

FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS: A AFIRMAÇÃO DAS AUTONOMIAS LOCAIS E A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA

FEDERALISM AND DISTRIBUTION OF POWERS: THE AFFIRMATION OF LOCAL AUTONOMIES AND THE OVERCOMING OF A SYMMETRIC FEDERALISM

*José Levi Mello do Amaral Júnior**

Resumo:

O artigo examina o federalismo, revisita respectivas origens, variantes e desenvolvimentos mais recentes. Cuida da tradição federativa brasileira, cujas raízes antecedem o próprio Estado brasileiro. Então, avalia a repartição de competências na Constituição brasileira de 1988, especialmente em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que prestigia de modo crescente as autonomias locais, sem prejuízo da autonomia da União, ente federado que corporifica o Governo central. As relações federativas no contexto pandêmico também são avaliadas, concluindo que o prestígio jurisprudencial das autonomias locais é uma tendência natural que antecede a pandemia.

Palavras-chave: Federalismo. Repartição de competências. Autonomias locais. Pandemia.

Abstract:

The paper examines federalism, its origins, variants and recent developments. It is about the Brazilian federative tradition, which roots predate the Brazilian State itself. Then, it evaluates the distribution of powers in the 1988 Brazilian Constitution, especially according to the Brazilian Supreme Court case law. Courts precedents widely prestige local autonomias, without disregarding the autonomy of the Union – the federated entity that embodies the central government. The federative interactions in the pandemic context are also evaluated, concluding that the case law prestige to local autonomias is a natural tendency that precedes the pandemic.

Keywords: Federalism. Distribution of powers. Local autonomias. Pandemic.

Introdução

Federalismo é uma forma de Estado.

Forma de Estado é o modo como o poder se distribui em um território.

Há duas formas de Estado básicas, dois tipos elementares: o Estado Unitário e o Estado Federal.

Cogita-se, ainda, um terceiro tipo, qual seja, o Estado Regional.

Lógico, em qualquer destas formas de Estado há uma única soberania.

* Professor Associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Mestrado e do Doutorado em Direito do CEUB. Procurador da Fazenda Nacional.

Assim, uma confederação não é uma forma de Estado: os seus componentes preservam as respectivas soberanias individuais, ou seja, são vários Estados soberanos que tomam parte de um acordo internacional de cooperação mais próxima.

O Estado Unitário tem um único foco de poder e resolve-se bem, em termos de coesão e integridade, porque, em geral, é de pequena dimensão territorial. É o caso de Portugal e do Uruguai, não obstante existam Estados Unitários de maior dimensão, como a França. Também foi o caso do Brasil no período imperial. Eventual “descentralização (...) nele existente está à mercê do poder central”. (FERREIRA FILHO, 2020, p. 45).

O Estado Federal exhibe vários focos de poder distribuídos no território. Por óbvio, há uma única soberania, porque se trata de um único Estado soberano, mas composto por vários entes federados que são (*apenas*) autônomos, ou seja, não são soberanos. A soberania é uma e – tratando-se de Estado Federal – encontra-se plasmada no Estado em seu todo federativo, indissolúvel, amalgamado. Este modelo decorre da necessidade de manter a coesão e a integridade de um território de grande dimensão, bem assim para prestigiar eventuais culturas locais, característica natural a um território de maior amplitude. É o caso de boa parte dos maiores países em extensão territorial, aí incluídos Rússia, Canadá, Estados Unidos, Brasil, Austrália, Índia e Argentina.² Porém, há Estados Federais de pequena amplitude territorial. É o caso da Suíça: não obstante ocupe território menor do que o de alguns dos menores estados brasileiros, possui 26 cantões e quatro línguas oficiais.³

De um ponto de vista clássico, a soberania é característica essencial do Estado nacional, um poder incontestável internamente e que apenas encontra iguais no plano internacional.

Por sua vez, a autonomia é o poder próprio e inerente aos entes federados, ou seja, componentes de uma federação, o poder de auto-organização que é reconhecido

² A China é o terceiro país do mundo em extensão territorial, mas o centralismo próprio ao regime de governo chinês e as peculiaridades culturais chinesas relativizam comparações. É o que explica Angelo Rinella: “as categorias clássicas forjadas pelo pensamento político helênico, ou seja, a classificação das diferentes formas de governo e a distinção entre os regimes políticos, não são úteis, pois não ajudam a interpretar o sistema de governo chinês, senão sob o risco de delinear sincretismos e representações parciais da realidade”. (RINELLA, 2006, p. 9). Rinella anota que a China é um Estado unitário com alguma descentralização: “A concepção unitária do poder estatal, a tradição «imperial» de um poder colocado ao «centro», mas atento às «fronteiras», a ideia enraizada de um Estado único para várias nações, são elementos que induzem à busca das chaves de interpretação do sistema de governo local chinês sobretudo nas relações entre o governo central e os governos locais, que extraem do centro a sua autoridade e do povo a sua legitimidade”. (RINELLA, 2006, p. 72). Completa a seguir: “A Constituição, portanto, reconhece o caráter multinacional do Estado e atribui uma particular autonomia àquelas regiões onde as diversas nacionalidades e etnias vivem concentradas em comunidade. Os órgãos de governo destas comunidades são dotados de alguns poderes exercitáveis autonomamente”. (RINELLA, 2006, p. 73).

³ Constituição da Suíça, de 1999, arts. 1º e 4º, respectivamente. (SWITZERLAND, 1999).

aos membros da federação, a começar pela possibilidade de cada um elaborar uma Constituição própria: é o chamado Poder Constituinte Decorrente.⁴

Portanto, soberano é o todo federativo, não cada uma de suas partes componentes (que são autônomas).

No entanto, a distinção entre soberania e autonomia não vem desde sempre, inclusive na matriz americana. Aliás, em sua obra clássica sobre “A democracia na América”, publicada em 1835, Alexis de Tocqueville refere-se aos entes componentes dos Estados Unidos como “vinte e quatro pequenas nações soberanas”, como se observa no seguinte excerto:

(...) Trata-se, em suma, de vinte e quatro pequenas nações soberanas, cujo conjunto forma o grande corpo da União.⁵

Possivelmente, somente com a vitória do norte sobre o sul, na Guerra de Secessão (1861-1865), é que ficou clara a inexistência, ao menos em regra, do direito de secessão em uma federação.⁶ Note-se: “em regra” porque há exemplos residuais de federações que admitem a secessão de modo literal, como, por exemplo: (i) a antiga União Soviética;⁷ e (ii) a atual Etiópia.⁸ Porque residuais, são exceções que confirmam a regra. Ademais, no caso da antiga União Soviética, vale lembrar sobre o direito de secessão: “A prática constitucional, porém, não confirmava a possibilidade de sua utilização, como demonstrou a reação vigorosa do poder central contra a proclamação de independência por parte de algumas Repúblicas integrantes da Federação”. (ALMEIDA, 2013, p. 12).

⁴ “O Estado Federal é um Estado composto de coletividades dotadas de autonomia, cujo conteúdo principal é a auto-organização, através de uma Constituição própria. Evidente, portanto, que o Poder Decorrente exerce uma atividade de natureza constituinte”. (FERRAZ, 1979, p. 20). Anna Cândida da Cunha Ferraz atribui a fórmula “Poder Constituinte Decorrente” a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. (FERRAZ, 1979, p. 1).

⁵ Tocqueville (1998, p. 52). O original em Francês revela que “soberanas” é tradução literal: “Ce sont, en un mot, vingt-quatre petites nations souveraines, dont l’ensemble forme le grand corps de l’Union”. (TOCQUEVILLE, 1981, p. 121). A experiência brasileira também incorreu no ponto: o art. 3º do Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, mencionava “legítima soberania” dos Estados, logo corrigido pelo Decreto n. 7, de 20 de novembro de 1889, que “explicitou o alcance dos poderes estaduais, desfazendo o equívoco cometido pela natural exaltação dos sentimentos revolucionários”. (HORTA, 2002, p. 366).

⁶ É exatamente o que aponta Karl Loewenstein (1986, p. 358): “O princípio da distribuição do poder é entendido frequentemente na teoria constitucional como a existência de uma dupla soberania, atribuindo o poder estatal originário e supremo, isto é, a soberania, tanto ao Estado central como aos Estados membros em seus respectivos campos de competências. Esta concepção é falsa e até perigosa, como ficou demonstrado na crise constitucional mais grave dos Estados Unidos, a guerra de Secessão, feita pelos rebeldes sulistas sob a bandeira da soberania estadual. Na realidade, nos Estados federais, existe tão-só a soberania indivisível do Estado central que, no marco dos limites constitucionais, absorveu a soberania originária dos Estados membros”.

⁷ A propósito, *vide* o art. 72 da Constituição da União Soviética de 1977: “Cada República da União mantém o direito de se separar livremente da URSS”. (UNION OF SOVIET SOCIALIST REPUBLICS, 1977).

⁸ A propósito, *vide* o art. 39, n. 1, da Constituição da Etiópia de 1994: “Cada nação, nacionalidade e povo da Etiópia tem direito incondicional à autodeterminação, incluindo o direito à secessão”. (ETHIOPIA, 1994).

Por outro lado, a dissolução da antiga União Soviética, no segundo semestre de 1991, aconteceu pelo exercício não resistido do direito de secessão. (GANINO, 2010, p. 46-48).

O Estado Regional é caracterizado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2020, p. 46) como uma espécie de Estado Unitário em que a descentralização política está prevista em nível constitucional. Refere a Espanha e a Itália como exemplos de Estados Regionais.

A Espanha revela caso exitoso de engenharia constitucional, qual seja, precisamente, a sua forma de Estado Regional. Serviu ela para superar ímpetos separatistas violentos, mormente na Catalunha e no País Basco: “é a resposta constitucional a um dos problemas políticos mais complexos e difíceis que a Espanha teve que enfrentar no século XX”. (OTTO, 1999, p. 244).

O art. 148 da Constituição espanhola, de 1978, prevê o rol de competências que pode ser assumido, em maior ou menor extensão, pelas Comunidades Autônomas, o que se dá mediante Estatutos de Autonomia aprovados pelas Cortes Gerais espanholas (formadas pelo Congresso dos Deputados e pelo Senado): “A norma institucional básica das Comunidades Autônomas se encontra em uma lei do Estado, no Estatuto de Autonomia, enquanto que os Estados membros de uma Federação dão a si próprios uma Constituição no marco da federal”. (OTTO, 1999, p. 247). Logo, diferentemente do que se dá no Estado Federal em favor dos respectivos entes federados, no Estado Regional as regiões não têm poder constituinte decorrente.

Os Estatutos de Autonomia compõem o chamado “bloco de constitucionalidade”, ou seja, integram o parâmetro de controle de constitucionalidade espanhol, (OTTO, 1999, p. 257) de modo que o bloco “cumpre, assim, uma função similar a que corresponde nos sistemas federais à Constituição federal, que circunscreve os poderes da Federação e de seus membros”. (OTTO, 1999, p. 258).

Por sua vez, a Itália é composta, para além das Comunas, Províncias e Cidades Metropolitanas, pelas Regiões e pelo *Stato* (ou, literalmente, “Estado”, aqui, no sentido de Governo central), segundo consta do art. 114 da Constituição italiana de 1947, que abre o Título V da Parte II do texto constitucional italiano, Título que passou por ampla reforma aprovada em referendo realizado em 2001:

(...) A mudança mais significativa diz respeito à nova disciplina da repartição das atribuições legislativas entre *stato* e regiões. Foi especificada uma série de matérias definidas como de competência exclusiva do *stato*, uma série de matérias de competência concorrente (...) e, por fim, a atribuição à competência regional exclusiva das matérias residuais. (...). (DE VERGOTTINI, 2017, p. 147).

Tanto na doutrina espanhola, quanto na italiana, há opiniões no sentido de minimizar ou, até mesmo, descartar diferença qualitativa entre Estado federal e Estado regional.

Para Ignacio de Otto (1999, p. 247),

a distância entre autonomia e federalismo minimiza-se no que se refere ao conteúdo político dos poderes que em um sistema e outro cabe atribuir aos entes descentralizados. Ainda que o fundamento jurídico do poder das Comunidades Autônomas seja distinto dos Estados de uma Federação, suas competências podem ser tão amplas como a desses.

Giuseppe de Vergottini, após resenhar e criticar “diferenças habitualmente recordadas em sede doutrinária” entre Estado federal e Estado regional (DE VERGOTTINI, 1999, p. 125-127), conclui que a diferença entre os dois modelos seria quantitativa, não qualitativa: “o volume das funções legislativas, administrativas e jurisdicionais”, ao menos em regra, seria mais amplo nos Estados federais do que nos Estados regionais. (DE VERGOTTINI, 1999, p. 127).

Em suma, não obstante sejam técnicas diferentes de distribuição do poder em um território, Estado federal e Estado regional podem chegar a resultados semelhantes quanto à descentralização do poder.

1. Evolução do federalismo e técnica de repartição de competências
- 1.1. Raízes do federalismo: do feudalismo a Montesquieu

As raízes do federalismo são muito antigas.

A literatura aponta alguns vários antecedentes do federalismo, inclusive o feudalismo,⁹ o que faz sentido pois o feudalismo é uma descentralização territorial do poder fundada em relações pessoais de lealdade e de fidelidade entre reis e vassallos, entre suseranos e vassallos, enquanto o federalismo também é uma descentralização territorial do poder, porém, não com base em relações pessoais, mas, sim, em mecanismos institucionais, sobretudo nas democracias, de modo a refletir o pluralismo, a multifacetação do povo.

⁹ “Unões de Estados de tipo federal existiram anteriormente: na antiga Grécia, as ligas ou *sinoikias* délica, anfictiônica, helênica e aqueia; a «aliança eterna» (*ewige Bund*) dos cantões suíços desde os séculos XIV e XV, a União de Utrecht (1569) entre as sete províncias nortistas dos Países Baixos. Porém, nenhuma destas formações constituiu um autêntico Estado federal, em parte pela ausência de órgãos comuns com jurisdição direta sobre os cidadãos dos Estados associados e em parte pela preponderância de um dos membros. Outras associações estatais, como o Sacro Império Romano da nação alemã, ou foram associações baseadas em relações de vassalagem ou feudais, ou foram, no melhor dos casos, de natureza semiconfederal. (...)” (LOEWENSTEIN, 1986, p. 354-355).

Assim como o feudalismo, mas sem as vicissitudes inerentes às relações pessoais próprias às práticas feudais, o federalismo também ajuda a manter a coesão e a integridade territoriais, especialmente no caso de territórios de maior extensão, no que também dialoga com a democracia. Do contrário, como seria possível preservar a coesão e a integridade territoriais? A partir de um poder imenso e centralizado? Obviamente isso não seria compatível com o regime democrático. Ademais, o federalismo também é modo de acolher a multifacetação do povo, o que pode acontecer tanto em um território amplo como também em um mais modesto em dimensão.

Interessante, sobre a formação do federalismo, é a narrativa de Montesquieu no Capítulo I do Livro IX de “O Espírito das Leis” (não tão comentado quanto o Capítulo VI do Livro XI da mesma obra, sobre a “Constituição da Inglaterra”, mas também significativo).

Argumenta Montesquieu (1995, p. 99): “Se uma república é pequena, ela é destruída por uma força estrangeira; se é grande, destrói-se por um vício interno”. Para ele, os homens teriam sido obrigados a viver sempre sob o governo de um só – que, concentrando força, poderia rechaçar ameaças internas e externas – “se não tivessem imaginado um tipo de constituição que possui todas as vantagens internas do governo republicano e a força externa da monarquia. Refiro-me [diz Montesquieu] à república federativa”. (MONTESQUIEU, 1995, p. 99).

Montesquieu (1995, p. 99) assim conceitua a república federativa:

Esta forma de governo é uma convenção pela qual vários corpos políticos consentem em tornar-se cidadãos de um Estado maior que querem formar. É uma sociedade de sociedades, que dela fazem uma nova, que pode ser aumentada pela união de novos associados.

Segundo Montesquieu (1995, p. 99), um membro equilibraria ou limitaria o outro, prevenindo a corrupção interna:

Composta de pequenas repúblicas, gozaria da benignidade do governo interno de cada uma e, no que diz respeito ao exterior, teria, pela força da associação, todas as vantagens das grandes monarquias.

Logo a seguir, no Capítulo II do mesmo Capítulo IX, Montesquieu (1995, p. 100) afirma: “O espírito da monarquia é a guerra e o engrandecimento; o espírito da república é a paz e a moderação”. Logo, uma pequena república tende a não sobreviver em face de uma grande monarquia vizinha, a não ser que faça aliança com outras pequenas repúblicas. Daí a afirmação anterior de Montesquieu, acima transcrita: “teria, pela força da associação, todas as vantagens das grandes monarquias”.

Também sob este ponto de vista, é notável – e oportuno – o modo como Alexis de Tocqueville (1998, p. 23-29) inicia “A democracia na América”, a saber, descrevendo: “A configuração exterior da América do Norte”, especialmente quanto aos limites geográficos que colocam a América a uma distância oceânica da antiga metrópole inglesa, o que muito facilitou a defesa na República que nascia diante da monarquia de além-mar, bastante distante (aliás, a Inglaterra e outras). Tem-se, aqui, o *nomos* da terra no que se refere à América.¹⁰

1.2. Técnica de repartição de competências: âmago do conceito

Em 4 de julho de 1776 as ex-Treze Colônias inglesas na América declararam-se independentes. O surgimento do país – conhecido como Estados Unidos – não foi neste momento. Em verdade, surgiu, então, uma Confederação de treze novos Estados soberanos. Onze anos mais tarde, “a fim de formar uma união mais perfeita”,¹¹ aí, sim, as ex-Treze Colônias como que se “suicidam”,¹² abrem mão das respectivas soberanias individuais e formam um único Estado soberano. “Pode-se dizer que essa é a última decisão soberana [de cada] Estado”.¹³ Tem-se, nisso, a típica formação de um Estado federal por agregação, ou seja, *bottom up*, de baixo para cima (e não *top down*, de cima para baixo), em que primeiro existiram os entes locais, apenas depois, e por desejo dos entes locais, veio a ser formado o todo federativo. Tornam-se membros de um único Estado – em forma federativa – que passam a compor:

(...) Na maior parte das nações européias, a existência política começou pelas regiões superiores da sociedade e se comunicou, pouco a pouco, e sempre de maneira incompleta, às diversas partes do corpo social. Na América, pelo contrário, pode-se afirmar que a comuna foi organizada antes do condado, o condado antes do Estado, o Estado antes da União. (TOCQUEVILLE, 1998, p. 39-40).

A decisão de compor uma federação pressupõe dos respectivos integrantes um pacto federativo. Aliás, é esse um dos principais fatores que fez um país de *common law*, como os Estados Unidos, vir a ter uma Constituição escrita. Sim, a Constituição americana é, em essência, um pacto federativo, repartindo competências entre União e

¹⁰ “Nomos é a medida que distribui e divide o solo do mundo em uma ordenação determinada e, em virtude disso, representa a forma da ordenação política, social e religiosa”. (SCHMITT, 2002, p. 36).

¹¹ É o que consta do Preâmbulo da Constituição americana de 1787: “We the People of the United States, in order to form a more perfect union (...)”.

¹² A fórmula é de Giorgio del Vecchio, reportada por Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013, p. 11).

¹³ A colocação é de Dalmo de Abreu Dallari, reportada por Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013, p. 11).

Estados, enumerando o que cabe ao governo central e deixando aos Estados o residual¹⁴ (no sentido generoso da palavra: todo o resto que não foi confiado ao governo central). A repartição de competências é, assim, elemento inerente e essencial ao conceito de federação. Ademais, no caso americano, teve o explícito objetivo de fortalecer os Estados em detrimento da União, inclusive para decantar maiorias nacionais. A segunda Casa parlamentar (e a representação desigual que traz) cumpre nisso papel estratégico, pois resulta “barreira à regra da maioria em nível nacional”. (DAHL, 2003, p. 47).

Os poderes do Congresso Americano estão enumerados na Seção 8 do Artigo I da Constituição americana de 1787, que é “a seção mais longa do artigo mais longo da Constituição”. (AMAR, 2006, p. 105). Segundo ensina Akhil Reed Amar (2006, p. 105):

(...) Alguns dos poderes não conferidos ao Congresso residiriam nos Estados; outros seriam exercidos pelo presidente e pelos tribunais federais; e outros simplesmente ultrapassariam o âmbito próprio de todo o governo e seriam assim reservados ao povo.

Em síntese, os poderes enumerados ao Governo federal americano são os seguintes: (i) estabelecer e cobrar tributos; (ii) tomar empréstimos; (iii) regular o comércio internacional, entre estados e com as Tribos Indígenas; (iv) estabelecer normas uniformes de naturalização e falência; (v) cunhar moeda, dispor sobre a política monetária e cambial, bem assim estabelecer padrões de pesos e medidas; (vi) prover a punição da falsificação de títulos e moeda dos Estados Unidos; (vii) estabelecer o serviço postal; (viii) promover o progresso das Ciências e das Artes; (ix) criar tribunais inferiores à Suprema Corte; (x) definir e punir pirataria; (xi) declarar a Guerra; (x) organizar e manter as Forças Armadas e a Guarda Nacional; (xii) legislar para o Distrito da Columbia; (xiii) fazer todas as demais leis necessárias e idôneas à execução dos poderes enumerados.

Akhil Reed Amar (2006, p. 106) explica que “os juristas americanos na década de 1780 conceitualmente realocaram a soberania do Parlamento para o próprio povo e, assim, moldaram uma estrutura intelectual que facilitou a constitucionalização do federalismo, da separação de poderes e do governo limitado”.

Para evitar um poder central que fosse perigosamente forte ou fraco, “duas visões do poder nacional surgiram na Filadélfia” (AMAR, 2006, p. 106), quais sejam: (i) “conferir ao Congresso ampla autoridade sobre assuntos interestaduais e internacionais”

¹⁴ Um federalismo dito dual (ALMEIDA, 2013, p. 19), assim caracterizado por James Madison no *Federalista* n. XLV: “Os poderes que a Constituição proposta delega ao governo federal são poucos e definidos. Os que devem permanecer em mãos dos governos estaduais são numerosos e indefinidos”. (MADISON; HAMILTON; JAY, 1993, p. 324).

(AMAR, 2006, p. 106); e (ii) “acrescentar àqueles poderes um veto federal geral às leis estaduais” (AMAR, 2006, p. 106). Prevaleceu a primeira (AMAR, 2006, p. 106).

Segundo exposto, a enumeração de poderes do Governo nacional teve o propósito de limitá-lo em favor dos estados americanos:

Todos acreditavam que o governo nacional – o Congresso, o presidente e o judiciário federal – era um governo de poderes limitados ou delegados, ou seja, a menos que um poder estivesse explicitamente concedido ao governo nacional pela Constituição, o governo não possuiria aquele poder. (REHNQUIST, 2002, p. 36).

Porém, na prática, os poderes do Governo nacional americano conheceram considerável expansão, como será lembrado a seguir. Com efeito, as soluções de engenharia constitucional não são estáticas, mas dinâmicas e, assim, experimentam desenvolvimentos que muitas vezes escapam às compreensões originárias.¹⁵

1.3. Evolução do federalismo nos EUA e conformação do conceito

A compreensão de que há poderes implícitos em favor do Governo americano, para além daqueles que são explícitos, ou seja, enumerados pela Constituição, tomou forma ainda na Corte Marshall, ou seja, sob a gestão do Chief Justice John Marshall (1801-1835):

A Constituição concede ao Congresso não apenas poderes específicos, como a autoridade para regular o comércio, mas também a autoridade “para fazer todas as leis que sejam necessárias e idôneas para levar a efeito aqueles poderes”. (...). (REHNQUIST, 2002, p. 37).

¹⁵ Veja-se caso de federalismo dual originalmente inverso ao americano. A Constituição canadense, de 1867, partiu de uma “concepção extremamente centralizadora” com: (i) um “amplo e completo poder de legislar”, combinado com uma lista de poderes e competências específicos, tudo confiado ao governo federal, cf. Seção 91 da Constituição; e com (ii) “atribuições provinciais (...) limitadas àquelas que, então, eram consideradas tarefas locais”, cf. Seção 92. (SIMEON, 1997, p. 56). Em seu desenvolvimento subsequente, “o Canadá deslocou-se do originário predomínio federal para um modelo de compartimentos estanques paritário e coordenado, até o modelo atual, caracterizado por um alto grau de interdependência e de competências que se sobrepõem ao mesmo tempo em que se mantêm subdivididas”. (SIMEON, 1997, p. 59). Semelhanças e diferenças entre as experiências federativas do Canadá e dos Estados Unidos têm ágil exposição no artigo de Simeon e Radin (2010). Advertem: “Federalismos são infinitamente variáveis; cada um é *sui generis*; (...) A tarefa central, então, não é entender e explicar similaridades, mas entender e explicar diferenças”. (SIMEON; RADIN, 2010, p. 358).

Nesta fase inicial, dois casos merecem destaque, aliás, ambos da relatoria do próprio John Marshall, quais sejam, *McCulloch v. Maryland*, de 1819, e *Gibbons v. Ogden*, de 1824.¹⁶

Sobre o primeiro caso. Em 1791, foi instituído o Primeiro Banco dos Estados Unidos, “um dos principais elementos da política fiscal defendida pelo Secretário do Tesouro Alexander Hamilton”. (REHNQUIST, 2002, p. 37). Muito se discutiu sobre a possibilidade de o Governo federal instituir um banco: “Thomas Jefferson sustentou que, como a Constituição em nenhum lugar concedeu tal poder ao Congresso, estava além da competência daquele órgão instituir um banco”. (REHNQUIST, 2002, p. 38). Prevaleceu a vontade de Hamilton e o banco foi instituído. Mostrou-se “extremamente impopular”. (REHNQUIST, 2002, p. 38). O Banco expirou, mas, em 1816, foi instituído o Segundo Banco dos Estados Unidos:

Em 1816, o Congresso instituiu o Segundo Banco dos Estados Unidos. Em 1818, o Estado de Maryland aprovou uma legislação para impor tributos ao banco. James W. McCulloch, caixa da filial do banco em Baltimore, recusou-se a pagar o tributo. O tribunal estadual de apelação considerou que o Segundo Banco era inconstitucional porque a Constituição não previa disposição textual para o governo federal instituir um banco.¹⁷

Então, *McCulloch* recorreu à Suprema Corte americana. John Marshall identificou duas questões a discutir no caso: (i) o Congresso tem autoridade para estabelecer o Banco?¹⁸ (ii) o Estado de Maryland, sem violar a Constituição, pode tributar a filial do Banco?¹⁹

À primeira pergunta, a resposta é uma afirmação da doutrina ou teoria dos poderes implícitos:

Embora, entre os poderes enumerados do Governo, não encontremos a palavra ‘banco’ ou ‘incorporação’, encontramos os grandes poderes de estabelecer e cobrar tributos; tomar empréstimo de dinheiro; regular o comércio; declarar e conduzir a guerra; e organizar e manter exércitos e marinha.²⁰

¹⁶ Por esses, e por tantos outros precedentes da maior importância, John Marshall é referido como “the great chief justice” (*vide*, por exemplo, AMAR, 2006, p. 362).

¹⁷ *Facts of the case* (FACTS..., 1819). A tradução “caixa” é a literalidade do original “cashier” e é a opção de Américo Lobo (MARSHALL, 1997, p. 104). Por sua vez, Aliomar Baleeiro prefere “gerente” (1968, p. 38).

¹⁸ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 401 (1819).

¹⁹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 425 (1819).

²⁰ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 407 (1819).

Aliás, William Rehnquist (2002, p. 38-39) lembra que, a seguir, “Marshall passou a sustentar que a constituição de um banco era um meio ‘necessário e adequado’ para realizar os poderes expressamente delegados ao Congresso de instituir e recolher impostos”, e destaca a última frase do excerto que segue:

Admitimos, como todos devem admitir, que os poderes do Governo são limitados e que seus limites não devem ser transcendidos. Mas pensamos que a sólida construção da Constituição deve permitir à legislatura nacional essa discricção com relação aos meios pelos quais os poderes que ela confere devem ser levados à execução, o que permitirá a esse órgão desempenhar as altas funções que lhe são atribuídas da maneira mais benéfica para o povo. Que o fim seja legítimo, que esteja no âmbito da Constituição, e que todos os meios adequados, claramente adaptados para esse fim, que não sejam proibidos, mas consistam na letra e no espírito da Constituição, sejam constitucionais.²¹

À segunda pergunta, a resposta passa por uma frase célebre de John Marshall: “o poder de tributar envolve o poder de destruir”.²² Argumenta, então:

Se os Estados tributam um instrumento, empregado pelo Governo na execução dos seus poderes, podem tributar todo e qualquer outro instrumento. Podem tributar o correio, a moeda, os direitos de patente, os papéis de alfândega, processo judicial, todos os meios empregados pelo Governo em um excesso que anularia todos os fins do Governo. Isso não foi pretendido pelo povo americano. Não planejou fazer o Governo dependente dos Estados.²³

Assim, John Marshall deduziu da lógica federativa, e para manter a integridade federativa, a impossibilidade de um ente tributar outro e a Suprema Corte julgou a lei aprovada por Maryland “inconstitucional e írrita”.²⁴

Desta lição de John Marshall, decorre a chamada “imunidade tributária recíproca”, observada em outros países, como, por exemplo, Austrália, Brasil e Canadá.²⁵ Com efeito, o caso *McCulloch v. Maryland* tem evidente influência sobre a doutrina e a jurisprudência brasileiras, como demonstram, em interessante pesquisa, Cássio Luís Casagrande e Jônatas Henriques Barreira.²⁶ No Direito pátrio, a imunidade recíproca

²¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 421 (1819).

²² *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 431 (1819). Segundo o original: “the power to tax involves the power to destroy”.

²³ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 432 (1819).

²⁴ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 436 (1819). Segundo o original: “unconstitutional and void”.

²⁵ Cf. Casagrande e Barreira (2019, p. 259).

²⁶ Casagrande e Barreira (2019, p. 259-262).

aplica-se especificamente a impostos²⁷ e tem consectário na vedação à isenção heterônoma, ou seja, a proibição de um ente isentar tributo de outro,²⁸ ressalvadas duas exceções constitucionais,²⁹ bem assim o caso de tratados internacionais, que não têm natureza de leis federais, mas, sim, de leis nacionais, logo, eventual isenção constante de tratado pode repercutir para tributos estaduais e municipais porque não se trata de uma decisão apenas da União, mas, sim, do todo federativo perante a comunidade internacional.³⁰

Com efeito, o próprio precedente americano conhece recorte em sua amplitude, uma vez que a decisão é expressa no sentido de que “não se estende a tributo pago pela propriedade imobiliária do banco, em comum com outra propriedade imobiliária dentro do Estado, nem a tributo imposto sobre os juros que os cidadãos de Maryland possam ter nesta instituição, em comum com outros bens da mesma espécie em todo o Estado”.³¹

Sobre o segundo caso. William Rehnquist (2002, p. 36), referindo-se aos poderes enumerados pela Constituição americana de 1787, afirma: “Provavelmente o mais importante destes poderes concedidos era o assim chamado ‘commerce power’, que previa que o Congresso deveria ter o poder ‘para regular o comércio com nações estrangeiras e entre os vários estados’”.

Ainda segundo William Rehnquist (2002, p. 36): “O caso mais importante que chegou à Corte Marshall sob esta cláusula foi *Gibbons v. Ogden*, que envolvia barcos a vapor atravessando o Rio Hudson entre Nova York e Nova Jersey”.³² A questão a ser resolvida era: “A cláusula de comércio dá ao Congresso autoridade sobre a navegação interestadual?”³³ A Corte entendeu que comércio abrange navegação.³⁴

Em obra cujo título é uma pergunta – *O quanto democrática é a Constituição americana?* – Robert Dahl (2003, p. 3) questiona se a Constituição dos Estados Unidos atende aos critérios democráticos dos dias atuais. A análise de Dahl passa por aspectos variados e demonstra que as escolhas dos fundadores, inclusive no que se refere à técnica de repartição de competências (e seus consectários, como o Senado americano), não

²⁷ Constituição brasileira de 1988, art. 150, inciso VI, alínea “a”.

²⁸ Constituição brasileira de 1988, art. 151, inciso III.

²⁹ Constituição brasileira de 1988, art. 155, inciso XII, alínea “e”, sobre ICMS, e art. 156, § 3º, inciso II, sobre ISS.

³⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.600-8/UF, Relator o Ministro Nelson Jobim, julgada em 26 de novembro de 2001.

³¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316, 436 (1819).

³² A referência completa do caso é *Gibbons v. Ogden*, 22 U.S. 1 (1824). <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/22us1>.

³³ *Question in* <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/22us1>.

³⁴ Aliomar Baleeiro (1968, p. 39) conta que um dos Justices teria afirmado que a decisão “liberou do monopólio todo o regato, rio, lago, baía e porto de nosso país”, daí decorrendo afirmação que Baleeiro considera exagerada: “nenhum outro julgado teve maior importância para o desenvolvimento dos Estados Unidos”.

foram neutras. Lembra o caso desumano, trágico e deplorável da escravidão nos Estados Unidos: “A representação desigual no Senado inquestionavelmente falhou na proteção dos interesses fundamentais de minorias *menos* privilegiadas. Ao contrário, a representação desigual algumas vezes serviu à proteção dos interesses de minorias *mais* privilegiadas”. (DAHL, 2003, p. 52-53). Anota Dahl (2003, p. 53): “Entre 1800 e 1860, oito medidas antiescravagistas passaram na Câmara, e todas foram mortas no Senado”.

A superação do horror da escravidão nos EUA passou por uma reforma do próprio pacto federativo. Na lógica da repartição de competências explicada, ou seja, no silêncio constitucional, o assunto era originariamente estadual. Por isso, enquanto Estados do norte aboliram a escravidão, os Estados do sul não o fizeram. Disso decorreu uma tensão entre os Estados do norte e os do sul que, trinta anos antes da Guerra de Secessão, já era percebida por Alexis de Tocqueville (1988, p. 32). Configurada a vitória dos Estados do norte na Guerra de Secessão, o Congresso americano aprovou a XIII Emenda, que aboliu a escravidão e passou ao Congresso o poder de legislar na matéria (no que foi reformado o pacto federativo). O número mínimo necessário de Estados a ratificar a Emenda (três quartos) foi alcançado em 6 de dezembro de 1865 (27 de 36 Estados).³⁵ Tudo isso, em boa medida, graças ao empenho e ao sacrifício de Abraham Lincoln. Por outro lado, a Suprema Corte americana, no caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896,³⁶ estabeleceu a muito lamentável doutrina segregacionista do “separate but equal”, superada apenas décadas mais tarde no caso *Brown v. Board of Education*, de 1954.³⁷ Essencial, para tanto, foi Martin Luther King, aliás, celebrado em edição da Revista *Time* alusiva aos 50 anos da Marcha de Washington (ocorrida em 28 de agosto de 1953), cuja capa dedica ao Dr. King o emblemático título de “Founding Father”, não em razão de algum aspecto cronológico, mas, sim, pelo significado, pelo impacto do seu exemplo e do seu sacrifício.³⁸ O passo seguinte é o *Civil Rights Act*, de 1964.

Por fim, Akhil Reed Amar (2006, p. 110-111) anota que

o alcance real da cláusula final da seção 8 não se estendeu para baixo sobre os estados, mas para os lados contra os outros ramos do governo federal. O Congresso teria ampla autoridade para aprovar leis ‘levando à execução ... todos os poderes conferidos por esta Constituição ao Governo dos

³⁵ Três Estados americanos, que inicialmente rejeitaram a XIII Emenda, em 1865, vieram a ratificá-la apenas no Século XX: (i) Delaware, em 1901; (ii) Kentucky, em 1976; e (iii) Mississippi, em 1995.

³⁶ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>.

³⁷ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>.

³⁸ Em reportagem de título “One man”, da mesma edição, consta: “Vivemos em um mundo que King ajudou a criar. Ainda não vivemos no mundo que ele nos ajudou a sonhar”. (*Time*, 26 de agosto a 2 de setembro de 2013, p. 31).

Estados Unidos, ou a qualquer Departamento ou Oficial do mesmo'. Aqui o texto da Constituição tornou explícito o que, de outra forma, poderia ter sido uma leitura controversa do esquema de organização do documento: o Congresso é o primeiro entre iguais, com amplo poder para estruturar o segundo ramo mencionado, o Executivo, e o terceiro ramo mencionado, o Judiciário.

2. Federalismo e repartição de competências no Direito brasileiro

2.1. Antiga vocação federativa brasileira

A vocação brasileira ao federalismo é antiga. Admitindo-se que o federalismo tem raízes no feudalismo, pode-se afirmar que a inclinação federativa brasileira remonta às capitanias hereditárias, não apenas pela descentralização territorial em favor de donatários, mas, também, porque as vilas admitiam câmaras municipais. (LEAL, 1997, p. 81-86). No entanto, revezes foram enfrentados pelo federalismo brasileiro, a começar pelo Império unitário instalado com a Independência.

Curiosamente, o próprio Império brasileiro – não obstante unitário – fomentou a vocação federativa brasileira. Isso porque o Ato Adicional, de 12 de agosto de 1834, conferiu maior autonomia às províncias, substituindo os conselhos gerais provinciais por assembleias legislativas. (1997, p. 95-97).

O Ato Adicional dotava as províncias de poderes amplos, inclusive para auto-organização, por exemplo, no que toca a um eventual modelo provincial bicameral. Podiam legislar sobre:

- (i) divisão civil, judiciária e eclesiástica da província e mudança da capital;³⁹
- (ii) instrução pública e seus estabelecimentos;⁴⁰
- (iii) casos e forma de desapropriação por utilidade municipal ou provincial;⁴¹

³⁹ Legislar sobre “organização judiciária”, hoje, é competência: (i) privativa da União no que se refere ao Poder Judiciário da União; e (ii) de cada Estado no que se refere ao respectivo Poder Judiciário estadual (Constituição brasileira de 1988, art. 22, XVII, e art. 125, § 1º).

⁴⁰ Para correspondência no Direito Constitucional brasileiro vigente, *vide* Constituição, art. 22, XXIV (diretrizes e bases da educação nacional), combinado com o art. 24, IX (educação).

⁴¹ No Direito Constitucional brasileiro vigente, a competência para legislar sobre desapropriação é privativa da União (Constituição, art. 22, II), mas todos os entes podem realizar várias modalidades de desapropriação. Por outro lado, compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, nos termos do art. 184 da Constituição.

- (iv) polícia e economia municipal, precedendo propostas das câmaras;⁴²
- (v) fixação das despesas municipais e provinciais, e os impostos para elas necessários;⁴³
- (vi) repartição da contribuição direta pelos municípios da província e sobre a fiscalização do emprego das rendas públicas provinciais e municipais;
- (vii) criação, supressão e nomeação para os empregos municipais e provinciais, e estabelecimentos dos seus ordenados;⁴⁴
- (viii) obras públicas, estradas e navegação no interior da respectiva província que não pertençam à administração geral do estado;
- (ix) construção de casas de prisão, trabalho, correição e regime delas;⁴⁵
- (x) casas de socorros públicos, conventos e quaisquer associações políticas ou religiosas; e
- (xi) casos e forma por que poderão os presidentes das províncias nomear, suspender e demitir os empregados provinciais.⁴⁶

É interessante notar que algumas destas matérias prenunciam várias das futuras competências estaduais e municipais, inclusive concorrentes, que começariam a ser adotadas décadas depois e que persistem na Constituição brasileira de 1988. No entanto, a Lei Interpretativa do Ato Adicional, a Lei n. 105, de 12 de maio de 1840, refluíu nos passos dados rumo ao federalismo. (LEAL, 1997, p. 97-98).

A Constituição de 1891 implantou formalmente um federalismo clássico,⁴⁷ mas a vulgarização da intervenção federal prejudicou a prática de um verdadeiro federalismo.⁴⁸

⁴² Para correspondência no Direito Constitucional brasileiro vigente, *vide* Constituição, art. 144, §§ 4º a 10.

⁴³ No Direito Constitucional brasileiro vigente, tanto “direito tributário” como “orçamento” são matérias da competência legislativa concorrente (Constituição, art. 24, I e II).

⁴⁴ Competência que, no Direito Constitucional brasileiro vigente, é própria à esfera de autonomia de cada ente.

⁴⁵ No Direito Constitucional brasileiro vigente, Direito “penitenciário” é matéria da competência legislativa concorrente (Constituição, art. 24, I).

⁴⁶ Competência que, no Direito Constitucional brasileiro vigente, é própria à esfera de autonomia de cada ente.

⁴⁷ “(...) mais fiel à técnica do federalismo clássico foi apenas a Constituição de 1891, que relacionou no artigo 34 as competências federais privativas, embasou no n. 33 daquele dispositivo a competência implícita da União, e, no artigo 65, § 2º, atribuiu aos Estados os poderes residuais”. (ALMEIDA, 2013, p. 40).

⁴⁸ “O sistema federal de 1891, por razões que fugiram ao controle normativo da Constituição, testemunhou o vivo contraste entre a discrição do texto constitucional da intervenção federal e a caudalosa prática desta, que acabou abalando a plenitude da autonomia do Estado-Membro, pois a presença federal nos Estados, por

A Constituição de 1934, inspirada na Constituição de Weimar (ALMEIDA, 2013, p. 40), de 1919, inaugurou, no Direito brasileiro, o federalismo cooperativo, com normas gerais que “vão confluir para o condomínio legislativo da competência concorrente da União e dos Estados-Membros”.⁴⁹ Porém, teve existência efêmera. Seja como for, a Constituição de 1934 é o ponto de partida da linha evolutiva do federalismo cooperativo brasileiro, que passa pela Constituição de 1946 e culmina com a Constituição de 1988.

A Constituição de 1934 e a Constituição de 1946 foram sucedidas, respectivamente, pela Carta de 1937 e pela Carta de 1967. Ambas, em suas literalidades, aparentemente adotavam a forma federativa de Estado.⁵⁰ Porém, eram autoritárias – inclusive e em especial nas práticas que conheceram – e, portanto, eram centralistas. Autoritarismos são centralistas e, por isso, são negações do federalismo. O Estado Novo, na prática, nem sequer Congresso teve. A Carta de 1967 tornou-se progressivamente ainda mais autoritária, mormente a partir do infame Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Eram típicas constituições semânticas, para empregar a célebre expressão de Karl Loewenstein (1986, p. 214), ou seja, como ilustra de modo comparativo o próprio Loewenstein, eram disfarces constitucionais.

Diga-se, a Carta de 1967 tinha um explícito “princípio da simetria”, ou seja, os Estados deveriam copiar o modelo federal,⁵¹ depois simplesmente incorporado às Constituições estaduais.⁵² O Ministro Aliomar Baleeiro ironizava o ponto, em forte crítica ao centralismo, afirmando: “melhor seria que o Congresso Nacional incumbisse o Ministério da Justiça (...) de redigir e imprimir uma Constituição-modelo, ou padrão, que os Deputados estaduais preencheriam com o nome do Estado, datariam e assinariam”.⁵³

Obviamente, tudo isso era uma negação do federalismo e, com a redemocratização, a vocação federativa brasileira foi recuperada. Aliás, vocação essa que se revelava mesmo nos contextos mais desfavoráveis. Por exemplo, ainda sob a Carta

via da intervenção, atropelou, com frequência, os órgãos da autonomia”. (HORTA, 2002, p. 399).

⁴⁹ Em verdade, como explica Raul Machado Horta (2002, p. 415) na mesma passagem, o art. 5º, inciso XIX, alíneas “c” e “i”, *in fine*, da Constituição de 1934 confiava à União legislar privativamente sobre “normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo” e sobre “normas gerais sobre o trabalho, a produção e o consumo”. Porém, a fórmula que se manteve no Direito Constitucional subsequente é “normas gerais”.

⁵⁰ Constituição de 1937, art. 3º; Constituição de 1967, art. 1º.

⁵¹ Cf. art. 188 da Constituição de 1967, *verbis*: “Os Estados reformarão suas Constituições dentro em sessenta dias, para adaptá-las, no que couber, às normas desta Constituição, as quais, findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às cartas estaduais”.

⁵² Cf. art. 200 da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, *verbis*: “As disposições constantes desta Constituição ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados”.

⁵³ Voto do Ministro Aliomar Baleeiro na Representação n. 864/GB, Redator para o Acórdão o Ministro Thompson Flores, julgada em 11 de abril de 1973. A propósito, *vide* Amaral Júnior (2006, p. 100-106).

de 1967, e não obstante o centralismo que a caracterizava, alguns Municípios já eram contemplados com a possibilidade de elaborarem as respectivas leis orgânicas:

Ao tempo da Constituição de 1967, parte da doutrina já entendia que os Municípios tinham capacidade auto-organizatória. A maioria dos autores, porém, com o aval da jurisprudência, sustentava que, à falta de previsão constitucional expressa a respeito, a organização dos Municípios se incluía na esfera dos poderes remanescentes dos Estados. E o certo é que, salvo no Rio Grande do Sul onde os Municípios elaboravam as suas Cartas Próprias, o mesmo tendo acontecido com os Municípios de Curitiba e Salvador, as leis orgânicas municipais eram elaboradas pelas Assembleias Legislativas dos Estados. (ALMEIDA, 2013, p. 97).

A referência que Fernanda Dias Menezes de Almeida faz aos Municípios gaúchos retrata o art. 143 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1970:

Os Municípios do Rio Grande do Sul regem-se pelas Leis Orgânicas e demais leis que adotarem, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Talvez este reconhecimento de autonomia municipal em tempos de centralismo fosse desdobramento do “enternecimento municipalista” apontado por Victor Nunes Leal (1997, p. 195-209), sob a Constituição de 1946, enquanto fator de fortalecimento do mercado interno, porém, sem nenhuma dúvida, antecipa o reconhecimento dos Municípios como autênticos entes federados pela Constituição de 1988.

2.2. Atual repartição de competências brasileira

A Constituição de 1988 retoma a linha evolutiva do federalismo de cooperação das Constituições de 1934 e de 1946.

São entes da federação brasileira, em união indissolúvel, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.⁵⁴ Há, nisso, a formalização constitucional de uma característica que já se insinuava: os Municípios brasileiros são, todos eles,

⁵⁴ O art. 1º, *caput*, da Constituição não menciona a União, talvez para não incorrer no que seria uma deselegante repetição de palavras (“...união indissolúvel da União, dos Estados...”). Porém, vários outros dispositivos constitucionais são explícitos sobre as quatro categorias de entes federados, a começar pelo 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”. Sobre a referência à União no art. 18 do texto constitucional, anota José Afonso da Silva: “Aí ela é considerada como uma das entidades que compõem a República Federativa”. (SILVA, 2002, p. 490). Outros dispositivos constitucionais que apontam no mesmo sentido são os arts. 23, 37, 39, etc.

entes federados, o que é peculiar à experiência brasileira.⁵⁵ Em regra, as municipalidades são criaturas dos Estados.⁵⁶ Exceção parcial é a Federação Russa, que reconhece como sujeitos da federação apenas um ou outro dos seus entes municipais.⁵⁷ Isso mostra a vocação federativa brasileira, antiga, arraigada, com mais prestígio às autonomias dos entes subnacionais do que usualmente se pensa, inclusive com espaços de criatividade para experimentos originais nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais.

A Constituição de 1988 possui uma muito complexa repartição de competências de que participam todos os entes da federação, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Ademais, é possível afirmar que, a rigor, há dois federalismos no Direito brasileiro: (i) o geral, para assuntos, questões, tarefas em geral; e (ii) o tributário, relativo às competências tributárias dos entes da federação, estratégico na medida em que define parte considerável da autonomia financeira dos entes.

Todos os entes têm competências de natureza: (i) *material*, fazer ou cuidar concretamente de algo; e (ii) *legislativa*, legislar sobre determinado assunto.

Por outro lado, as competências podem ser: (i) *enumeradas*, confiadas privativamente a uma determinada esfera da federação; ou (ii) *compartilhadas*, comungadas por todos os entes.

No caso das competências materiais, a União exerce aquelas que constam, enumeradas para ela, do art. 21 da Constituição.⁵⁸ No caso das competências legislativas, a União exerce privativamente aquelas que constam, enumeradas para ela, do art. 22 da Constituição.⁵⁹

Por meio de lei complementar, a União pode autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no art. 22.⁶⁰ Cogita-se, na doutrina, distinção entre competências privativas e exclusivas: aquelas seriam delegáveis, essas não

⁵⁵ Ainda antes da Constituição brasileira de 1988, Aliomar Baleeiro sustentava que “o município não é criatura do Estado, porque sua criação e autonomia decorrem da própria Constituição Federal” (Recurso Extraordinário n. 77.817/SP, Relator o Ministro Aliomar Baleeiro, julgado em 07 de maio de 1974).

⁵⁶ Por exemplo, Richard Simeon afirma a importância dos municípios para a vida dos canadenses, mas anota que “não têm um *status* constitucional independente”. E arremata: “São criaturas das Províncias”. (SIMEON, 1997, p. 51).

⁵⁷ “Os territórios internos das cidades de nível federal, nomeadamente Moscou e São Petersburgo, gozam das atribuições estabelecidas pelas leis das respectivas cidades, que também são sujeitos da Federação”. (GANINO, 2010, p. 102).

⁵⁸ Por exemplo, manter relações internacionais, declarar a guerra e celebrar a paz, assegurar a defesa nacional, emitir moeda, administrar as reservas cambiais do País, etc.

⁵⁹ Por exemplo, compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. Este conteúdo, amplo por si só, porque abrangente de parte considerável do Direito brasileiro, é o que consta apenas do primeiro dos trinta incisos do art. 22, revelando a extensão das competências legislativas da União.

⁶⁰ Constituição, art. 22, parágrafo único.

seriam delegáveis. (SILVA, 2002, p. 478). Porém, seja do ponto de vista léxico, inclusive em perspectiva técnico-jurídica, seja do ponto de vista constitucional, “privativo” e “exclusivo” não se distinguem. Ambos os termos expressam “a ideia do que é deferido a um titular com exclusão de outros”. (ALMEIDA, 2013, p. 63). A própria Constituição afirma, relativamente à lei delegada, que não serão objeto de delegação os atos de competência *exclusiva* do Congresso Nacional e os de competência *privativa* da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal.⁶¹ É coerente que assim se compreenda porque a Constituição deve ser interpretada com a leveza com que o povo a interpretaria e, claro, os dois termos são usualmente empregados de modo indistinto.

Exemplo de delegação de competência privativa é dado pela Lei Complementar n. 103, de 14 de julho de 2000, que autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial. Note-se: o Direito do Trabalho é matéria que consta do inciso I do art. 22 da Constituição e o piso salarial é direito trabalhista previsto no inciso V do art. 7º da Constituição. Portanto, é questão específica de matéria relacionada no art. 22 da Constituição.

Em novembro do mesmo ano, lei de um Estado instituiu um único piso salarial para os empregados que não tivessem piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Em assim procedendo, a lei estadual não instituiu um piso salarial, mas, sim, uma espécie de salário mínimo estadual, o que não é permitido pelo inciso IV do art. 7º da Constituição. Explica-se: o salário mínimo deve atender às necessidades básicas do trabalhador e às da sua família, devendo ser, por isso, “nacionalmente unificado”; por sua vez, o piso salarial é, em face do seu próprio conceito constitucional, por profissão, pois deve ser “proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”. A propósito, confira-se decisão do Supremo Tribunal Federal no assunto: “Ao primeiro exame, conflita com os textos constitucionais lei estadual que, a pretexto de fixar piso salarial no respectivo âmbito geográfico, acaba instituindo, por não levar em conta as peculiaridades do trabalho – extensão e complexidade –, verdadeiro salário mínimo estadual (...)”.⁶²

Quanto aos Estados – para além da criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios,⁶³ bem assim instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões⁶⁴ –, têm eles uma única competência material

⁶¹ Constituição, art. 68, § 1º (no que remete aos arts. 49, 51 e 52 da Constituição). Curiosamente, a Carta de 1937 previa hipótese de delegação aos Estados nas matérias de competência *exclusiva* da União, como lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 183-184).

⁶² Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.358-6/RJ, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgada em 15 de fevereiro de 2001.

⁶³ Constituição, art. 18, § 4º.

⁶⁴ Constituição, art. 25, § 3º.

enumerada e uma única competência legislativa enumerada, qual seja, a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado (competência material), matéria passível de regulamentação por lei estadual, mas não por medida provisória⁶⁵ (competência legislativa). No mais, no federalismo geral brasileiro, são dos Estados “as competências que não lhes sejam vedadas” pela Constituição,⁶⁶ ou seja, são dos Estados as competências residuais.⁶⁷ Em essência, “pode-se dizer que os Estados legislam hoje, com exclusividade, apenas sobre os assuntos de sua competência material administrativa e financeira” (ALMEIDA, 2013, p. 112), decorrências que são da autonomia administrativa, orçamentária e financeira dos entes, mas com diversos limites constitucionais, como bem recorda Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013, p. 112).

Os municípios têm competências materiais e legislativas enumeradas,⁶⁸ aí incluída uma potencialmente bastante abrangente: a competência para “legislar sobre assunto de interesse local”,⁶⁹ ou seja, o antigo e tradicional “peculiar interesse” das Constituições pretéritas, que Aliomar Baleeiro, curiosamente, já denominava “peculiar interesse local”.⁷⁰ Na mesma linha, Victor Nunes Leal (1997, p. 79-80), ao apontar a dificuldade de definir o que seria do peculiar interesse do Município, também se referia a interesse local (e, claramente, tomando as duas expressões como sinônimas):

(...) Quando se diz, por exemplo, que devem caber ao município as tarefas de natureza local, ou do seu peculiar interesse, resta ainda definir o conceito auxiliar tomado para referência. A dificuldade aumenta quando se observa que certos assuntos, que ontem só diziam respeito à vida de um município, podem hoje interessar a diversos, a todo um Estado, ou mesmo ao país inteiro. Essa variação, no tempo, da área territorial sobre a qual repercute um grande número de problemas administrativos torna muito relativa a noção de peculiar interesse do município, ou de interesse local, perturbando a solução do assunto no terreno doutrinário.

⁶⁵ Constituição, art. 25, § 2º. Aliás, dispositivo cuja interpretação *a contrario sensu* mostra que o constituinte admite a medida provisória estadual. Do contrário, não haveria porque proibi-la no caso específico dos serviços locais de gás canalizado. É o que argumentou, com precisão, a Ministra Ellen Gracie, Relatora, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.391-8/SC, julgada em 16 de agosto de 2006.

⁶⁶ Constituição, art. 25, § 1º.

⁶⁷ Veja-se o caso do direito fundamental à proteção dos dados pessoais (Constituição, art. 5º, inciso LXXIX), matéria confiada à competência da União (Constituição, art. 21, inciso XXVI, e art. 22, inciso XXX) precisamente para escapar à competência residual: é o que se depreende da “Justificação” da Proposta de Emenda à Constituição n. 17, de 2019, que veio a originar a Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022.

⁶⁸ Constituição, art. 30.

⁶⁹ Constituição, art. 30, inciso I.

⁷⁰ Por exemplo, no Recurso Extraordinário n. 79.253/SP, Relator o Ministro Aliomar Baleeiro, julgado em 11 de outubro de 1974.

São antigas e variadas as discussões sobre o peculiar interesse local na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁷¹ Assim, um serviço estritamente local estaria circunscrito ao peculiar interesse. Por exemplo, o horário do comércio local estaria sujeito à legislação municipal, mas não o horário bancário, porque a compensação bancária é atividade que extrapola o âmbito de um único Município.⁷² Por outro lado, é da competência legislativa municipal, porque assunto de interesse local, a definição do tempo máximo de espera de clientes em filas de instituições bancárias.⁷³

Em síntese, o interesse local pode e deve ser compreendido como decorrência natural do princípio da subsidiariedade inerente ao federalismo democrático, ou seja, deve-se deixar o mais possível aos cuidados do ente local – e, portanto, da comunidade – tudo aquilo em que consiga bem desempenhar o seu papel.

No que se refere ao Distrito Federal, a ele “são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”,⁷⁴ lógico, também se aplicando ao Distrito Federal todas as competências materiais reconhecidas aos Estados e Municípios.

Enfim, no que toca às competências comungadas, são elas: (i) competências comuns, de natureza material; e (ii) concorrentes, de natureza legislativa. Constatam, respectivamente, dos arts. 23⁷⁵ e 24⁷⁶ da Constituição, cujas disciplinas jurídicas revelam que as competências comuns comportam-se de modo cumulativo e as competências concorrentes de modo não cumulativo.

A competência comum é cumulativa porque “não há limites prévios para o exercício da competência, ou por parte de um ente, seja a União, seja o Estado-Membro. Claro está que, por um princípio lógico, havendo choque entre norma estadual e norma federal num campo de competência cumulativa, prevalece a regra da União”. (FERREIRA FILHO, 1990, p. 189). Prevalece no pressuposto de a competência legislativa correlata ser privativa da União ou concorrente de modo a atribuir à União as normas gerais, hipóteses

⁷¹ *Vide*, por exemplo, Amaral Júnior (2016, p. 106-109).

⁷² Recurso Extraordinário n. 79.253/SP, Relator o Ministro Aliomar Baleeiro, julgado em 11 de outubro de 1974.

⁷³ Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 610.221/SC, Relatora a Ministra Ellen Gracie, julgado em 29 de abril de 2010 (Tema 272 da Repercussão Geral).

⁷⁴ Constituição, art. 32, § 1º.

⁷⁵ Por exemplo, zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, proteger os bens de valor histórico, artístico e cultural, proteger o meio ambiente e combater a poluição, preservar as florestas, a fauna e a flora, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, etc.

⁷⁶ Por exemplo, compete aos entes legislar concorrentemente sobre direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico. Este conteúdo, relativamente amplo em si mesmo, é o que consta apenas do primeiro dos dezesseis incisos do art. 24.

essas que ocorrem na grande maioria dos casos do art. 23 da Constituição. (ALMEIDA, 1990, p. 116-118).

Por outro lado, a competência concorrente é não cumulativa porque implica repartição vertical da tarefa de legislar: a União legisla normas gerais, deixando-se aos demais entes a complementação. (FERREIRA FILHO, 1990, p. 189).

Sim, isso tudo sem prejuízo de outras competências espalhadas ou esmiuçadas em diversas outras normas da Constituição, como, por exemplo, o art. 182 (política urbana).

Por fim, o federalismo tributário segue a mesma lógica descrita para o federalismo geral, com uma peculiaridade: (i) as competências enumeradas são as espécies tributárias confiadas às diferentes esferas da federação;⁷⁷ (ii) as competências comungadas ou compartilhadas são as normas gerais de direito tributário;⁷⁸ e, como peculiaridade, (iii) a competência residual – ou seja, a possibilidade de instituir impostos não previstos pela Constituição para a União, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados na Constituição relativamente a quaisquer entes –, em matéria tributária, cabe à União, não aos Estados.⁷⁹

Deste quadro resulta claro que a maior parte das competências é da União, a ponto, inclusive, de muito pouco sobrar para os Estados por meio da competência residual. Para tanto, colaboram não apenas as competências enumeradas (e privativas) confiadas à União, mas, também, as próprias competências comuns e concorrentes, que em geral implicam – ao menos como resultam da vida prática – uma primazia da União. A própria definição do que sejam normas gerais é “tormentosa”. Porém, um bom ponto de partida consta de decisão do Supremo Tribunal Federal:

(...) Penso que “norma geral”, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral. A norma geral federal, melhor será dizer nacional, seria a moldura do quadro a ser pintado pelos Estados e Municípios no âmbito de suas competências. (...).⁸⁰

Portanto, a norma geral é uma norma sobre normas, determina parâmetros cujos respectivos detalhamentos e pormenores ficam para o legislador local, claro,

⁷⁷ Os tributos: (i) da União constam dos arts. 148, 149, 153, 154, inciso II, e 195, da Constituição; (ii) dos Estados constam do art. 155 da Constituição; e (iii) dos Municípios constam dos arts. 149-A e 156 da Constituição. Ademais, todos os entes podem instituir taxas e contribuições de melhoria (Constituição, art. 145, incisos II e III), bem assim contribuições para custeio de regime próprio de previdência social (Constituição, art. 149, § 1º).

⁷⁸ Constituição, art. 146, inciso III.

⁷⁹ Constituição, art. 154, inciso I.

⁸⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927-3/RS, Relator o Ministro Carlos Velloso, julgada em 3 de novembro de 1993. “Tormentosa” é juízo doutrinário acolhido pelo Relator.

observados os limites dados pela norma geral. Por isso, o Supremo Tribunal Federal deu interpretação conforme a Constituição, no precedente antes citado, a dispositivos – minuciosos – da antiga Lei de Licitações, sobre: (i) doação e permuta de bem imóvel; bem assim (ii) permuta de bem móvel, para esclarecer que se aplicam apenas à União.⁸¹

O caráter cumulativo das competências materiais pouco desafia a segurança jurídica. Porém, as competências legislativas concorrentes, na medida em que envolvem leis, precisam ser não cumulativas a bem, precisamente, da segurança jurídica. Por isso mesmo, a disciplina não cumulativa das competências legislativas concorrentes é dada pelos quatro parágrafos do art. 24 da Constituição.

Os §§ 1º e 2º do art. 24 cuidam de situações essenciais e cotidianas em matéria de competência legislativa concorrente: cabe à União legislar normas gerais (§ 1º), ou seja, para empregar a expressão de uso jurisprudencial já referida, a moldura dentro da qual poderão os entes elaborar normas específicas (§ 2º), inclusive a própria União para si.

A lei que veicula normas gerais é uma lei nacional, ou seja, uma moldura que deve ser observada pelas legislações federal, estadual e municipal relativas ao mesmo assunto. Note-se: não há hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais, mas, sim, âmbitos próprios de competência para cada qual. Porém, no caso da lei nacional, com as suas normas gerais, ela, sim, condiciona a legislação dos demais entes. É o que ensina Geraldo Ataliba em artigo clássico, inclusive cogitando hierarquia entre lei nacional, de um lado, e leis federais, estaduais e (como se depreende) municipais, de outro.⁸²

O ponto não é óbvio, pois: (i) como lembra Hans Kelsen (1981, p. 80), o órgão legislativo que faz leis nacionais também faz leis federais; (ii) na prática, o Supremo Tribunal Federal não reconhece nenhum caso de hierarquia entre leis nacionais, de um lado, e leis federais, estaduais e municipais, de outro, ainda que as normas gerais constem de lei complementar, pois todas as relações decorrentes destas situações são compreendidas pela Corte como próprias: (ii.a) à repartição constitucional de competências entre os entes federados – e não há hierarquia entre leis federais, estaduais e municipais; e (ii.b) aos âmbitos temáticos constitucionalmente reservados à lei complementar e à lei ordinária.⁸³

Não obstante a literalidade do § 1º do art. 24 da Constituição disponha que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União “limitar-se-á” a estabelecer normas gerais, a União produz, sim, normas específicas, mas, lógico, circunscritas a ela própria, União.

⁸¹ Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, art. 17, inciso I, alíneas “b” e “c”, inciso II, alínea “b”, e § 1º.

⁸² “Fica bem ressaltada a relação de coordenação, de paridade – de igualdade pois – entre as leis federais e estaduais que, por estarem no mesmo plano, não se confundem, mas se acomodam às leis nacionais, nos limites dos respectivos campos constitucionais”. (ATALIBA, 1980, p. 67).

⁸³ Por exemplo, o Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgado em 30 de junho de 1995.

Por sua vez, o § 2º do art. 24 da Constituição dispõe que a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência “suplementar” dos Estados. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 196) explica que se trata de “complementar a legislação nacional de normas gerais, isto é, editar normas que adicionem pormenores à regra primitiva nacional”. Em outras palavras, complementa-se a moldura, respeitados os limites da moldura. Complementa-se algo que já está posto, algo que já existe, no caso, complementa-se uma norma geral já elaborada, existente e vigente. Não se pretende, aqui, corrigir a literalidade da norma constitucional, mas, apenas, compreendê-la de modo didático.

Um bom exemplo de norma geral, porque aparta claramente o espaço que cabe à lei federal do espaço que cabe à lei municipal, em face da moldura constante de lei nacional, é o art. 32, § 1º, do Código Tributário Nacional: dele decorrem critérios sobre o que poderia ser zona rural para o fim de sujeição de imóveis ao Imposto Territorial Rural – ITR e o que poderia ser zona urbana para o fim de sujeição de imóveis ao Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU. A legislação federal e a legislação municipal, relativas ao ITR e ao IPTU, devem observar as normas gerais, ou seja, a moldura definida pelo citado art. 32, § 1º, do Código Tributário Nacional.⁸⁴

Os §§ 3º e 4º do art. 24 cuidam de situações eventuais e episódicas em matéria de competência legislativa concorrente: na falta de norma geral constante de lei nacional de origem federal, surge para os Estados a possibilidade de exercer competência legislativa plena supletiva da falta da lei nacional (§ 3º), segundo explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990, p. 197). Aqui, sim, cabe cogitar propriamente de uma legislação supletiva, porque supre a falta da legislação que seria naturalmente a competente, não fosse a eventual omissão, prevista como hipótese, da União. Por outro lado, se e quando a União vier a legislar, ou seja, na superveniência de norma geral constante de lei nacional de origem federal superveniente, a lei estadual é suspensa em sua eficácia no que for contrário à lei nacional superveniente (§ 4º). Trata-se de opção sábia do constituinte: não se trata de revogação porque lei de um ente não pode revogar lei de outro ente e a tão só suspensão oportuniza que, em qualquer eventualidade que acometa a lei nacional superveniente (como uma revogação seca, ou seja, sem nova disciplina, ou

⁸⁴ “Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal, observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público: I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais; II - abastecimento de água; III - sistema de esgotos sanitários; IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar; V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado”. No caso do Recurso Extraordinário n. 172.058-1/SC, a norma geral é “a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica” (Código Tributário Nacional, art. 43). Sem disponibilidade, não há que cogitar de renda e, portanto, de imposto de renda.

uma declaração de inconstitucionalidade total), não se tenha vácuo ou vazio jurídico, o que não se coadunaria com a segurança jurídica.

Note-se: os Municípios participam da legislação concorrente, não obstante a eles não se refira a literalidade do *caput* do art. 24 da Constituição. Segundo ensina José Afonso da Silva (2002, p. 502), são inseridos no âmbito do art. 24 por força do inciso II do art. 30 da Constituição.⁸⁵

Por fim, uma curiosidade: os incisos IX, XXI, XXIV e XXVII do art. 22 da Constituição⁸⁶ mencionam quatro casos de diretrizes ou normas gerais:⁸⁷ trata-se de clara e deliberada opção do constituinte para evitar que, nos quatro casos referidos, não se abra, como decorrência do caráter privativo das competências legislativas insertas no art. 22, a possibilidade de legislação estadual supletiva na eventualidade de omissão da União no legislar as referidas diretrizes ou normas gerais, porque foram consideradas sensíveis e, assim, merecedoras, sempre, de legislação nacional. Em suma, os quatro casos de diretrizes ou normas gerais no art. 22 da Constituição remetem aos §§ 1º e 2º do art. 24, mas excluem os §§ 3º e 4º do mesmo art. 24 dado o caráter privativo das competências legislativas do art. 22.

2.3. Desafios do federalismo brasileiro

Dois desafios precisariam ser enfrentados pelo federalismo brasileiro, um de ordem estrutural, outro de ordem cultural.

Do ponto de vista estrutural, o federalismo brasileiro possui um elemento de deformação grave: o mínimo de oito e o máximo de setenta Deputados Federais, para cada Estado e para o Distrito Federal.⁸⁸ Em uma democracia, o voto tem “valor igual para todos”.⁸⁹ Ademais, a Câmara dos Deputados “compõe-se de representantes do povo” eleitos pelo sistema proporcional.⁹⁰ Porém, o valor do voto, entre eleitores daquelas diferentes unidades da Federação referidas, é deformado, precisamente, pelo mínimo e pelo máximo de Deputados: no caso do número mínimo, vários Estados que –

⁸⁵ “Compete aos Municípios: (...) complementar a legislação federal e a estadual no que couber (...)”.

⁸⁶ Diretrizes da política nacional de transportes; normas gerais relativas a polícias militares e corpos de bombeiros militares; diretrizes e bases da educação nacional; e normas gerais de licitação e contratação.

⁸⁷ São expressões rigorosamente sinônimas para os fins constitucionais como se depreende da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a começar pela já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 927-3/RS, precisamente, no excerto *supra* transcrito.

⁸⁸ Constituição, art. 45, § 1º.

⁸⁹ Constituição, art. 14, *caput*.

⁹⁰ Constituição, art. 45, *caput*.

na proporção entre respectivos eleitorados e cadeiras à Câmara – deveriam ter (cada um) um ou dois Deputados, têm oito (cada um).⁹¹

Walter Costa Porto aponta como origem do modelo as discussões que culminaram com o § 1º do art. 28 da Constituição de 1891,⁹² para, então, ponderar: “introduzia-se, no regime proporcional, um critério federativo que, para muitos, somente poderia prevalecer com relação à segunda Câmara do Congresso” (PORTO, 2002, p. 395), ou seja, o Senado Federal, que se compõe “de representantes dos Estados e do Distrito Federal”.⁹³

Diga-se, o Supremo Tribunal Federal não conheceu de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra o piso e o teto de Deputados, em face da igualdade no voto, porque: (i) o Supremo não é fiscal do Poder Constituinte Originário; e (ii) o constituinte originário pode estabelecer exceções às suas próprias regras.⁹⁴

A decisão é juridicamente irreparável.

Por outro lado, o ponto pode e deve ser discutido com vistas a uma eventual reforma constitucional, mormente para fortalecer o federalismo e, sobretudo, a democracia no que toca à igualdade no voto. Cabe repetir, aqui, a pergunta feita por James Wilson quando da Convenção Constitucional americana: “Podemos esquecer para quem estamos formando um governo? (...) Para *homens* ou para seres imaginários chamados *Estados*?” (DAHL, 2003, p. 52).

Aliás, segundo Robert Dahl (2003, p. 49), “entre todos os sistemas federais, incluídos aqueles de países mais recentemente democratizados – um total de doze países – o grau de representação desigual no Senado dos EUA é superado apenas pelo do Brasil e da Argentina”. Menciona como exemplo dois Estados americanos vizinhos, Califórnia e Nevada, o primeiro com população de 34 milhões e o segundo com população de dois milhões, segundo números do ano 2000: bastaria a um cidadão americano mudar de residência, da Califórnia para Nevada, para multiplicar o peso do seu voto, para Senador, em dezessete vezes. (DAHL, 2003, p. 48-49).

Por outro lado, escapa à análise de Dahl o fato de que, no Brasil, a situação é ainda mais sensível porque, como visto, o critério federativo não se restringe ao Senado

⁹¹ Em síntese, o correto, em face da igualdade no voto, seria reproduzir para todos os Estados e para o Distrito Federal a situação de Pernambuco, ente que possui aproximadamente 5% do eleitorado nacional e 5% das cadeiras da Câmara dos Deputados.

⁹² “O número de Deputados será fixado por lei em proporção que não excederá de um por setenta mil habitantes, não devendo esse número ser inferior a quatro por Estado”.

⁹³ Constituição, art. 46, *caput*.

⁹⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 815-3/DF, Relator o Ministro Moreira Alves, julgada em 28 de março de 1996.

Federal: também é aplicado à Câmara dos Deputados, em detrimento da igualdade no voto em seu âmbito mais elementar, a própria Casa de representação popular.

Em uma federação, os Estados equilibram-se, tipicamente, em um Senado Federal composto por Senadores oriundos, em igual número, de cada Estado. No caso dos Estados Unidos, são dois Senadores para cada Estado, “resultado do famoso Compromisso de Connecticut” (DAHL, 2003, p. 48), aliás, o único limite material à reforma constitucional havido na Constituição americana: “nenhum Estado, sem o seu consentimento, será privado do seu sufrágio igual no Senado”.⁹⁵

A Alemanha evoluiu para situação inversa: os Estados alemães têm, no Conselho Federal (*Bundesrat*), entre três e seis votos, segundo proporção ao número de habitantes que possuem.⁹⁶ Logo, é o critério democrático que se reflete no Conselho Federal alemão, não o critério federativo que se reflete no Parlamento Federal alemão (*Bundestag*).⁹⁷ Ademais, o Conselho Federal alemão distingue-se dos Senados americano e brasileiro, a começar pelo fato de que é “formado por membros dos governos dos Estados, que os nomeiam e exoneram”.⁹⁸

De toda sorte, o quanto exposto não é para sugerir ou cogitar a introdução de proporção no Senado Federal brasileiro, mas para debater a importância de fazer valer o princípio da igualdade no voto, ao menos, pela supressão do máximo de setenta Deputados Federais.

A questão era uma antiga preocupação de Paulo Brossard de Souza Pinto, que, inclusive, receava nisso estar “a semente de secessão nacional”. Confira-se o Voto por ele proferido quando se discutia a elevação do número de Deputados Federais paulistas de 60 para 70 ainda antes da regulamentação legal do limite máximo do art. 45, § 1º, da Constituição de 1988:

A situação de São Paulo, comparada com a de Minas Gerais, é tão confortável que não vejo dificuldade, nem direta, nem indireta, para que se diga: “São Paulo, dentro desse quadro, faz jus, hoje, ao número máximo permitido na Constituição”.

⁹⁵ Constituição americana, Artigo V, *in fine*. Não se trata, propriamente, de uma “cláusula pétrea”, pois “não contradiz a ideia de geral emendabilidade. Ainda que estas palavras sejam herméticas, não pretendiam fazer nada formalmente inalterável. Ao invés disso, apenas estabeleceram um procedimento de emenda alternativo que, em efeito, requerer unanimidade entre os estados”. (AMAR, 2006, p. 293).

⁹⁶ Lei Fundamental de Bonn, art. 51, n. 2. “Por meio do Conselho Federal, os Estados participam da legislação e da administração da Federação, bem como das questões concernentes à União Europeia” (Lei Fundamental de Bonn, art. 50).

⁹⁷ Integrado por deputados que representam o povo alemão (Lei Fundamental de Bonn, art. 38, n. 1).

⁹⁸ Lei Fundamental de Bonn, art. 51, n. 1. “O *Bundesrat* é constitucionalmente o polo complementar do *Bundestag*, embora, ao contrário desse, é um *órgão constitucional permanente*, em sessão contínua, que não conhece períodos legislativos delimitados pela convocatória de novas eleições. Portanto, diferentemente do *Bundestag*, carece de descontinuidade”. (POSSER, 2001, p. 682).

Confesso, Senhor Presidente, que não é pela minha simpatia a São Paulo, que venho sustentando este ponto de vista. Não é que eu não lhe tenha simpatia nem amor. Tenho, mas não é em nome desses sentimentos. É como brasileiro e pensando no Brasil. Isto é que me faz defender, talvez com descabida veemência, esta interpretação. Por que, Senhor Presidente? É porque os números são inquestionáveis e são terríveis. Neles vejo a semente de secessão nacional. Roraima, Acre, Amapá, Rondônia, Tocantins, Sergipe, Distrito Federal, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, com 8 deputados cada um, têm 72 deputados, quando, por sua população, deveriam ter 32 deputados; e elegem 72. Mas a igualdade dentro da Federação como fica? E a solidariedade nacional, onde fica? E a lealdade ao pacto federativo? Que me perdoem os ilustres parlamentares paulistas se eu disser que coloco o Brasil acima de São Paulo. E se propugno que São Paulo tenha setenta representantes, não é por São Paulo; é pelo Brasil. Mas já tive ocasião de mostrar que, enquanto em São Paulo são necessários 551 mil brasileiros para que se eleja um deputado, este número vai caindo em relação aos demais. Sei, e não é de hoje, que por superiores critérios políticos se procurou, desde cedo, estabelecer limites à representação dos estados maiores, exatamente para que estados maiores não deformando e comprometendo a unidade nacional, não asfixiassem os estados pequenos. É o inverso o que hoje está acontecendo, e isso me parece particularmente grave. Há brasileiros que valem mais que outros brasileiros, ou brasileiros que valem menos do que outros brasileiros. Senhor Presidente, o Estado de Goiás tinha 17 deputados. Foi dividido e dele nasceu o Estado de Tocantins. Tocantins não tem um milhão de habitantes – 990 mil – passou a ter 8 representantes, quando teria direito a 3. Só que Goiás, que tinha 17 e perdeu um milhão de habitantes e a metade de seu território, continuou com 17 deputados. É a representação proporcional? Nem Einstein! (BRASIL, 2001, p. 95-96).⁹⁹

Do ponto de vista cultural, é preciso eliminar reminiscências do princípio da simetria.

As idas e vindas do federalismo brasileiro, não obstante seja ele fruto de antiga vocação, geraram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao menos nos primeiros anos da Constituição de 1988, uma inércia decisória centralista, como se perdurasse o princípio da simetria da Constituição de 1967. É possível encontrar Acórdãos

⁹⁹ A mesma advertência contra a “semente de secessão nacional” foi repetida por Paulo Brossard em discurso proferido no Palácio dos Bandeirantes, por ocasião do recebimento da Ordem do Ipiranga, no dia 19 de maio de 2009 (cerimônia em que estive presente). Agradeço ao trabalho de pesquisa de Antonio Gonzalez de Andrade a referência ao julgado do Tribunal Superior Eleitoral.

do Supremo Tribunal Federal, pós-1988, que ainda mencionam – e aplicam – o princípio da simetria. Ora, a Constituição vigente não tem nenhum dispositivo como o art. 200 da Carta de 1967. Certo, ela determina que sejam observados “princípios”,¹⁰⁰ mas enquanto linhas genéricas, mas essenciais, que devem ser respeitadas (direitos fundamentais da pessoa humana, forma republicana, sistema representativo e regime democrático, autonomia municipal, prestação de contas, etc.¹⁰¹). Nada disso requer que as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas municipais sejam “cópias-carbono” da Constituição da República.¹⁰²

O fato é que realmente havia aplicação inercial de algumas compreensões anteriores, aí incluído o princípio da simetria, o que prosseguiu durante alguns anos, fazendo a União parecer um ente muito mais imponente do que Estados, Distrito Federal e Municípios. Claro, isso guarda alguma relação com a repartição de competências da Constituição de 1988 que, como visto, é minuciosa em favor da União. A União tem mais poderes, tem mais recursos financeiros, o que dá uma aparência – e não só aparência – de maior força. Porém, do ponto de vista constitucional, todos os entes – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – têm igual dignidade federativa. A União é um ente federado parcial – é parte de um todo – assim como Estados, Distrito Federal e Municípios também são partes de um todo. O Estado brasileiro, como um todo, não é a União. A União não é soberana; soberano é o todo federativo resultante do amálgama entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A União é autônoma, assim como os demais entes componentes da federação brasileira. A União é uma parte do todo federativo, uma parte proeminente pelas competências, pela condição financeira, mas com igual dignidade federativa de Estados, Distrito Federal e Municípios. Claro, há elementos que dificultam ao leigo a percepção desta realidade: o Presidente da República, enquanto Chefe do Poder Executivo da União, tem a mesma dignidade institucional de um Governador de Estado e de um Prefeito municipal; porém, para além disso, também é o Chefe de Estado e, nisso, aí, sim, fala pelo todo federativo.¹⁰³

De toda sorte, nos primeiros anos da Constituição de 1988, em especial nos anos 1990, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de alguma maneira, alimentava compreensões anteriores, por exemplo o princípio da simetria. Porém, a partir dos anos 2000, isso começou a mudar. Impulsos de mudança vinham precisamente da crítica à aplicação inercial do princípio da simetria, crítica presente, por exemplo, em manifestações do Ministro Sepúlveda Pertence (que transpôs dos anos 1990 para os anos 2000 na Corte):

¹⁰⁰ Constituição, art. 25, *caput*.

¹⁰¹ Constituição, art. 34, inciso VII.

¹⁰² Fórmula empregada no Voto do Ministro Aliomar Baleeiro no Recurso Extraordinário n. 71.016/PR, Relator o Ministro Antônio Neder, julgado em 19 de setembro de 1974.

¹⁰³ Constituição, art. 84, incisos VII e VIII.

(...)

26. A insistência na invocação da *simetria* como princípio *per se* traduz quiçá apelo inconsciente a uma jurisprudência formada à luz do art. 188 da malsinada Carta de 1967, que restringia o âmbito da reforma das constituições estaduais que ordenou, em 60 dias, à finalidade de “*adaptá-las às normas*” da Constituição Federal, “*as quais, findo esse prazo, considerar-se-ão incorporadas automaticamente às Cartas Estaduais*”.

27. Outro o quadro no texto de 1988, que volta a reduzir a autonomia constitucional dos Estados à observância dos princípios da Constituição da República (art. 25; ADCT, art. 11).

(...). (BRASIL, 2003).

Críticas da espécie acabaram frutificando. A partir da década de 2010, o Supremo Tribunal Federal tem sido cada vez mais sensível às autonomias locais. A Corte nitidamente vem tendo uma inclinação pró-autonomias locais, o que é coerente com a Constituição de 1988 e com um federalismo que, em contexto democrático, pretenda realizar, ao menos, um mínimo de descentralização.

A inversão de entendimentos, em um mesmo assunto, havida entre duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ilustra a evolução aqui mencionada.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.872/PI, Relator o Ministro Eros Grau, julgada em 1º de agosto de 2011, discutia-se a constitucionalidade ou não de dispositivos da Constituição do Estado do Piauí que confiavam certas matérias à lei complementar, matérias essas que a Constituição da República deixa à lei ordinária. O Relator, em 2 de março de 2005, votou pela procedência afirmando violação ao princípio da simetria, lembrando vários precedentes já sob a Constituição de 1988. Na sequência, pediu vista o Ministro Sepúlveda Pertence.

Em 29 de outubro de 2008, o sucessor do Ministro Sepúlveda Pertence, Ministro Menezes Direito, abriu divergência e mencionou as reservas do Ministro Pertence relativamente ao princípio da simetria. E anotou: “ou bem vivemos no estado federal, e com isso arcamos com as consequências quase sempre benéficas das diversidades regionais, ou bem passamos a interpretar a Constituição Federal como Constituição de estado unitário”.

Ainda na mesma assentada, foi acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia. Ato contínuo, o Relator indicou adiamento, a denotar possível modificação de entendimento.

Em 1º de agosto de 2011, o Ministro Luiz Fux, que sucedeu ao Ministro Eros Grau no Supremo Tribunal Federal, devolveu os autos para julgamento, com

o Voto originalmente proferido pelo Relator (portanto, sem que ele próprio pudesse votar). Também votaram pela procedência da Ação Direta, com declarações de voto, os Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Gilmar Mendes (não obstante ressalvas) e Cezar Peluso. Depreende-se do Extrato de Ata que também votaram pela procedência os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Ellen Gracie.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.314/RJ, Redator para o Acórdão o Ministro Marco Aurélio, julgada em 17 de junho de 2015, cuidou do mesmo tema, mas relativamente à Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

O julgamento foi iniciado em 16 de fevereiro de 2005, com Voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa, pela procedência da Ação Direta, dando pela inconstitucionalidade de dispositivo constitucional estadual que reserva à lei complementar a Lei Orgânica da Polícia Civil. Foi acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Carlos Velloso.

Abriu a divergência o Ministro Carlos Ayres Britto:

Ora, recusar à Constituição do Estado essa faculdade para qualificar certas matérias como exigentes de uma aprovação legislativa mais qualificada, mais detida, com um quorum maior, parece-me uma demasia. E não se trata, aqui, absolutamente, de negar o processo legislativo, enquanto princípio irradiante, para o exercício da competência legislativa dos Estados. Não se trata, propriamente, de processo legislativo.

Foi acompanhado pelos Ministros Cezar Peluso, Marco Aurélio e Celso de Mello. Do Voto do Ministro Marco Aurélio extrai-se o seguinte excerto:

Em última análise, quer considerada a matéria prevista na lei complementar do Estado, quer considerada a inexistência de texto na Carta da República a indicar que se deve ter nos Estados, afastada a autonomia normativa, a adoção de lei simplesmente ordinária, peço vênha ao Relator para acompanhar a divergência, portanto os ministros Carlos Ayres Britto e Cezar Peluso, e julgar improcedente o pedido inicial.

Então, pediu vista dos autos o Ministro Sepúlveda Pertence.

Em 29 de outubro de 2008, o Ministro Menezes Direito, também na condição de sucessor do Ministro Sepúlveda Pertence, e no mesmo dia em que votou na Ação Direta n. 2.872/PI, acompanhou a divergência, deixando o julgamento empatado. O Ministro Menezes Direito fez expressa referência ao entendimento do Ministro Pertence, por ele manifestado quando do pedido de vista, no sentido de que o princípio da simetria deve comportar modulação ou temperamento. Transcreve, então, o Voto que proferira, na mesma data, na Ação Direta n. 2.872/PI (em que ficaria vencido).

O último Voto foi proferido, em 17 de junho de 2015, pela Ministra Cármen Lúcia, que sucedeu ao Ministro Nelson Jobim (era Presidente quando do início do julgamento, participou de debates, mas não votou). A Ministra Cármen Lúcia acompanhou a divergência.¹⁰⁴

Inverteu-se, assim, antigo entendimento que vinha da ordem constitucional anterior.¹⁰⁵

Portanto, é dado às Constituições estaduais a livre definição de que matérias ficam ou não sob reserva de lei complementar, independentemente de simetria com a Constituição da República (exceto, claro, norma constitucional específica dirigida aos entes).

Questões financeiras também fornecem exemplos a considerar.

Há decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria financeira que são preponderantemente contrárias à União, e favoráveis aos demais entes, mesmo em situações em que a União teria (ao menos) potencialmente razão; em geral, são decisões liminares monocráticas proferidas em ações civis originárias, que se dão às dezenas, e que, de certo modo, criam um federalismo paralelo, raramente discutido em Plenário, inclusive na compreensão de que ou resolve-se em favor do ente local autor ou o ente quebra.¹⁰⁶ É um critério empírico, não necessariamente consentâneo com a repartição constitucional de competências.

É preciso compreender que, sim, a União pode muito, mas não pode tudo, inclusive em matéria financeira. Por mais que ela possa, precisa respeitar limites, sobretudo quando a sua capacidade de endividamento é levada a sério. Por exemplo, as leis complementares que regem a recuperação financeira dos Estados colocam uma série de requisitos que não são apenas para boa ordenação financeira do Estado em recuperação, mas, também, são relativos ao quanto a União pode absorver em termos de apoio aos Estados¹⁰⁷. Trata-se de um delicado equilíbrio a ser observado. No entanto, os requisitos legais nem sempre são prestigiados pelos precedentes monocráticos. Esta é apenas uma parte do cenário jurisprudencial mais recente, a parte que talvez possa ser criticada.

¹⁰⁴ Não votaram, na Ação Direta n. 2.314/RJ, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski porque sucederem, respectivamente, aos Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Cezar Peluso, Ellen Gracie, Eros Grau, Menezes Direito e Carlos Velloso.

¹⁰⁵ Por exemplo, o Recurso Extraordinário n. 103.808-0/SP, Relator o Ministro Moreira Alves, julgado em 5 de dezembro de 1984.

¹⁰⁶ A propósito, confira-se a muito consistente e minuciosa Tese de Doutorado de Dantas (2020).

¹⁰⁷ A propósito, confira-se, por exemplo, a Lei Complementar n. 159, de 19 de maio de 2017, especialmente os respectivos arts. 2º, 3º e 4º.

Um primeiro exemplo. Perante o Supremo Tribunal Federal, a União e os Estados levaram a efeito um inédito e grande acordo sobre a Lei Kandir,¹⁰⁸ mostrando que os entes podem e devem dialogar e encontrar um denominador comum, não contencioso. No caso, alguns Estados chegaram a cogitar uma conta da ordem de R\$ 800 bilhões em favor dos entes, contra a União; o acordo foi fechado na faixa dos R\$ 60 bilhões, parcelados em quase vinte anos. Logo, claramente, existia excesso na cogitação extrema. O acordo foi fechado em menos de dez por cento do valor extremo cogitado e, ainda, parcelado ao longo de quase vinte anos. Nunca se tinha feito acordo da espécie, o que revela atitude construtiva da União em face da demanda dos Estados, o que deve ser destacado e celebrado.

Um segundo exemplo. Havia na Constituição dispositivo que previa financiamento (“linha de crédito especial”), da parte da União, para pagamento de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios.¹⁰⁹ Então, alguns entes argumentaram que teriam direito subjetivo à referida linha de financiamento. A União é historicamente adimplente em precatórios, o que não acontece com alguns entes (que pagam precatórios com atrasos de vários anos). É o que explica a inclusão do citado dispositivo no texto constitucional. Então, foram ajuizadas ações, em especial foram impetrados mandados de segurança. Os entes autores e impetrantes argumentavam que teriam direito subjetivo à abertura de linha de financiamento, por parte da União, para pagamento de precatórios.

É intuitivo: é o tipo de abordagem que, se fosse levada a efeito para todos os entes, inviabilizaria a União. Porém, abstraída a questão óbvia da capacidade financeira de a União absorver a conta, do ponto de vista estritamente jurídico, a disciplina constitucional pertinente previa uma sucessão de medidas outras, inclusive o pagamento com recursos orçamentários próprios,¹¹⁰ até eventualmente chegar à hipótese de abertura de linha de financiamento a ser suportada pela União. Portanto, era medida subsidiária a outras que deveriam anteceder-las. As Ministras Cármen Lúcia¹¹¹ e Rosa Weber,¹¹²

¹⁰⁸ Sobre a homologação do Acordo entre União, Estados e Distrito Federal, *vide* Questão de Ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 25/DF, Relator o Ministro Gilmar Mendes, decidida em 20 de maio de 2020. A propósito, a minha manifestação, enquanto Advogado-Geral da União: <https://www.youtube.com/watch?v=qXaacHiFC3Y>.

¹⁰⁹ ADCT, art. 101, § 4º, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 99, de 14 de dezembro de 2017.

¹¹⁰ ADCT, art. 101, § 2º, acrescentado pela Emenda n. 99, de 2017.

¹¹¹ Mandados de Segurança n. 36.024/MG, liminar indeferida em 02 de fevereiro de 2020; n. 36.678/RN, liminar indeferida em 1º de outubro de 2020; n. 36.645/CE, liminar indeferida em 2 de agosto de 2020; n. 36.853/DF, liminar indeferida em 5 de outubro de 2020; e n. 36.970/DF, liminar indeferida em 5 de outubro de 2020.

¹¹² Mandado de Segurança n. 36.992/SP, liminar indeferida em 12 de março de 2020.

bem assim os Ministros Celso de Mello,¹¹³ Gilmar Mendes¹¹⁴ e Luís Roberto Barroso¹¹⁵ indeferiram monocraticamente liminares. O Ministro Ricardo Lewandowski,¹¹⁶ por sua vez, foi adiante: extinguiu ao menos duas impetrações, com julgamento de mérito, denegando ambas as seguranças pretendidas.

Porém, em duas impetrações, houve concessão de liminares.¹¹⁷

Subsequentemente, foi revogado o dispositivo constitucional em que se fundava a controvérsia.¹¹⁸

Ainda assim, na medida em que o dispositivo constitucional revogado produziu efeitos, o Supremo Tribunal Federal veio a fixar a seguinte tese:

Por ser medida de caráter subsidiário, o financiamento pela União, na forma do art. 101, § 4º, do ADCT, dos saldos remanescentes de precatórios dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios se condiciona ao esgotamento das demais alternativas, previstas no § 2º desse mesmo dispositivo.¹¹⁹

Este caso mostra o quanto o Supremo Tribunal Federal é uma Corte verdadeiramente equilibrada. Existe uma tendência de prestigiar as autonomias locais, mas dentro da moldura constitucional. É correto que o Tribunal tenha uma tendência aberta a prestigiar as autonomias locais dentro da moldura constitucional, sem prejuízo de reconhecer que a União perfeitamente pode ser o ente que detenha razão nas controvérsias. Repita-se: a União pode muito, mas não pode tudo, em especial em matéria financeira.

Por fim, importa anotar que a pandemia não causou inovação em termos de relações federativas. Talvez tenha acelerado o processo – que já estava em curso – de reconhecimento de maiores autonomias locais. Porém, a abertura generosa do Supremo Tribunal Federal a novos espaços de autonomia não se deu a partir da pandemia. Vem de antes e é própria à Constituição de 1988. A saúde, por exemplo, consta do inciso II do art. 23 da Constituição, como competência material, e do inciso XII do art. 24 da Constituição,

¹¹³ Mandados de Segurança n. 36.036/GO, liminar indeferida em 19 de dezembro de 2018, e n. 36.894/DF, liminar indeferida em 30 de junho de 2020.

¹¹⁴ Mandado de Segurança n. 36.581/SC, liminar indeferida em 22 de agosto de 2019.

¹¹⁵ Ação Civil Originária n. 3.240/BA, liminar indeferida em 10 de maio de 2019, e Mandado de Segurança n. 37.035/SP, liminar indeferida em 25 de março de 2020.

¹¹⁶ Mandados de Segurança n. 36.796/DF, ordem denegada em 25 de setembro de 2020, e n. 36.746/DF, ordem denegada em 29 de outubro de 2020 (no que veio a ser seguido pela Ministra Cármen Lúcia no Mandado de Segurança n. 36.024/MG, ordem denegada em 24 de fevereiro de 2021).

¹¹⁷ Mandados de Segurança n. 36.375/DF, liminar concedida, em parte, em 27 de junho de 2019, e n. 37.480/DF, liminar concedida, em parte, em 29 de outubro de 2020 (ambas as impetrações eram, originalmente, da relatoria do Ministro Marco Aurélio).

¹¹⁸ Revogação determinada pelo inciso II do art. 6º da Emenda Constitucional n. 109, de 15 de março de 2021.

¹¹⁹ Mandado de Segurança n. 36.375/DF, Redator para o Acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em Sessão Virtual de 7 a 14 de maio de 2021.

como competência legislativa. Portanto, a leitura que o Supremo faz do particular é uma leitura crível desde sempre:

O Poder Executivo federal exerce o papel de ente central no planejamento e coordenação das ações governamentais em prol da saúde pública, mas nem por isso pode afastar, unilateralmente, as decisões dos governos estaduais, distrital e municipais que, no exercício de suas competências constitucionais, adotem medidas sanitárias (...).¹²⁰

Também em razão da pandemia, o Supremo Tribunal Federal afastou – para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios – alguns dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal de modo a permitir, sem as cautelas usuais, fossem realizados “gastos orçamentários destinados à proteção da vida, da saúde da própria subsistência dos brasileiros afetados pela gravidade da situação vivenciada”.¹²¹ A liminar deferida, em boa medida, antecipou o regime extraordinário fiscal de que cuidou a Emenda Constitucional n. 106, de 7 de maio de 2020.¹²²

Ainda no contexto pandêmico, merecem referência, em matéria de repartição de competências, decisões do Supremo Tribunal Federal sobre leis estaduais que proíbem ou restringem o corte de energia elétrica. Com efeito, compete privativamente à União legislar sobre energia,¹²³ enquanto compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre consumo.¹²⁴ Em decisões anteriores à pandemia, o Tribunal entendera incidir a competência privativa da União para legislar sobre energia elétrica.¹²⁵ Porém, subsequentemente, a Corte julgou constitucionais leis estaduais que vedam a suspensão do fornecimento do serviço de energia elétrica no período pandêmico,

¹²⁰ Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672/DF, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, referendada em 13 de outubro de 2020 (item n. 4 da Ementa). No mesmo sentido, confira-se, também, a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341/DF, Redator para o Acórdão o Ministro Edson Fachin, referendada em 15 de abril de 2020, e a Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 770/DF, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, referendada em Sessão Virtual de 12 a 23 de fevereiro de 2021.

¹²¹ Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.357/DF, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, referendada em 13 de maio de 2020 (item n. 4 da Ementa).

¹²² “Em decorrência da promulgação da EC 106/2020, fica prejudicada a Ação Direta de Inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto e de interesse de agir do Autor”. (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.357/DF, Relator o Ministro Alexandre de Moraes, referendada em 13 de maio de 2020, item n. 7 da Ementa). A propósito, a minha manifestação, enquanto Advogado-Geral da União: <https://youtu.be/q09a7ICSwr0>.

¹²³ Constituição, art. 22, inciso IV.

¹²⁴ Constituição, art. 24, incisos V e VIII.

¹²⁵ Por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.610/BA, Relator o Ministro Luiz Fux, julgada em 8 de agosto de 2019.

ao entendimento de que se trata de competência legislativa concorrente relativa a consumo.¹²⁶

Não cabe, aqui, analisar o acerto ou o desacerto destas decisões. Importa, apenas, constatar que se inserem na lógica evolutiva de uma jurisprudência que se revela tendente a reconhecer espaço maior às autonomias locais. Isso porque apontam em favor da competência estadual e, portanto, da possibilidade de leis estaduais. Aliás, tendência que é anterior ao período pandêmico e que, por isso, não pode ser colocada em face de cenário específico, sobretudo porque se adequa à própria Constituição de 1988 e ao federalismo por ela resgatado.

Conclusão

O federalismo permite prestigiar a diversidade regional em favor da unidade nacional. (LOEWENSTEIN, 1986, p. 355). Por outro lado, os seus mecanismos, mormente uma segunda Casa legislativa, em que os entes estejam representados por igual, também “são projetados para construir uma barreira à regra da maioria em nível nacional”. (DAHL, 2003, p. 47). Assim, ao lado: (i) da separação dos poderes, que implica uma divisão horizontal do poder estatal; e (ii) dos direitos fundamentais, que impõem uma limitação externa ao poder do Estado;¹²⁷ (iii) o federalismo também é uma importante limitação do poder, no caso, por meio de uma divisão vertical do poder. (LOEWENSTEIN, 1986, p. 353-354).

Portanto, especialmente em contexto democrático, o federalismo pode e deve ser pensado e repensado como fator de equilíbrio para o poder, bem assim de prestígio às autonomias locais.

Neste sentido, uma experiência ainda recente do federalismo alemão é muito bem destacada em percuciente estudo de Beatriz Bastide Horbach, qual seja, o federalismo de divergência. Importa resenhar os principais pontos do citado estudo.

Dado um quadro complexo de entrelaçamento de competências, “a União passou a exercer um maior domínio no âmbito das competências legislativas concorrentes, deixando pouco espaço para atuação dos Estados”. (HORBACH, 2012, p. 172). Segundo a antiga cláusula de necessidade, havida até 1994, a regulamentação seria federal quando: (i) a questão não pudesse ser disciplinada de forma eficaz pelo legislativo estadual; (ii) a regulamentação estadual prejudicasse outro Estado; ou (iii) em casos em

¹²⁶ Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.432/RR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, julgada em 8 de abril de 2021, e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.588/AM, Relator o Ministro Marco Aurélio, julgada em 31 de maio de 2021.

¹²⁷ Isso porque são anteriores e superiores ao Estado. (LOEWENSTEIN, 1986, p. 353 e 390).

que fosse necessário manter a unidade legal ou econômica. (HORBACH, 2012, p. 172). Neste contexto, a tendência das decisões do Tribunal Constitucional Federal alemão era reconhecer a competência da União. (HORBACH, 2012, p. 172).

Em 1994, por força de reforma constitucional, a cláusula de necessidade deu lugar à cláusula de imprescindibilidade, para que a União legislasse nas matérias implicadas “quando e na medida em que” necessária lei federal à manutenção de condições uniformes; então, o Tribunal Constitucional passou a procurar definir os critérios constitucionais de modo a privilegiar a atuação dos Estados. (HORBACH, 2012, p. 173).

Veio, então, a reforma constitucional de 2006, a mais ampla da Lei Fundamental, com modificações em 25 artigos, tendo “como principal objeto a reorganização da distribuição de competências legislativas”. (HORBACH, 2012, p. 175). Deixou de lado as normas gerais da União e criou três modalidades de competências legislativas concorrentes: (i) as básicas; (ii) as necessárias; e (iii) as de divergência.

As básicas implicam “uma espécie de bloqueio das legislações estaduais”.¹²⁸

As necessárias “pressupõem que alguns requisitos sejam preenchidos para que a União possa legislar nas matérias ali descritas”.¹²⁹

As de divergências abrangem: (iii.a) caça, exceto licença; (iii.b) proteção da natureza e cuidado da paisagem, exceto princípios gerais de proteção da natureza, das espécies e da natureza marinha; (iii.c) distribuição do solo; (iii.d) organização do território; (iii.e) administração de recursos hídricos, exceto regras sobre agentes contaminantes e instalações; (iii.f) admissão em Universidades e titulações universitárias;¹³⁰ (iii.g) imposto territorial.¹³¹ Nestas áreas, “foi concedida aos Estados a possibilidade de elaboração de regras próprias e divergentes que possam atender de forma mais efetiva suas necessidades e características locais”. (HORBACH, 2012, p. 176). Este “aumento da autonomia dos Estados é (...) uma maneira de incrementar o federalismo competitivo entre os entes, dando-se possibilidade de que seu poder concorrencial e econômico seja fortalecido, antiga reivindicação estadual”. (HORBACH, 2012, p. 176). A divergência e sua extensão é uma decisão só dos Estados, que devem “respeitar os preceitos constitucionais, internacionais e europeus, igualmente observados pela própria União ao fazer uso de sua competência legislativa”. (HORBACH, 2012, p. 177). Assim, “em diversas áreas, mas especialmente a ambiental, o campo de atuação legislativa estadual restou consideravelmente limitado pelas diretrizes já existentes em âmbito comunitário”. (HORBACH, 2012, p. 178).

¹²⁸ Cf. HORBACH, 2012, p. 175. *Vide* Lei Fundamental de Bonn, Artigo 72, n. 1.

¹²⁹ Cf. HORBACH, 2012, p. 175-176. *Vide* Lei Fundamental de Bonn, Artigo 72, n. 2.

¹³⁰ Cf. HORBACH, 2012, p. 176. *Vide* Lei Fundamental de Bonn, Artigo 72, n. 3.

¹³¹ Esta última hipótese é bem mais recente, datando de 2019 (Lei Fundamental de Bonn, Artigo 72, n. 3, item 7). Agradeço à Beatriz Bastide Horbach a indicação.

É interessante notar que a lei estadual divergente não revoga a lei federal divergida no âmbito do respectivo Estado, mas passa a ter “prioridade de utilização”, o que evita eventual vácuo legislativo, por exemplo, no caso de revogação da lei estadual divergente (HORBACH, 2012, p. 178) (lógica assemelhada àquela do § 4º do art. 24 da Constituição brasileira de 1988, que, como visto, trata de mera suspensão, não de revogação). Por outro lado, sobrevivendo lei federal na matéria, é ela que terá prioridade porque se trata de lei posterior, sem prejuízo de subsequente nova lei estadual divergente. Espera-se que eventual subsequente lei federal, com base nas experiências de divergências estaduais, procure “aprimorar o direito único federal”, ademais: “Violações intencionais ao poder estadual de divergência poderiam ser consideradas agressões ao princípio da fidelidade [ou, ainda melhor, lealdade] federal (*Bundestreue*)”. (HORBACH, 2012, p. 179). Note-se: não mais vale, aqui, um princípio de superioridade ou de primazia do direito federal, mas, sim, o mero princípio temporal da posteridade. (HORBACH, 2012, p. 179). Em suma: “Com a competência legislativa de divergência, peculiaridades regionais podem ser concretizadas de forma mais efetiva. Os Estados passam a ter maior autonomia em matérias que até então estavam sendo conduzidas pela União”. (HORBACH, 2012, p. 181).

Um modelo da espécie, de competências legislativas concorrentes de divergência, parece merecer consideração, claro, desde que não se tenha receios contra autonomias e criatividade locais. Do contrário, melhor seria admitir que se tem ou que se deseja um Estado unitário, talvez como reminiscência cultural do princípio da simetria, previsto que era em texto constitucional pretérito de viés autoritário, portanto, centralista. Lógico, a Constituição de 1988 não admite nada disso.

Em verdade, o federalismo praticado sob a Constituição de 1988 pode e deve ser pensado e repensado na lógica de prestígio das autonomias locais como fator de promoção da própria democracia e em respeito às comunidades locais. Como ensina o magistério do Supremo Tribunal Federal, o federalismo acolhido pelo constituinte não parte de um tipo ideal, apriorístico e intocável ou imutável, mas, sim, comporta modificações, conquanto não possa ser abolido (ou sofrer modificação que o desnature a ponto de sugerir o efeito prático de uma abolição).

A propósito, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, a forma federativa de Estado “não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina

na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”.¹³²

Assim, nada impede o deslocamento de competências entre os arts. 22 e 24 da Constituição, por exemplo. No mesmo sentido, é possível a uma emenda constitucional revogar tributo estadual, desde que daí não decorra vulneração à autonomia financeira dos Estados.¹³³

Sobretudo, o federalismo pode e deve ser promovido enquanto mecanismo de limitação do poder e de afirmação da democracia, sem prejuízo de um mínimo de ordenação nacional.

São Paulo, maio de 2022.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

AMAR, Akhil Reed. *America's Constitution: a biography*. New York: Random House Trade Paperback, 2006.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Memória jurisprudencial: Ministro Aliomar Baleeiro*. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 13, n. 53-54, p. 58-76, jan./jun. 1980.

BALEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). *Portal do Planalto*, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. [Constituição (1937)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. *Portal do Planalto*, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.

¹³² Cf. consta da Ementa da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.024-2/DF, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, julgada em 3 de maio de 2007.

¹³³ Por exemplo, a Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, revogou o adicional ao imposto de renda, tributo estadual que o texto constitucional originário (art. 155, inciso II) confiara aos Estados. Porém, o tributo não chegou a prosperar porque carecia de lei complementar (nacional) dispoendo sobre conflitos de competências entre os entes federados (Constituição, art. 146, inciso I). A propósito, o Recurso Extraordinário n. 140.877-1/RJ, Relator o Ministro Moreira Alves, julgado em 18 de fevereiro de 1993.

BRASIL. [Constituição (1946)]. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). *Portal do Planalto*, Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm.

BRASIL. [Constituição (1967)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Portal do Planalto*, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Portal do Planalto*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Principais julgados do TSE: meio século de jurisprudência*. Brasília, DF: TSE/SDI, 2001. Coletânea 2. Disponível em: https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/5726/2001_julgados_tse_jurisprudencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

BROWN v. Board of Education of Topeka (1). *Oyez*, Chicago, 1954. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247.pdf.

DAHL, Robert Alan. *How democratic is the American Constitution?* 2. ed. New Haven & London: Yale University Press, 2003.

DANTAS, Andrea de Quadros. *O árbitro da federação pode influenciar o jogo do resgate? O impacto da jurisprudência federalista do STF na crise fiscal dos Estados brasileiros*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Diritto costituzionale*. 9. ed. Padova: CEDAM, 2017.

ETHIOPIA. [Constitution (1994)]. *Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia*. [S. l.: s. n.]. Disponível em: https://constituteproject.org/constitution/Ethiopia_1994?lang=en.

FACTS of the case (McCulloch v. Maryland). *Oyez*, Chicago, 1819. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/17us316>.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 41. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GANINO, Mario. *Russia*. Bologna: Il Mulino, 2010.

GIBBONS v. Ogden. *Oyez*, Chicago, 1824. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1789-1850/22us1>.

HORBACH, Beatriz Bastide. A competência legislativa concorrente de divergência do Direito alemão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 49, n. 193, p. 171-182, jan./mar. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496925/RIL193.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

HORTA, Raul Machado. *Direito constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

KELSEN, Hans. L'esecuzione federale: contributo alla teoria e alla prassi dello Stato federale, con particolare riguardo alla Costituzione del Reich tedesco e alla Costituzione federale austriaca. In: KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 73-141.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARSHALL, John. *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução de Américo Lobo Leite Pereira. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 1997.

MCCULLOCH v. Maryland, 17 U.S. 316. *Justia*, Mountain View, 1819. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/#tab-opinion-1918127>.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. Brasília, DF: UnB, 1995.

OTTO Y PARDO, Ignacio de. *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1999.

PLESSY v. Ferguson. *Oyez*, Chicago, 1896. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>.

PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil: da Colônia à 6ª República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

POSSER, Diether. Significado del Bundesrat. In: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner; VOGEL, Hans-Jochen; HESSE, Konrad; HEYDE, Wolfgang. *Manual de Derecho Constitucional*. Trad. Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001. p. 677-726.

REHNQUIST, William Hubbs. *The Supreme Court*. Nova York: Vintage Books, 2002.

RINELLA, Angelo. *Cina*. Bologna: Il Mulino, 2006.

- SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del "jus publicum europaeum"*. Granada: Comares, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SIMEON, Richard. La estructura federale. In: BALDIN, Serena (coord.). *L'ordinamento costituzionale del Canada*. Torino: Giappichelli, 1997.
- SIMEON, Richard; RADIN, Beryl A. Reflections on comparing federalisms: Canada and the United States. *Publius: The Journal of Federalism*, Cary, v. 40, n. 3, p. 357-365, 2010. Disponível em: <https://academic.oup.com/publius/article/40/3/357/1920737?searchresult=1>.
- SWITZERLAND. [Constitution (1999)]. *Federal Constitution of the Swiss Confederation*. [S. l.: s. n.], 1999. Disponível em: https://constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014?lang=en.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1998.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *De la démocratie en Amérique*. Paris: Flammarion, 1981. t. 1.
- UNION OF SOVIET SOCIALIST REPUBLICS. [Constitution (1977)]. CONSTITUTION (Fundamental Law) of the Union of Soviet Socialist Republics. Moscow: Novosti, 1982. Disponível em: <https://www.marxists.org/history/ussr/government/constitution/1977/constitution-ussr-1977.pdf>.
- USA. [Constitution (1787)]. *Constitution of the United States of America*. [S. l.: s. n.]. Disponível em: https://www.billofrightsintstitute.org/primary-sources/constitution?gclid=EAIaIQobChMI5_qo7bb--wIVCyeRCh0-AAIIEAAYBCAAEgKKLvD_BwE.