, indeterminadas ou determináveis, sem nenhuma utilização pública específica e que não se encontram, por qualquer título, integradas ao domínio privado. Quando determinadas via ação discriminatória, passam a ser terras públicas *stricto sensu*. As terras devolutas pertencem, em regra, desde a Constituição de 1891 (art. 64), aos Estados-membros, excetuando-se aquelas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, que são de propriedade da União, em consonância com o dispositivo em comento¹⁵.

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais.

IV – as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II (redação dada pela Emenda Constitucional nº. 46/2005).

As ilhas são extensões de terra cercadas por águas do mar (ilhas marítimas), dos rios (ilhas fluviais) ou dos lagos (ilhas lacustres).

As ilhas fluviais e lacustres pertencem, em regra, aos Estados. Entretanto, pertencerão à União se estiverem em zonas limítrofes com outros países ou se estiverem em rios ou lagos do domínio da União (como, por exemplo, que banhem mais de um Estado ou que sirvam de limites com outros países).

14. De acordo com a súmula nº. 477 do STF: “As concessões de terras devolutas situadas na faixa de fronteira, feitas pelos Estados, autorizam apenas o uso, permanecendo o domínio com a União, ainda que se mantenha inerte ou tolerante, em relação aos possuidores.”

15. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

As ilhas marítimas dividem-se em ilhas oceânicas e ilhas costeiras. As oceânicas são aquelas que se encontram em pleno oceano, distantes dos litorais continentais; as costeiras situam-se próximas aos continentes, ligadas através da plataforma continental.

Em regra, as ilhas marítimas (oceânicas e costeiras) pertencem à União.

Porém, é possível, excepcionalmente, que as áreas, *nas ilhas oceânicas e costeiras* pertençam aos Estados e aos Municípios. Isto porque, segundo o art. 26, II, da Constituição, são bens dos Estados as áreas, *nas ilhas oceânicas e costeiras*, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros.

Ademais, o próprio inciso IV do art. 20 da Constituição, com a nova redação dada pela EC nº 46/2005, declara que não pertencem mais à União as *ilhas costeiras que contenham a sede* de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal. Assim, a alteração introduzida pela EC nº 46/2005 criou exceção à regra geral então vigente sobre a propriedade federal das ilhas costeiras.

Com a novel redação conferida ao art. 20, IV, da Constituição, deixaram de pertencer à União as ilhas costeiras em que sediados Municípios, sendo expressamente ressalvadas, apenas, as “*áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal e as referidas no art. 26, II*”. A EC nº 46/2005, portanto, suprimiu da União a propriedade das ilhas costeiras em que sediados Municípios, trespassando para essas entidades federadas locais a propriedade desses bens.

Antes da EC nº 46/2005, todos os imóveis situados nas ilhas costeiras que não pertencessem, por outro título, a Estado, Município ou particular, eram propriedade da União. Porém, com o comando da Emenda, “deixa de constituir título hábil a ensejar o domínio da União o simples fato de que situada determinada área em ilha costeira, se nela estiver sediado Município, não mais se presumindo a propriedade da União sobre tais terras, que passa a depender da existência de outro título que a legitime.”¹⁶

Todavia, mesmo nas ilhas costeiras em que sediados Municípios, permanece a propriedade da União sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos lá localizados, a teor do inciso VII do art. 20 da Constituição, pois a EC nº 46/2005 em nada alterou o regime jurídico-constitucional dos terrenos de marinha e seus acrescidos, que, independentemente de sua localização, seja em ilhas costeiras sede de Municípios ou não, continuam de propriedade da União. Essa conclusão resulta da interpretação conjunta dos incisos IV e VII do art. 20 da Constituição da República. A esse respeito, no **RE 636.199**, rel. min. Rosa Weber, j. 27-4-2017, P, DJE de 3-8-2017, Tema 676, o STF firmou a seguinte tese: “Ao equiparar o regime jurídico-patrimonial das ilhas costeiras em que sediados Municípios àquele incidente sobre a porção continental do território brasileiro, a Emenda Constitucional nº 46/2005 não interferiu na propriedade da União, nos moldes do art. 20, VII, da Constituição da República, sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios, incólumes as relações jurídicas daí decorrentes.”¹⁷

V – os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva.

VI – o mar territorial.

16. **RE 636.199**, rel. min. Rosa Weber, j. 27-4-2017, P, DJE de 3-8-2017, Tema 676.

17. Apreciado o Tema nº 676 da repercussão geral, fixou-se a seguinte tese: “A Emenda Constitucional nº 46/2005 não interferiu na propriedade da União, nos moldes do art. 20, VII, da Constituição da República, sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos situados em ilhas costeiras sede de Municípios”.

De acordo com a Lei federal nº. 8.617/93, o mar territorial brasileiro compreende uma *faixa de doze milhas marítima de largura*, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular, tal como indicada nas cartas náuticas de grande escala, reconhecidas oficialmente no Brasil (art. 1º).

VII – os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Os terrenos de marinha são todos aqueles que, banhados pelas águas do mar ou dos rios e lagoas navegáveis (estes, exclusivamente, se *sofrerem a influência das marés*, porque, caso contrário, senão serão terrenos reservados), vão até a distância de 33 metros para a parte da terra contados da linha do preamar médio, medida em 1831 (este ponto refere-se ao estado do lugar no tempo da execução do art. 15, § 4º, da Lei de 15 de novembro de 1831). A influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra qualquer época do ano.

São terrenos acrescidos de marinha, os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

Os terrenos de marinha e seus acrescidos pertencem à União e integram seus bens dominicais. Não devem ser confundidos com praia que são bens públicos de uso comum.

VIII – os potenciais de energia hidráulica.

IX – os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

X – as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos.

XI – as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios¹⁸.

São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei. Essas terras são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Estas terras pertencem a União e são bens de uso especial.

Segundo a súmula nº. 650 do STF, “Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto.” Assim, para o STF, “As regras definidoras do domínio dos incisos I e XI do artigo 20 da Constituição Federal de 1988 não albergam terras que, em passado remoto, foram ocupadas por indígenas.”¹⁹

18. STF, RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 10-12-96, DJ de 14-2-97: “A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República – ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade – reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.”

19. RE 219.983, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 9-12-98, DJ de 17-9-99.

Ademais, conforme o § 1º do art. 20, na nova redação dada pela EC nº 102, de 26 de setembro de 2019, é assegurada, nos termos da lei, à *União*, aos *Estados*, ao *Distrito Federal* e aos *Municípios* a participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração. A EC 102/2019 passou a garantir a participação no resultado dessa exploração à União (compreendendo a administração direta e indireta), e não apenas aos órgãos da administração direta da União como dispunha a redação anterior.

Por fim, prevê o § 2º do art. 20, que a faixa de até 150 (cento e cinquenta) quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como *faixa de fronteira*, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei. Assim, a *faixa de fronteira* é considerada área indispensável à Segurança Nacional a faixa interna de 150 Km de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional. As propriedades particulares nela situadas submetem-se a uma série de restrições fixadas em lei, em benefício da segurança nacional. Essas restrições estão reguladas na Lei nº 6.634, de 02 de maio de 1979.

6.4. Competência material da União

À luz do texto constitucional, a União dispõe de (a) *competência material exclusiva* (art. 21) e (b) *competência material comum* (art. 23).

6.4.1. Competência material exclusiva da União

A competência *material exclusiva* da União encontra-se enumerada no art. 21 da Constituição e compreende as matérias a seguir indicadas. Note-se que as matérias dispostas no art. 21 envolvem temas de repercussão internacional e relacionados às atividades administrativas, econômicas, financeiras e sociais, de interesse nacional.

- I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais.
- II – declarar a guerra e celebrar a paz.
- III – assegurar a defesa nacional.
- IV – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente.
- V – decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal.
- VI – autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico²⁰.

O STF firmou um entendimento extensivo do art. 21, VI, da CF, segundo o qual a competência privativa da União para "autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico" também engloba outros aspectos inerentes ao material bélico, como sua circulação em território nacional. Assim, a Corte entendeu que regulamentações atinentes ao registro e ao porte de arma também são de competência privativa da União, por ter direta relação

20. STF, ADI 3.258, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-05, DJ de 9-9-05: "Competência da União para legislar sobre direito penal e material bélico. Lei 1.317/2004 do Estado de Rondônia. Lei estadual que autoriza a utilização, pelas polícias civil e militar, de armas de fogo apreendidas. A competência exclusiva da União para legislar sobre material bélico, complementada pela competência para autorizar e fiscalizar a produção de material bélico, abrange a disciplina sobre a destinação de armas apreendidas e em situação irregular."

com a competência de "autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico", e não apenas por tratar de matéria penal, cuja competência também é privativa da União (art. 22, I, da CF). Nesse sentido, compete privativamente à União, e não aos Estados, determinar os casos excepcionais em que o porte de arma de fogo não configura ilícito penal, matéria prevista no art. 6º da Lei 10.826/2003. (ADI 2.729, voto do rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 19-6-2013, P, *DJE* de 12-2-2014).

VII – emitir moeda.

VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada.

Segundo já decidiu o STF, “a relevância das atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, sejam públicas ou privadas, demanda a existência de uma coordenação centralizada das políticas de crédito e de regulação das operações de financiamento, impedindo os Estados de legislarem livremente acerca das modalidades de crédito praticadas pelos seus bancos públicos.” Assim, a Lei distrital 919/1995 tratou de operação de crédito de instituição financeira pública, matéria de competência privativa da União, nos termos dos arts. 21, VIII, e 22, VII, da Constituição. (ADI 1.357, rel. min. Roberto Barroso, j. 25-11-2015, P, *DJE* de 1º-2-2016).

Também já decidiu o STF que os arts. 22, VII, e 21, VIII, da CF, atribuem à União competência para legislar sobre seguros e fiscalizar as operações relacionadas a essa matéria. “Tais previsões alcançam os planos de saúde, tendo em vista a sua íntima afinidade com a lógica dos contratos de seguro, notadamente por conta do componente atuarial.” Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual que fixa prazos máximos, segundo a faixa etária dos usuários, para a autorização de exames pelas operadoras de plano de saúde. (ADI 4.701, rel. min. Roberto Barroso, j. 13-8-2014, P, *DJE* de 25-8-2014).

IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional.

Na ADPF 222, rel. min. Cármen Lúcia, j. 13-9-2019, P, *DJE* de 2-10-2019, decidiu o STF que é inconstitucional lei municipal que interfere na operação de entrega e distribuição de correspondências, proibindo a entrega em determinado horário, sob pena de multa e cancelamento do alvará de funcionamento, por violar a competência privativa da união para legislar e administrar serviço postal.

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais.

Já decidiu o STF que a Lei 16.291/2017, do Estado do Ceará, “ao instituir a obrigação de as operadoras de telefonia fixa e móvel disponibilizarem, em seus sítios eletrônicos, extrato detalhado de conta das chamadas telefônicas e serviços utilizados na modalidade de recarga de créditos por pagamento antecipado (plano pré-pago), tal qual é feito nos planos pós-pagos, sob pena de multa, invadiu a competência legislativa e administrativa da União para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações (artigos 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal). A competência privativa da União para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações (artigos 21, XI, e 22, IV) impede os Estados-Membros de editar normas aplicáveis aos prestadores de serviços de telecomunicações. A competência concorrente dos Estados-Membros para dispor sobre direito do

consumidor (artigo 24, V e VIII, da Constituição Federal) não pode conduzir à frustração da teleologia das normas que estabelecem as competências legislativa e administrativa privativas da União em matéria de telecomunicações." [ADI 5.830, rel. min. Luiz Fux, j. 30-8-2019, P, DJE de 28-11-2019].

O STF, em várias ocasiões, já afirmou a inconstitucionalidade de normas estaduais e distritais que impunham obrigações às concessionárias de telefonia, por configurar ofensa à competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. "A Lei 13.189, de 4 de julho de 2014, do Estado da Bahia, ao criar obrigação para as operadoras do serviço móvel pessoal, consistente na instalação e na manutenção de bloqueadores de sinais de radiocomunicações (BSR) nos estabelecimentos penais de todo o Estado, com o objetivo de impedir a comunicação por telefones móveis no interior dos referidos estabelecimentos, dispôs a respeito de serviços de telecomunicações, matéria da competência legislativa privativa da União, na forma do art. 22, IV, da CF" (ADI 5.253, rel. min. Dias Toffoli, j. 3-8-2016, P, DJE de 1º-8-2017).

No mesmo sentido, considerou o STF inconstitucional a Lei Estadual 10.519/2015, do Estado da Paraíba, que determinou o bloqueio de aparelhos celulares pelas operadoras nas hipóteses de furto e roubo, por violar a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicações. Na hipótese, apesar da discussão ter envolvido a constitucionalidade do bloqueio de aparelhos celulares nas situações de furto e roubo, restou claro que a finalidade da norma legal era justamente possibilitar o bloqueio de sinal de telecomunicações e/ou radiocomunicações [ADI 5.574, rel. min. Edson Fachin, j. 27-9-2019, P, DJE de 15-10-2019].

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

- a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;
- b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;
- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Acerca dessa competência, o STF possui firme entendimento no sentido da impossibilidade de interferência do Estado-membro, mediante a edição de leis estaduais, nas relações jurídico-contratuais entre Poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias, especificamente no que tange a alterações das condições estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, por violação aos arts. 21, XII, b; 22, IV, e 175, *caput* e parágrafo único, I, II e III, da CF²¹.

Assim, os Estados-membros não dispõem de competência legislativa ou administrativa para modificar ou alterar as condições formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica – CF, art. 21, XII, "b") e pelo Município (fornecimento de água – CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime

21. ADI 3729/Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.9.2007, DJ 9.11.2007.

de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico--contratual de direito administrativo²².

Ademais, no julgamento do tema 774 de repercussão geral no RE 827.538/MG, o STF firmou a seguinte tese: “A norma estadual que impõe à concessionária de geração de energia elétrica a promoção de investimentos, com recursos identificados como parcela da receita que auferir, voltados à proteção e à preservação de mananciais hídricos é inconstitucional por configurar intervenção indevida do Estado no contrato de concessão da exploração do aproveitamento energético dos cursos de água, atividade de competência da União, conforme art. 21, XII, ‘b’, da Constituição Federal”.

XIII– organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e a Defensoria Pública dos Territórios;

O Inciso XIII foi alterado pela EC nº 69/2012, que excluiu da União a competência para organizar e manter a Defensoria Pública do Distrito Federal. Com a referida emenda constitucional, a Defensoria Pública do Distrito Federal passou para a competência do próprio Distrito Federal.

XIV– organizar e manter a polícia civil, a polícia penal, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio.

Conforme súmula nº 647 do STF: “Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar do distrito federal.” Foi editada, posteriormente, a Súmula Vinculante 39 do STF nos seguintes termos: “*Compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal*”.

Cumpra aqui destacar a EC nº 104, de 04 de dezembro de 2019, que criou as polícias penais federal, estaduais e distrital, como novos órgãos de segurança pública, com competência para a segurança dos estabelecimentos penais, respectivamente, no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal. Essa Emenda, a par de haver criado a polícia penal do Distrito Federal, deu nova redação ao inciso XIV do art. 21 da Constituição e incluiu a sua organização e manutenção na competência material exclusiva da União, como já estava previsto para os demais órgãos de segurança pública do Distrito Federal (polícia civil, polícia militar e corpo de bombeiros militar do Distrito Federal).

A EC nº 104/2019 também deu nova redação ao § 4º do art. 32 da CF, para dispor que a lei federal disciplinará a utilização, pelo Governo do Distrito Federal, da polícia civil, da *polícia penal*, da polícia militar e do corpo de bombeiros militar.

22. ADI 2337 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 20.02.2002, DJ 21.06.2002. **No mesmo sentido:** “O sistema federativo instituído pela CF de 1988 torna inequívoco que cabe à União a competência legislativa e administrativa para a disciplina e a prestação dos serviços públicos de telecomunicações e energia elétrica (CF, arts. 21, XI e XII, b, e 22, IV). A Lei 3.449/2004 do Distrito Federal, ao proibir a cobrança da tarifa de assinatura básica “pelas concessionárias prestadoras de serviços de água, luz, gás, TV a cabo e telefonia no Distrito Federal” (art. 1º, caput), incorreu em inconstitucionalidade formal, porquanto necessariamente inserida a fixação da “política tarifária” no âmbito de poderes inerentes à titularidade de determinado serviço público, como prevê o art. 175, parágrafo único, III, da Constituição, elemento indispensável para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e, por consequência, da manutenção do próprio sistema de prestação da atividade. Inexiste, in casu, suposto respaldo para o diploma impugnado na competência concorrente dos Estados-membros para dispor sobre direito do consumidor (CF, art. 24, V e VII), cuja interpretação não pode conduzir à frustração da teleologia da referida regra expressa contida no art. 175, parágrafo único, III, da CF, descabendo, ademais, a aproximação entre as figuras do consumidor e do usuário de serviços públicos, já que o regime jurídico deste último, além de informado pela lógica da solidariedade social (CF, art. 3º, I), encontra sede específica na cláusula “direitos dos usuários” prevista no art. 175, parágrafo único, II, da Constituição.” (ADI 3343, Rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, j. 1º.9.2011, DJE de 22.11.2011).

XV- organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional.

Segundo entendimento do STF, os “Estados-membros e o Distrito Federal não dispõem de competência para legislar sobre horário de verão, uma vez que falece a qualquer ente federado competência legislativa para dispor sobre o seu próprio horário, considerada a dimensão nacional que qualifica essa particular atribuição que a Constituição da República outorgou, em regime de exclusividade, à União Federal, sob pena de entendimento em sentido contrário gerar a possibilidade anárquica de o Brasil vir a submeter-se a tantas horas oficiais quantas forem as unidades da Federação. Consequente inconstitucionalidade formal de diploma legislativo estadual, em virtude, precisamente, da usurpação, pela unidade federada local, de competência outorgada, em caráter privativo, à União Federal, seja em face do que prescreve o art. 21, XV, seja à luz do que estabelece o art. 22, XVIII, ambos da Constituição da República.” (ADI 158, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-8-2018, P, DJE de 28-8-2018).

XVI – exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão.

Essa competência da União é complementada pelo art. 220, § 3º, I, da Constituição, que estabelece que lei federal deverá regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

A Constituição prevê um *sistema de classificação indicativa* das diversões públicas e de programas de rádio e televisão. Isso significa que o exercício da liberdade de programação pelas emissoras, livre de censura ou licença, não depende de qualquer ação estatal prévia, de modo que não se confundem a classificação da programação com a sua autorização. A classificação, que é permitida e até obrigatória, tem efeito meramente indicativo, visando a oferecer aos telespectadores das diversões públicas e de programas de rádio e televisão as indicações, as informações e as recomendações necessárias acerca do conteúdo veiculado, especialmente para indicar aos pais a existência de conteúdo inadequado para as crianças e os adolescentes.

Essa competência da União não pode ser confundida com um ato de licença, nem confere poder à União para determinar que a exibição da programação somente se dê em horários previamente determinados, de forma a caracterizar uma imposição, e não uma recomendação. Não há horário autorizado, mas horário *recomendado*.

A exigência de prévia autorização para a exibição de programações não se harmoniza com os arts. 5º, IX; 21, XVI; e 220, § 3º, I, da Constituição da República. Entretanto, há o dever das emissoras de rádio e de televisão de exibir ao público o aviso de classificação etária, antes e no decorrer da veiculação do conteúdo²³.

XVII – conceder anistia.

XVIII – planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações.

XIX – instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso.

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.

XXI – estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação.

XXII – executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras.

23 Nesse sentido: ADI 2.404, rel. min. Dias Toffoli, j. 31-8-2016, P, DJE de 1º-8-2017.