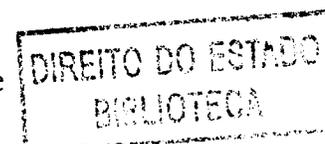


DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS  
COORDENADOR

**O FEDERALISTA ATUAL**  
TEORIA DO FEDERALISMO



Belo Horizonte  
2013



diariedade, conforme desenvolvido por Massimo Luciani<sup>50</sup>, pelo qual a subsidiariedade - e, com esta, o federalismo - aparece como a condição de liberdade "e também como condição do pensar a democracia na sua forma contemporânea".

São, reiteramos, as condições de concretização do Federalismo brasileiro - via Municípios, como esferas básicas do exercício da existência comunitária e das liberdades individuais e cidadãs.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA PROTEÇÃO NO ESTADO FEDERAL

*Dircêo Torrecillas Ramos*

Mestre, Doutor, Livre-Docente pela USP; Professor convidado PUC-PÓS; Ex-presidente da Comissão de Direito Constitucional OAB-SP; Conselheiro Jurídico da Fecomércio; Membro da APLJ - Academia Paulista de Letras Jurídicas; Membro do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo, IPSA - International Political Science Association, APSA - American Political Science Association e Correspondent of the Center for the Study of Federalism - Philadelphia USA - Presidente da Comissão de Ensino Jurídico OAB-SP.

### 1. JUSTIFICATIVA E INTRODUÇÃO

O tema "*A Formação Da Doutrina Dos Direitos Fundamentais: a Forma do Estado e a Proteção dos Direitos: Opção pelo Federalismo*" ocorreu-me devido à importância na elaboração de listas particulares e gerais no território de um Estado Federal e suas relações com as unidades componentes. Cresceu o interesse com o desenvolvimento das novas comunidades e a busca da elaboração de Declarações de Direitos, o estabelecimento de garantias, instrumentos de proteção e as dificuldades na conciliação com as Declarações já existentes em cada unidade constituinte.

Evidentemente, essas questões estão relacionadas com o federalismo, vez que essas Uniões, ao tratarem de suas organizações, em comum, têm como objetivo um tratado confederativo, e muitas são as obras que tratam de uma Constituição formando um novo Estado federal. Na pior das hipóteses, nesse sentido encontramos uma organização adotando arranjos federativos. Portanto, a história e a evolução dos sistemas federativos oferecem subsídios aos já existentes e aos futuros entes federais, quanto à sua organização e quanto à efetivação dos direitos fundamentais.

Em decorrência, além do que esse sistema pode oferecer, não é a intenção fazer uma análise percuciente de um determinado aspecto, mas a evolução total, ainda que se apresente, vez ou outra, de forma perfunctória, mas nos conduza ao melhor método para o estabelecimento e proteção dos direitos humanos.

A Constituição brasileira de 1988 é exaustiva, oferecendo um Título, o II, aos Direitos e Garantias Fundamentais, subdividindo-o em cinco capítulos: o I,

<sup>50</sup> *Federalismo e sussidiarietà*: prolegomeni ad ogni futura democrazia?, Palestra (versão provisória) no 3º Encontro de Direito Constitucional da Faculdade de Direito USP, 23-9-1994.

dos direitos e deveres individuais e coletivos; o II, dos direitos sociais; o III, da nacionalidade; o IV, dos direitos políticos; e o V, dos partidos políticos. O que se pretende não é o estabelecimento de muitos direitos sem os meios para torná-los eficazes; nem poucos, porém executáveis, mas muitos e executáveis.

Estabelecem-se os direitos, os direitos irrestringíveis, as garantias e as garantias das garantias. Vê-se que são limitados pelo Estado, mas impõem uma limitação ao Estado. Na sua elaboração, a ordem jurídica tira da liberdade o essencial para manter a própria liberdade.

A Declaração de Direitos constituiu-se em um dos tópicos mais importantes do constitucionalismo, considerada um de seus pilares sustentadores. É o que encontramos no artigo 16 da Declaração de Direitos de 1789, que coloca a garantia dos direitos, ao lado da separação de poderes, como condição para a existência de uma Constituição.

Esses direitos evoluem no tempo, constituem-se em três gerações e já há os que admitem a 4ª geração dos mesmos. Recebem várias classificações. Quanto ao objeto: liberdade, segurança, propriedade; quanto à liberdade: dos antigos e dos modernos, que é a participação e a autonomia, nas lições de Benjamin Constant e Paul Bastid ao comentá-lo; a liberdade limite, a liberdade oposição, conforme Duverger. Alguns os tratam como direitos, outros como direitos imunidades e direitos privilégios (Ellis Katz). Embora em seus primórdios fossem seletivos, significaram conquistas até a sua maior universalização.

Hodiernamente, há uma preocupação com sua efetivação, a eficácia. É uma necessidade que levou Raymond Aron a discorrer sobre a liberdade formal e a liberdade real em seu "*Essai sur les libertés*". Um dos aspectos para efetivar a relação de direitos é a forma de estado adotada pela sociedade. Em uma comparação entre o estado unitário e o estado federal, este oferece as melhores condições, conforme procuraremos demonstrar.

Por que o federalismo na forma de Estado ou em uma Confederação? Porque em estudo recente Alan Tarr e Ellis Katz apontaram que 40% da população mundial vivem sob um regime formalmente federal e mais 1/3 sob sistemas que adotam de alguma maneira arranjos federativos (Ellis Katz - *Federalism and Rights*).

Apresentaremos os direitos e sua evolução, as vicissitudes ou os novos direitos e suas implicações a exigirem soluções ainda não positivadas. Passaremos ao federalismo, suas transformações quanto ao tratamento e suas vantagens em uma comparação com o estado unitário. Essas considerações levarão à opção daquele como melhor forma para a concretização dos direitos.

## 2. DIREITOS: CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO

Iniciando pelos direitos fundamentais, necessário é um conceito de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais. Segundo Schmitt, Direitos Fundamentais,

em seu aspecto formal, são os Direitos Humanos positivados pela Constituição. Os Direitos Humanos, como o próprio nome está a dizer, são aqueles inerentes a todos os seres humanos, sem discriminação. Já os Direitos Fundamentais são aqueles inerentes a todos os indivíduos que estejam vinculados de alguma forma a determinado estado (Carla Pinheiro, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, págs. 22-23).

Com Dalmo Dallari, poderemos afirmar: os direitos fundamentais são encontrados em documentos legislativos da Antiguidade. São direitos que estão acima da vontade dos governantes. Na Idade Média, embora sem o caráter de declarações abstratas de direitos, nós os encontramos, por exemplo, na legislação dos povos germânicos, com regras da vida social implicitamente contendo direitos fundamentais. Mas foi na Inglaterra, já no final da Idade Média, o surgimento de afirmações precursoras das futuras Declarações de Direitos.

Entre esses antecedentes, encontramos os pactos ingleses. O primeiro foi a Magna Carta de João Sem Terra de 1215, que reconhecia os direitos dos barões e prelados ingleses, limitando o poder absoluto do monarca. Posteriormente, era a "*Petition of Rights*" de 1628 imposta pelos parlamentares ao rei Carlos I, forçando-o ao respeito de direitos imemoriais dos cidadãos ingleses. Os chamados Forais ou Cartas de Franquia levam à participação dos súditos no governo local, aduzindo o elemento político. Todos tinham em comum os direitos imemoriais, a forma escrita e a proteção de direitos individuais. Discute-se até hoje se ocorria uma outorga pelo senhor ou se eram conquistas dos súditos; que eram destinados a homens determinados, e não apanágio do homem, do ser humano enquanto tal, conforme ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Curso de Direito Constitucional*, 2001, p. 4/5), mas não resta dúvida de que era um início, uma conquista, ainda que sob a roupagem de outorga.

Conforme Santo Tomás de Aquino, o direito natural seria a participação na lei eterna que o homem alcança, considerando o seu íntimo: a vontade de Deus desvendada pela razão da criatura por sua inclinação própria, na própria criação.

Ainda no século XVII, o jusnaturalismo conforme Hugo Grócio e ensinamentos de Roscoe Pound, preponderando, demonstrando a existência de direitos naturais válidos para todos os homens em todos os tempos e lugares, demonstráveis pela razão, cuja garantia justifica a existência do Estado, conduz às Declarações de Direitos do século seguinte.

Embora as Declarações viessem no século seguinte, o Parlamento Britânico editara um documento em 1689, conhecido como "*Bill of Rights*". Este proibia as fianças excessivas e as penas cruéis ou incomuns.

A primeira Declaração de Direitos foi a da colônia de Virgínia, de 12 de junho de 1776, seguida por outras ex-colônias americanas que as mantiveram após a independência em 04 de julho de 1776, já como Estados. No ano de 1781, cria-se a Confederação, que, em 1787, transforma-se na Federação. Em 04 de

março de 1789, reúne-se o Congresso; em 04 de abril de 1789, são apresentadas as emendas, que eram nove, contendo quarenta e dois direitos, elevadas a dezessete pela Câmara, reduzidas a doze pelo Senado; em 25/09/1789 eram propostas; submetidas à ratificação em 02/10/1789, foram ratificadas em número de dez, em 15/12/1791, e constituíram-se no chamado "*Bill of Rights*".

Não só as declarações e a Constituição americana, mas também suas emendas, "*Bill of Rights*", exerceram influência na Declaração de Direitos e na Constituição francesa. Como diz Leon Duguit no seu livro "*La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*", sobre o informe de Champion de Cicé, arcebispo de Bourdeau, nos primeiros trabalhos do Comitê de Constituição, lidos na sessão de 27 de julho de 1789, referindo-se aos Estados Unidos: "Esta nobre idéia (Declaração de Direitos) concebida em outro hemisfério deveria, preferencialmente, transplantar-se aqui antes de tudo e prioritariamente". Em 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional francesa aprovou a "*Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*". Dois anos após, em 1791, nos dias 3-14 de setembro, a França preparava e redigia sua Constituição, conforme Louis Favoreu et alii, "*Droit Constitutionnel*", incorporando a Declaração de Direitos, enquanto no dia 15 de dezembro do mesmo ano os estados e o Congresso americano ratificavam suas emendas conhecidas como "*Bill of Rights*".

Indubitavelmente, dado o seu caráter universal a Declaração francesa teve maior repercussão, conforme ensina Philippe Braud em sua obra "*La Notion de Liberté Publique en Droit Français*", p.30. Diz essa Declaração em seu artigo 16: "Uma sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação de poderes, carece de Constituição" - Leon Duguit (*La Separación de Poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, 1996, p. 24). Essa universalidade não seria a causa da maior repercussão, porque os americanos também a reivindicam, como veremos adiante.

Surgia, assim, o que denominamos de Constituição garantia, liberal, a qual tinha como causa a luta contra o absolutismo e seus excessos na França e os direitos imemoriais nas colônias, posteriormente Estados Unidos da América do Norte.

No século XIX, devido à expansão industrial e aos abusos do liberalismo, surge a concentração de indivíduos que não possuíam outra coisa que não a força de trabalho. Havia a necessidade de uma nova ordem social em que todos tivessem os meios de acesso aos bens sociais. Aos grupos são reconhecidos direitos fundamentais e com o mesmo caráter de inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade que aos indivíduos.

Embora a Constituição mexicana de 1917 trouxesse direitos econômicos e sociais em seu texto, como a educação no artigo 3º, reforma da estrutura agrária no artigo 27 etc., ficou conhecida a de Weimar de 11 de agosto de 1919, influenciada pelo manifesto do príncipe Max de Baden, de 09 de novembro de 1918,

que estabelecia uma política social e que determinava para 1º de janeiro de 1919 jornada máxima de trabalho de 8 (oito) horas; a Constituição de Weimar trazia uma seção intitulada "Da vida econômica". Passa-se dos Direitos garantias da 1ª geração, para a 2ª geração, compreendendo os direitos sociais.

Foram as causas econômicas, sociais e técnicas, segundo Claude-Albert Colliard (*Libertés Publiques*, p. 6-11), que deram origem aos direitos sociais, após 1848 (p. 78 e ss.).

É do final e após a Segunda Guerra Mundial a ideia de uma nova Declaração de Direitos. Com a aprovação da Carta das Nações Unidas em 26 de junho de 1945, procura-se a paz mundial, e esta não poderá ser alcançada sem a justiça social. Iniciados os trabalhos em 1946, fica concluída em 10 de dezembro de 1948, pelo nome de *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, em seguida proclamada pela ONU. Prevê a segurança social e a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais necessários à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Inúmeros documentos foram aprovados pela ONU para dar eficácia aos direitos fundamentais, e entidades não governamentais foram reconhecidas para a sua efetiva aplicação na busca da paz e de justiça social.

Chegamos aos direitos fundamentais de solidariedade, redundando em uma nova geração - a terceira, nos ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Direitos Humanos Fundamentais*, 1995, p.57 e ss.). São os direitos: à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade, aos quais se pode acrescentar o direito à autodeterminação dos povos e o direito à comunicação. Isso levou Mario Bettati a escrever seu "*Droit humanitaire*", no sentido de restringir as partes quanto ao uso de métodos e meios de guerra à sua escolha. Tende a proteger as pessoas e os bens afetados pela guerra.

Com relação ao meio ambiente e à federação, Lloyd Brown-John, em "*Environmental Protection Vs Federalism*", apresenta a definição de competências entre o governo federal e os governos das províncias, bem como as competências concorrentes, destacando as relativas à agricultura, proteção da saúde e da vida. Luca Mezzetti, em "*Energia e Ambiente - Diritti Fondamentali e Amministrazione Dell' Energia*", mostra-nos as dificuldades inerentes à necessidade de energia e a proteção ambiental.

Há um esforço com a adaptação dos direitos humanos, fundamentais, entre unidades de um sistema complexo como o federal, nas novas comunidades, bem como em nível internacional além das mesmas. Vislumbramos a atenção, entre outros, de autores como Thomas Buergental (*International Human Rights*), A.H. Robertson e J.G. Merrills (*Human Rights in the World*); entre nós, Hélio Bicudo (*Direitos Humanos e sua Proteção*) dedica um capítulo à proteção internacional, e Enrique Ricardo Lewandowski apresenta seu trabalho, "*Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*".

A evolução tecnológica trouxe novos desafios para a proteção dos direitos. A fertilização "in vitro", a doação de espermas, embriões congelados, embriões congelados órfãos, a propriedade dos embriões com relação a doadores, receptoras e laboratórios, a clonagem, a eutanásia, a informática, avançam mais rápido do que o direito e exigem interpretações e aplicabilidade do direito para fazer justiça.

As análises são percucientes em alguns aspectos e perfunctórias em outros, mas demonstram a incomensurável importância nas organizações existentes e para o futuro das comunidades como a União Europeia. Esta, demonstrada em várias obras, como as de Valéria Piergigli, "*Le minoranze linguistiche*", de Franck Moderne, "*Asilo político*", de Karl-Peter Sommermann, cujo nome é a própria questão "*Direitos fundamentais constitucionais e Direitos fundamentais europeus*", de Robert Harmsen "*(Re) Constructing the European Human Rights Regime: The European Convention on Human Rights After Enlargement*".

### Cláusulas Pétreas

A conquista de direitos, historicamente e através de séculos, leva certos autores à afirmação da existência de um núcleo essencial deles, que, mesmo não expressamente, são intocáveis, imutáveis, ou seja, não podem ser abolidos ou restringidos.

Jellinek, em sua "*Teoria General Del Estado*" (p. 363), refere-se à proibição de revisão, e diz que o princípio protegido só poderá ser suprimido por um ato de força, e não por um ato de direito. Afirma, ainda, a existência de casos evidentes de impossibilidade política de mudança do direito e que o impossível de fato não pode nunca se constituir como possível juridicamente. Conclui-se que ilegítima é a pretensão de mudança enquanto legítima é a cláusula pétrea protegida.

Carl Schmitt, na "*Doutrina della Costituzione*", demonstra a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais e a desnecessidade de cláusula expressa para sua proteção.

Robert Alexy, na sua "*Teoria de los Derechos Fundamentales*" (p. 286 e ss.), trata da restrição dos direitos e da restrição das restrições para garantia do conteúdo essencial. Mais adiante (p. 291), afirma que há condições nas quais se pode dizer com muita segurança que não há precedência de nenhum princípio oposto. Essas condições definem o "núcleo da configuração privada da vida", referindo-se a P. Häberle, na obra "*Die Wesensgehaltgarantie*" (p. 64), quando diz que "o que está descrito como 'núcleo' inviolável da liberdade de ação ou de contratar é aquele âmbito a partir do qual não há dúvida que não existe nenhum bem jurídico legítimo de igual ou maior valor que restrinja direitos fundamentais". Reconhece, portanto, a legitimidade de direitos intangíveis (v. tb. p. 289). Seriam os direitos imunidades a que se refere Ellis Katz em contraposição aos direitos privilégios.

Alexy demonstra que, paralelamente aos direitos inatingíveis, encontramos aqueles que poderão sofrer restrições, impedindo uma petrificação total da Constituição através dos direitos protegidos. Apenas os direitos absolutos genuínos nunca serão afastados, nem em circunstâncias mais extremas. Conclui que a garantia do conteúdo essencial do artigo 19º, § 2º da Lei Fundamental alemã não formula, diante do princípio da proporcionalidade, nenhuma restrição adicional da restringibilidade de direitos fundamentais, mas é uma razão a mais a favor da validade do princípio da proporcionalidade (p. 291). Verificamos que há direitos passíveis de restrição, mas a obediência ao princípio da proporcionalidade conduz à restrição das restrições.

Cristopher Gusy, com a teoria das esferas, demonstra que a esfera íntima tem uma proteção absoluta; a esfera privada, uma proteção relativa, porque o indivíduo não está isolado, deve obedecer a regras comunitárias e não é absolutamente inviolável; a esfera pública admite uma tolerância necessária e sobram algumas garantias em relação à proteção absoluta e a relativa.

Como vimos anteriormente, a Constituição brasileira apresenta expressamente, entre as cláusulas pétreas, o voto direto, secreto, universal e periódico, e os direitos individuais, no artigo 60, § 4º, incisos II e IV, respectivamente.

### Proteção Quanto à Interpretação

Fala-se fala em autopoiese do direito. Como o próprio vocábulo, induz à autoconstrução jurídica. Significa afastar-se das fontes como direito retrospectivo e levar em consideração o direito prospectivo, da teoria dos modelos, como sugeriram Miguel Reale e Niklas Luhmann, para alcançar o direito reflexivo. Este é uma adaptação à realidade atual.

A evolução da ciência e da tecnologia poderá trazer benefícios à humanidade, mas também poderá trazer malefícios com prejuízos irreparáveis. A autopoiese deverá evoluir para a contenção, cujo escopo é a proteção dos direitos dos indivíduos, coletivos e da humanidade. Com sua autoconstrução, deixa de regular as novas conquistas para servir de freio àquelas que contrariem a existência de uma vida digna e lesem os direitos mencionados.

Como corolário dessa situação, defrontamo-nos com um direito alternativo, com a interpretação conforme a Constituição, com a inconstitucionalidade sem redução ou com redução parcial do texto legal, com a desobediência à lei injusta, com a mudança de interpretação decorrente da alteração das relações fáticas ou da alteração na composição de um tribunal, o direito de resistência, "due process of law" substantivo etc. Visa-se a um controle de constitucionalidade mais justo, ao lado das garantias, para proteger os Direitos.

<sup>1</sup> Artigo 19º (Restrição de direitos fundamentais).

(2) "Em caso algum pode um direito fundamental ser afectado no seu conteúdo essencial".

Refiro-me a um direito alternativo, e não à justiça alternativa. No primeiro, há duas ou mais interpretações da lei, e a possibilidade de escolha da mais justa ou a aplicação da lei levaria a uma evidente injustiça. Na segunda, poderá levar a uma liberdade da não aplicação da lei, por critérios subjetivos, que conduzirá ao anarquismo ou, no mínimo, à insegurança jurídica.

A interpretação conforme a Constituição traduz que uma lei julgada inconstitucional em determinado caso poderá ter uma alternativa conforme a Constituição. Nesse sentido, ocorre a inconstitucionalidade sem redução ou com redução parcial do texto da lei, que poderá ter outras interpretações conforme a Constituição.

### Direitos Fundamentais Nos Períodos De Crises - Terrorismo

Os direitos fundamentais devem ser respeitados em períodos de normalidade. São conquistas através dos séculos que protegem as pessoas e os bens.

Por outro lado, encontramos as crises que surgem de abusos, calamidades provocadas pela natureza, movimentos internos ou guerras, que colocam em risco a ordem pública, a paz e as instituições.

O Estado deve ter os instrumentos de combate. Daí a ditadura romana, a suspensão do "habeas-corpus", a lei marcial, a suspensão da Constituição, o estado de sítio. São suspensões de garantias dos direitos, através dos sistemas de emergência. Estes sofrem um controle político e um controle judiciário para evitar ou punir os abusos cometidos.

*Globalização, Terrorismo e os Direitos fundamentais.* Cresce em importância a revisão dos sistemas de proteção do estado em seu território e internacionalmente, após o período de globalização, as novas e recentes ações terroristas e o avanço da tecnologia. Esta, com a informática, as comunicações, os produtos químicos letais, transportes etc., que servem de instrumentos ou objetos de ataques para os grupos do terror.

A globalização, no estágio atual, com liberdade para circulação de bens e pessoas, tem aumentado e facilitado a ação terrorista.

Esse estado de coisas leva à limitação, mínima possível e necessária, das liberdades, para garantir a própria liberdade. A segurança exige ações conjuntas, nacionais e supranacionais, tendo como decorrência a legítima defesa internacional, a ingerência ou permissão de atuação de um ou mais estados em outro, para garantir os direitos fundamentais, conforme Laura Dromi San Martino afirma.

Pertinentes são as observações de Dalmo de Abreu Dallari: "Mas permanece o reconhecimento da enorme influência do Estado na vida da humanidade e, cada vez mais, é objeto de preocupação a conciliação da eficiência do estado com a preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana... (...) Por tudo isso,

e mais do que antes, o conhecimento do Estado e de seu significado, positivo ou negativo, para a preservação e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, é indispensável" (Elementos de Teoria Geral do Estado. Prefácio da 20ª edição, p. V, 1998).

### 3. FEDERALISMO: EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Esses direitos até hoje sofreram uma grande ampliação aqui no Brasil, conforme expusemos no início. Fala-se em direito positivo e direito supralegal, conforme Otto Bachof; direitos implícitos e explícitos como, por exemplo, Bernard Schwartz; em direitos decorrentes do regime, dos princípios constitucionais e dos tratados, de acordo com a Constituição brasileira de 1988, artigo 5º §2º.

Uma das preocupações é a efetivação dos direitos, como na situação do citado §1º do artigo 5º da Constituição federal brasileira. "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Outras manifestações demonstram a necessidade de efetivação dos Direitos. Uma delas refere-se à forma do Estado. Os resultados seriam maiores no Estado unitário, no Estado unitário constitucionalmente descentralizado ou no Estado federal? Acerca deste último é o aspecto que pretendemos abordar.

O Estado federal é uma associação de Estados, cujos princípios são a união e a não centralização. Esta significa a autonomia dos membros componentes. Tem entre os seus elementos, de acordo com Daniel Elasar, em "*Exploring Federalism*", a necessidade de ser uma Constituição escrita; um código detalhado, que significa ser ela longa, específica e explícita, rígida exigindo um texto formal para ser mudada, o que, no Brasil, quanto aos direitos individuais, transformou-se em cláusula "pétrea", impossibilitando a sua abolição, mesmo pelas emendas, conforme artigo 60, § 4º, incisos II e IV; uma estrutura de governo e protetora de Direitos. O objeto do Estado Federal são a liberdade, o bom governo e a paz. Conforme o país que o adota, encontraremos maior ou menor grau de autonomia, mas deve existir e está subordinada à Constituição.

Em um Estado unitário, há sempre a maior centralização, e depende do poder central a sua manutenção, ampliação ou redução. Exceções podem ser oferecidas pela Espanha, como exemplo, que, autonômica, apresenta acentuada descentralização.

Menciona-se a Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão como de caráter universal, que fez da França campeã do liberalismo, porque proclamava direitos individuais, válidos para todos os homens de todos os tempos e de todos os países. Dizia: "os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos" e que "as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum" - a Assembleia expressava que suas proposições aplicavam-se a todas as sociedades

políticas. Autores americanos, como Ellis Katz, afirmam que a declaração de independência de seu país em 1776 também se refere a todos os homens e a todas as sociedades, portanto é universal e, como vimos com Duguit, é anterior à da França, para a qual serviu de modelo. A francesa, diante da posição, do momento político e histórico, exerceu maior influência. A declaração em si, como dizia Madison, era uma "parchment barrier" - barreira de pergaminho - um pedaço de papel. Verdadeiramente, ambas, americana e francesa, apenas sugeriam e não se impunham como universais.

Na realidade, a Declaração de Independência das colônias americanas, de 1776, reconheceu que "todos os homens são criados iguais e recebem do seu criador certos direitos inalienáveis". Ambos, o Congresso dos Estados Unidos e o Presidente, têm reconhecido direitos como universais e merecem proteção para todos do povo, onde quer que habitem - conforme Ellis Katz, em "*Federalism and Rights*", (paper, p.1 e 2). Para tanto, apresenta uma dicotomia dos direitos, sendo alguns direitos imunidades, e outros direitos privilégios. Os primeiros, universais, inalienáveis em qualquer parte do território, e os outros são suscetíveis de desigualdades entre estados, mas são considerados privilégios: com relação à pena de morte, o direito à vida é privilégio? Até o momento que mereça a morte é imunidade e, após, será um privilégio. É uma forma para conciliar listas diferenciadas de direitos, entre a União e os Estados-Membros, o que, aliás, vem preocupando a Europa. Fica demonstrada a universalidade das Declarações americanas, desde a independência, durante o período confederativo e posteriormente, após a criação do novo Estado Federal. Se há oposições a essa universalidade, o mesmo poderá ocorrer com a Declaração francesa. As ideias paralelas defendiam que nem todos poderiam exercer todos os direitos. Sieyès, em julho de 1791, propunha para a Constituição francesa várias condições para o cidadão ativo, excluía a mulher, o estrangeiro, os jovens até 25 anos e estabelecia o pagamento de uma taxa, assegurava a preponderância dos proprietários, revelando o voto censitário, restringindo a sua universalidade, conforme seus escritos políticos e comentários de Jean-Denis Bredin - "*Sieyès La cle de la Révolution*" (1988, p. 221-223).

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 12 de junho de 1776 - 22 dias antes da independência, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, colhidas de Maurice Duverger ("*Constitutions et Documents Politiques*"), estão em "*Liberdades Públicas*" de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Ada Pellegrini Grinover e Anna Cândida da Cunha Ferraz (1978, páginas 54-59) e podem ser comparadas, assim como as dez primeiras emendas chamadas "*Bill of Rights*".

O Estado Federal permite às unidades-membros que atendam seus fins específicos, de acordo com problemas diferenciados. Cada uma tem sua formação, sua liberdade, sua violência e sabe dos meios para manter o que é bom e com-

bater os excessos cometidos. Em decorrência, encontramos legislações desiguais, que levam, por exemplo, 37 Estados a adotarem a pena de morte, enquanto 13 Estados a consideram inconsistente com a dignidade humana. Há um sacrifício da uniformidade de direitos em todo o território, embora esta seja mantida para os direitos considerados imunidades, inalienáveis em relação aos considerados como privilégios. O princípio da igualdade enquadra-se mais aos Estados do que aos cidadãos.

Por outro lado, o Estado federal oferece uma dupla proteção: da União e dos Estados federados. E essa proteção alcança não só os direitos individuais, mas também os intitulados coletivos, dos grupos. Leva em consideração etnias, como, nos Estados Unidos, a "*American affirmative action programs*", na União Europeia, conforme Franck Moderne em seu trabalho sobre asilo político (p. 1); o conceito de caráter federal na Nigéria; a questão linguística no Canadá e outros países, que foi objeto do trabalho de Valéria Piergigli ("*Le minoranze linguistiche*") no contexto internacional e europeu, e, ainda, outros fatores.

Os sistemas federais com sua tradição de autogoverno e o governo compartilhado têm dado melhores respostas a essas questões do que os sistemas unitários. Existem as diferenças, busca-se o equilíbrio, a redução das diversidades com cooperação e subsidiariedade. Respeita-se o pluralismo racial, o étnico, o social e soluções são apresentadas pelo autogoverno das unidades, e a aproximação entre governantes e governados numa divisão de competências e limitação do poder no sentido territorial, entre União e Estados, permitindo a competência concorrente e a supletiva. Madison, no "*Federalist*" n° 51, já afirmara que, em consequência da salvaguarda federal e dos governos estaduais, o federalismo oferecia uma "dupla segurança para os direitos". Aos direitos imunidades, não aos privilégios, que apenas eventualmente, e não necessariamente, receberam a dupla proteção.

A Austrália, a Alemanha, a Suíça, o Canadá e os Estados Unidos são exemplos dos bons resultados em Estados federais. Não poderemos olvidar que o México e a Índia não dão os mesmos frutos, e que a França e a Grã-Bretanha, como Estados unitários, também são bem sucedidos na proteção de direitos.

O que devemos considerar é a comparação dos bons resultados e, nesta, encontramos superioridade nos sistemas federais (Ellis Katz - paper de 16/08/1998 - "*Federalism and Rights*").

A proteção dos direitos dentro do sistema federal tem suas vicissitudes. Exemplificando com os Estados Unidos, logo após a independência, a responsabilidade para proteção dos direitos era dos estados, porque, independentes e soberanos, tinham suas Declarações de Direitos. Não havia uma garantia adequada, o que induziu à Convenção Constitucional de 1787. Esta não alterou a divisão de responsabilidade; o mesmo ocorreu com o "*Bill of Rights*" de 1791, que apenas limitou o governo federal, e não os Estados.

Com a expansão da escravidão, anos antes da guerra civil, a garantia dos direitos era mista quando muito. Após a guerra civil, a salvaguarda dos direitos não era confiável a todos estados com relação aos cidadãos negros recentemente livres, atribuindo-se ao governo federal essas garantias de direitos, por força das 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup> e 15<sup>a</sup> emendas, quando os estados não o fizessem satisfatoriamente.

Na segunda metade do século XIX, o governo federal abdicou de sua responsabilidade, que foi revertida para os estados. A má vontade ou desinteresse dos estados em relação ao trabalho do menor provocou uma legislação nacional, julgada inconstitucional pela Suprema Corte.

Na maior parte do século XX, o federalismo foi apontado por pesquisadores como inimigo dos direitos, o que contrariava a posição de Madison pela qual oferecia "dupla segurança". Ainda no século XX, a maior inovação foi a expansão do desempenho das Cortes Federais, especialmente da Suprema Corte dos Estados Unidos, através de litígios constitucionais. Ocorreram, anteriormente, esforços dos Estados: por exemplo, Iowa adotou, antes que o governo federal, a exclusão de provas obtidas ilegalmente e Wisconsin promoveu a defesa dos indigentes 100 (cem) anos antes de a Suprema Corte dos Estados Unidos o fazer. Agora, o "*Bill of Rights*" aplicado, originalmente, contra o governo federal, torna-se aplicável contra os estados. Ocorre a federalização de padrões legais para a justiça criminal, litigantes são incentivados a fundamentar seus direitos em garantias constitucionais federais e ignorar as previsões constitucionais estaduais.

Nos anos 70, os "*Bill of Rights*" estaduais ressurgem e com mais amplitude do que sob as decisões da Suprema Corte americana. Nos anos 90, renasce a dupla proteção, os desempenhos federal e estaduais complementam-se no chamado "new judicial federalism", como foi previsto por Madison 200 (duzentos) anos antes. As Declarações de Direitos dos Estados americanos diferem da Declaração federal em vários aspectos. Alguns direitos são encontrados em uma, e não em outra; isso, em consequência, leva à afirmação de que a Constituição dos Estados Unidos não é a da União, mas esta e a dos 50 Estados. O mesmo pode-se dizer quanto às Declarações de Direitos, como se depreende dos ensinamentos de Alan Tarr em "*Understanding State Constitutions*" (p. 76 e 81).

Em sua perspectiva comparativa, verificamos a evolução do sistema. A Alemanha, a Índia, a Nigéria o adotaram após a Segunda Guerra Mundial; a Colômbia e a Dinamarca adotaram o que se pode dizer arranjos, que os identificam, cada um, como "quase-federal"; as Comunidades Econômicas estabeleceram relações confederais supranacionais; o Brasil e os Estados Unidos, além da distribuição de poder político em um grande território, levam em consideração etnias, religião e reivindicações da população indígena; o Canadá, a Índia e a Nigéria acomodam etnias e culturas distintas; outros fatores são as divisões sociais e os direitos grupais.

### Cinco Hipóteses de Proteção, de Favoreu, que podem ser Acrescidas de mais três em Virtude da forma do Estado Federal em Unidades Comunitárias

Louis Favoreu apresenta cinco hipóteses quanto à proteção dos direitos, contra o legislador, levando em consideração jurisdições constitucionais ou jurisdições internacionais e, às vezes, ambas. A primeira hipótese não oferece a proteção constitucional e nem a proteção jurisdicional internacional. Considera o legislador competente, segundo o dogma rousseauiano, pelo qual o mesmo "não pode fazer o mal". A segunda hipótese apresenta uma proteção jurisdicional constitucional, sem proteção jurisdicional internacional, como é o caso do Japão, Estados Unidos e o Canadá. A terceira hipótese não oferece a proteção constitucional, mas garante uma proteção jurisdicional internacional e são exemplificados com a Inglaterra, os Países Baixos, a Suíça, cujos direitos são assegurados pela Corte Europeia dos Direitos do Homem ou pela Corte de Justiça da Comunidade Europeia. A quarta hipótese tem uma garantia jurisdicional constitucional e uma internacional, como ocorre na Áustria, Suécia e na Noruega. A quinta hipótese constitui-se de uma proteção jurisdicional constitucional e duas proteções internacionais, e são apresentadas na França, na Espanha, Portugal, entre outros (Louis Favoreu. *La protection juridictionnelle des droits de l'homme. Rapport General - Deuxième Congrès Mondial*, págs.4/5). O caso japonês poderá ser visto no relatório individual, nacional, de Yoichi Higuchi para o mesmo Congresso.

Ainda que se considerem essas variadas possibilidades, para Estado federal na Europa comunitária a proteção poderá ser acrescida porque permite a dupla proteção interna somada às apresentadas, o que poderíamos chamar de sexta hipótese quando tivermos duas internas sem externa; sétima, com duas internas e uma externa; e oitava, no caso de duas internas e duas externas.

Acrescente-se, ainda, que os Estados Unidos, citados por Favoreu com uma proteção interna e nenhuma externa, possui dupla interna, da União e do Estado-Membro.

### 4. CONCLUSÕES

Esses exemplos, que não pretendem exaurir a diversificação de direitos individuais e de grupos, justificam que 40% da população mundial vivem formalmente em um sistema federal e mais 1/3 restante vive sob arranjos federais, como a Espanha.

Uma sociedade civil é necessária para a proteção da liberdade. É importante a atuação do governo para proteger direitos como o emprego, habitação, a saúde. Para tanto, deve esboçar um sistema completo e promover a proteção das ins-

tuições da sociedade civil. É importante a cultura do federalismo que proteja as liberdades individuais e dos grupos. Deve haver um equilíbrio entre União e estados. Os líderes e os cidadãos precisam aceitar as diversidades e os desejos. Os conflitos são naturais, mas devem ser preservados dentro de limites. Enquanto os arranjos federativos promovem uma estrutura de convivência entre diversidade e liberdade, sem uma forte sociedade civil e sem a sustentação da cultura política, a estrutura constitucional isolada não poderá garantir o sucesso, uma ordem política decente na qual os direitos legítimos dos indivíduos e dos grupos sejam plenamente protegidos.

Como dissemos sob vários aspectos, poder-se-á procurar a efetividade dos direitos fundamentais: obedecendo a Constituição, dando-se aplicação imediata à mesma, a jurisdição adequada à necessidade e a forma do Estado que ofereça maior garantia. Detivemo-nos nesta última questão relacionada aos direitos, não específicos, mas às declarações como um todo, e concluímos que o federalismo oferece os melhores resultados.

Ainda que se argumente com a proteção interna e duas internacionais para o Estado Unitário, o federal apresenta estas acrescidas de sua peculiar e dupla; quando se trata de direitos imunidades. Eventualmente, e não necessariamente quanto, aos direitos privilégios.

Os direitos fundamentais evoluem; recebem a proteção constitucional através das declarações; são parcialmente suscetíveis de restrições, as quais também são restringidas; nas épocas de crises, têm suas garantias suspensas, sob um controle político e um controle judiciário, mas avançam, procuram sua maior efetivação e eficácia, que encontram força superior no federalismo propiciador da dupla proteção.

O federalismo, através de um Estado federal ou de uma Confederação ou de arranjos utilizados em Estados unitários, está presente para mais de 2/3 da população terrestre que sob ele vive. Apesar de alguns obstáculos e de sua diversidade com relação a cada país que o utiliza, ele é a forma de Estado ou o sistema que maior eficiência oferece para a eficácia dos Direitos Fundamentais, através da dupla proteção aos direitos imunidades, da competência concorrente, supletiva, da proximidade entre governantes e governados, e da divisão territorial de competências, conducentes ao bom governo, que propicia a justiça social, a liberdade, a segurança, tendo como corolário a paz.

## FUNÉREOS CÍRIOS FEDERAIS<sup>1</sup>

*José Renato Nalini*

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo e Corregedor Geral da Justiça do Estado de São Paulo, biênio 2012-2013. É autor de "*A Rebelião da Toga*", dentre outras obras. E-mail: jrenatonalini@uol.com.br.

### 1. UMA CRIANÇA FRÁGIL: O FEDERALISMO BRASILEIRO

Federalismo, como repartição territorial do poder, "é um modelo de descentralização estatal em parte conexo à especulação doutrinária e em parte resultado empírico de observações sobre experiências reais"<sup>2</sup>. Em tese, parece formulação saudável. Representa um dos aspectos mais relevantes da consolidação do governo constitucional. Concilia o princípio da separação de poderes mediante atribuição das funções estatais a órgãos distintos à articulação do poder político em base espacial. As unidades federadas

<sup>1</sup> O título pode parecer estranho. O autor se propõe a uma provocação: o Federalismo no Brasil seria aquilo que Claude Lévy-Strauss teria dito do Brasil quando de seu retorno a São Paulo, 50 anos depois de ter aqui permanecido durante 4 anos: *O Brasil chegou ao declínio, sem ter passado pelo ápice*. Também o Federalismo vive uma agonia sem qualquer êxtase. Importado do modelo americano, introduzido num Estado unitário e centralizado que nunca prestigiou as autonomias locais, nunca chegou a se desenvolver como saudável repartição de competências para a obtenção de um equilíbrio entre as forças locais, regionais e nacionais. Continua a ser a opção formal de uma Constituição que o converteu em cláusula pétrea. Qual Inês de Castro, o Federalismo Brasileiro foi sem nunca ter sido. O autor se penitencia por antecipação do tom provocativo, utilizado exclusivamente com vistas a fazer com que a lucidez dos que se propuserem a lê-lo se debruce sobre o tema e encontre alternativa à constatação de que o unitarismo e a centralização dominam o panorama político em plagas tupiniquins.

<sup>2</sup> VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho Constitucional Comparado*. 2. ed. Madrid: Espasa-Calpe S/A, 1985, p.265. O autor refere vasta literatura a respeito do Estado Federal, lembrando Jellinek, Von Seydel, Le Fur, Mayer, Nawiasky, Kunz, Kelsen, Lucatello, Jerusalem, Mosler, Wheare, Fredirch, Usteri, Albertini, Mouskely, McWhinney, Duchacek, La Pergola, Ferrando Badia, Vanossi, Carpizo, Rappard, Lassale, Bothe, Grawert e Petta, entre outros.