

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Forma de Estado: Federalismo e repartição de competências
State Formation: Federalism and Division of Competences

Carlos Bastide Horbach

Sumário

DOSSIER FEDERALISMO

FORMA DE ESTADO: FEDERALISMO E REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS 2

Carlos Bastide Horbach

IMUNIDADE RECÍPROCA E FEDERALISMO: DA CONSTRUÇÃO NORTE-AMERICANA À ATUAL POSIÇÃO DO STF 14

Fernando Santos Arenhart

JUSTIÇA FISCAL, PAZ TRIBUTÁRIA E OBRIGAÇÕES REPUBLICANAS: UMA BREVE ANÁLISE DA DINÂMICA JURISPRUDENCIAL TRIBUTÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 34

Luís Carlos Martins Alves Jr

FEDERALISMO, ESTADO FEDERALISTA E A REVALORIZAÇÃO DO MUNICÍPIO: UM NOVO CAMINHO PARA O SÉCULO XXI? 52

Antonio Celso Batista Minhoto

EFEITOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA NÃO INSTITUCIONALIZADA PARADIPLOMACIA NO BRASIL 66

Gustavo de Souza Abreu

THE MANAGEMENT OF PUBLIC NATURAL RESOURCE WEALTH..... 80

Paul Rose

A (IN)COMPETÊNCIA DO CONAMA PARA EDIÇÃO DE NORMAS SOBRE LICENCIAMENTO AMBIENTAL: ANÁLISE DE SUA JURIDICIDADE 118

André Fagundes Lemos

ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS

TEORÍA DE LA PRESIÓN TRIBUTARIA EN BASE A LA IGUALDAD INTERGENERACIONAL: UNA PERSPECTIVA FINANCIERA Y TRIBUTARIA DEL CASO ARGENTINO..... 135

Luciano Carlos Rezzoagli e Bruno Ariel Rezzoagli

CRÉDITO TRIBUTÁRIO: GARANTIAS, PRIVILÉGIOS E PREFERÊNCIAS..... 148

Luís Carlos Martins Alves Júnior

TRIBUTÁRIO - O PARECER PGFN/CRJ 492/2011 E OS EFEITOS DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO* 174

Antônio Frota Neves

A SEGURANÇA JURÍDICA ADMINISTRATIVA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE ACERCA DOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS E DOS ARGUMENTOS JURÍDICOS NOS JULGAMENTOS DOS MANDADOS DE SEGURANÇA 24.781 E 25.116.....	195
Ana Paula Sampaio Silva Pereira	
AVALIAÇÃO LEGISLATIVA NO BRASIL: APONTAMENTOS PARA UMA NOVA AGENDA DE PESQUISA SOBRE O MODO DE PRODUÇÃO DAS LEIS.....	229
Natasha Schmitt Caccia Salinas	
POLÍTICAS PÚBLICAS, DEVERES FUNDAMENTAIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS	251
Julio Pinheiro Faro	
POLÍTICAS PÚBLICAS DE GUERRA ÀS DROGAS: O ESTADO DE EXCEÇÃO E A TRANSIÇÃO DO INIMIGO SCHMITTIANO AO HOMO SACER DE AGAMBEN	271
João Victor Nascimento Martins	
NEW INSTITUTIONS FOR THE PROTECTION OF PRIVACY AND PERSONAL DIGNITY IN INTERNET COMMUNICATION – “INFORMATION BROKER”, “PRIVATE CYBER COURTS” AND NETWORK OF CONTRACTS	282
Karl-Heinz Ladeur	
RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE ERRO MÉDICO	298
Edilson Enedino das Chagas e Héctor Valverde Santana	
A ATUAL GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA SEGUNDO A LÓGICA DE MERCADO E SUA AINDA CARACTERIZAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO	313
Humberto Cunha dos Santos	
EMPRESAS, RESPONSABILIDADE SOCIAL E POLÍTICAS DE INFORMAÇÃO OBRIGATÓRIA NO BRASIL.....	333
Leandro Martins Zanitelli	
O OUTRO E SUA IDENTIDADE: POLÍTICAS PÚBLICAS DE REMOÇÃO E O CASO DOS AGRICULTORES DO PARQUE ESTADUAL DA PEDRA BRANCA/RJ.....	350
Andreza A. Franco Câmara	
A LEGITIMAÇÃO DO ABORTO À LUZ DOS PRESSUPOSTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	364
Terezinha Inês Teles Pires	
JUSPOSITIVISMO, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO DIREITO BRASILEIRO	392
Guilherme Valle Brum	
A GOVERNANÇA TRANSNACIONAL AMBIENTAL NA RIO + 20.....	406
Paulo Márcio Cruz e Zenildo Bodnar	

**O QUE É UMA BOA TESE DE DOUTORADO EM DIREITO? UMA ANÁLISE A PARTIR DA PRÓPRIA PER-
CEPÇÃO DOS PROGRAMAS 424**

Nitish Monebhurrun e Marcelo D. Varella

NORMAS EDITORIAIS..... 442

Envio dos trabalhos:..... 444

Forma de Estado: Federalismo e repartição de competências¹

State Formation: Federalism and Division of Competences*

Carlos Bastide Horbach**

RESUMO

O presente trabalho analisa a estrutura federativa do Estado, em especial a repartição de competências numa federação. O texto também apresenta os principais traços da repartição de competências nos Estados federais americano, alemão e brasileiro.

Palavras-chave: Direito constitucional – federalismo – repartição de competências.

ABSTRACT

This paper analyzes the federalist structure of the State, specially the division of powers within the federation. It also presents the main aspects of division of powers in American, German and Brazilian federal States.

Keywords: Constitutional law – federalism – division of powers.

1. INTRODUÇÃO

A expressão “forma de Estado” é compreendida tradicionalmente no direito constitucional moderno – e em especial no direito constitucional brasileiro, por força de seu emprego na Constituição de 1988 – como relacionada com a divisão territorial do poder estatal.

Assim, quando se questiona a forma de determinado Estado, o que se tem em perspectiva é o modo como é exercido o seu poder soberano no es-

* Recebido em 21/05/2013
Aprovado em 30/05/2013

** Doutor em Direito do Estado pela USP, Mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS, Professor Doutor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB e Advogado. Email: carloshorbach@uol.com.br

1 O presente artigo reproduz, com adequações pontuais, a prova escrita que o autor realizou, em 1º de fevereiro de 2013, quando do concurso de ingresso na carreira docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (Departamento de Direito do Estado, Área de Direito Constitucional). O concurso compreende três fases: (1) prova escrita; (2) prova didática; e (3) julgamento de memorial com prova pública de arguição. A prova escrita observa as normas que constam do art. 139 do Regimento Geral da USP: (1) a banca examinadora organiza lista de dez pontos, com base no programa do concurso e dela dá conhecimento aos candidatos vinte e quatro horas antes do sorteio do ponto; (2) sorteado o ponto, inicia-se o prazo improrrogável de cinco horas de duração da prova; (3) durante sessenta minutos, após o sorteio, é permitida a consulta a livros, periódicos e outros documentos bibliográficos. Portanto, é neste contexto de tempo e de pesquisa que o presente trabalho deve ser compreendido, mormente no que tem de sintético, objetivo e silente. O autor agradece as importantes contribuições do Professor Doutor José Levi Mello do Amaral Junior.

paço geográfico que lhe é próprio, com concentração ou com descentralização, que se pode dar em diversas intensidades.

Nesse quadro, os livros de direito constitucional são quase uniformes na apresentação das tipologias de forma de Estado, respondendo com modelos teóricos pré-definidos à pergunta sobre como se reparte o poder em um território. Tal divisão pode gerar Estados regionais, autonômicos, federais ou confederados; bem como a ausência de divisão – a concentração, portanto – caracterizaria o Estado unitário.²

As confederações são, hoje, uma referência histórica nos livros de direito constitucional, ainda que alguns autores insistam em mencionar o exemplo suíço – há muito convolado em federação – e outros vislumbrem em movimentos de integração regional o fenômeno redivivo da confederação.³

Por outro lado, ainda que se possa indicar muitos Estados como unitários, a moderna gestão pública impõe algum tipo de descentralização sempre, de modo que o unitarismo puro também acaba sendo um modelo ideal. Exemplo disso é a França, indicada por muitos manuais como exemplo de Estado unitário,⁴ mas que apresenta importantes divisões territoriais, como os departamentos e as comunas, em cuja divisão de atribuições alguns autores já enxergam traços do princípio da subsidiariedade, conceito naturalmente associado ao federalismo alemão.⁵

Já os Estados regionais – como a Itália –, os autonômicos – como a Espanha – e os federais – como o Brasil – são modelos teóricos que se aproximam mais à realidade das relações de poder, havendo em relação a eles vários estudos no direito constitucional contemporâneo, despertando, cada um deles, inúmeros questionamentos de elevado interesse.

O objeto do presente estudo, porém, é mais limitado: a federação. E mais, o federalismo analisado sob um ângulo específico, qual seja, o ângulo da repartição de competências, especialmente na Constituição brasileira de 1988.

Para o desenvolvimento desse objeto, a análise aqui empreendida levará em consideração uma advertência de Konrad Hesse, no seu célebre estudo “Estado federal unitário”, de 1962: “A falta de uma perspectiva sobre o problema da formação do federalismo cria o risco de se obstinar em imaginações ilusórias, com todas as consequências que sempre tem o ilusionismo nas perguntas capitais da vida do Estado”.⁶

Desse modo, para se evitar o “ilusionismo” de que fala Hesse, será feito um exame que busca explicitar as características marcantes dos dois modelos federais que sabidamente influenciaram na construção do federalismo brasileiro: o modelo norte-americano – inspirador do sistema federal desde os albores da República – e o modelo alemão, especialmente importante na formação das vontades políticas da Assembleia Nacional Constituinte de 87/88.

Por outro lado, as palavras de Hesse em trecho distinto de seu artigo projetam outro problema a ser enfrentado no presente trabalho. Segundo o célebre autor alemão, o direito constitucional moderno – e não muito mudou nos 50 anos subsequentes à produção de seu texto – é caracterizado pela “ausência de reflexões teóricas sobre o federalismo”.⁷

2 Nesse sentido, entre outros autores, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 75 et seq.; e SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 102 et seq.

3 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 268. Tomo III

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 103.

5 BAUDIN-CULLIÈRE, Frédéric. *Principe de subsidiarité et administration locale*, Paris: L.G.D.J., 1995.

6 HESSE, Konrad. “Estado federal unitario”. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 189.

7 HESSE, Konrad. “Estado federal unitario”. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 189.

Tal constatação faz com que seja imprescindível para o estudo em andamento o recurso à jurisprudência, o que será feito por meio da citação de acórdãos da Suprema Corte americana, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Ademais, há de se recorrer, igualmente, à exegese dos textos constitucionais.

Por fim, uma última advertência de Hesse: “uma teoria do Estado federal deve fazer compreensível o conjunto”.⁸ Ou seja, ainda que aqui o foco seja a repartição de competências, o exame pressupõe visão de sistema, o que impõe a análise, mesmo que breve, de temas genéricos relacionados com o federalismo dos ordenamentos sob enfoque.

A seguir, portanto, será apresentado um breve conjunto de antecedentes históricos do moderno federalismo (item 2), ao qual serão encadeadas análises do modelo norte-americano (item 3), do modelo alemão (item 4) e do modelo brasileiro (item 5); para que se possa, ao final, apresentar algumas conclusões sintéticas.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO MODELO FEDERAL

O recurso à abordagem histórica no direito corre, não raro, o risco de simplificações e deturpações, decorrentes do que se convencionou denominar de “análise evolucionista”. Esse tipo de análise acaba por levar, equivocadamente, à compreensão de que a existência passada de um simples elemento integrante e característico de um instituto moderno é prova de que esse instituto tem raízes remotas, ainda que não se tenha como estabelecer uma real conexão histórica entre os fenômenos.⁹

Em tal equívoco parecem incorrer, por exemplo, autores que indicam as ligas formadas pelas cidades-Estado gregas, na Antiguidade Clássica, como antecedentes do federalismo, pois havia ali – pura e simplesmente – a reunião para defesa de interesses comuns.¹⁰

Igualmente pouco esclarecedora, nessa perspectiva, a indicação do feudalismo como antecedente do federalismo. Isso por que a simples fragmentação do poder político e o atrelamento das funções políticas à titularidade de direitos patrimoniais – que são as duas características essenciais do feudalismo – não levam, inexoravelmente, ao modelo federal. Se assim fosse, os Estados europeus seriam, em gênero, federações; o que definitivamente não ocorre.

Antecedente histórico específico na experiência medieval pode ser identificado no feudalismo germânico, cuja vinculação ao Sacro Império impediu as unificações nacionais dos séculos XV e XVI, gerando uma peculiar situação que somente foi equacionada com o modelo federal pela obra de Bismarck, na segunda metade do século XIX.

Essa especial experiência feudal germânica deu oportunidade, até mesmo, para a primeira teorização do federalismo, responsável pela formulação do próprio termo. Nesse sentido, importante é a contribuição de Johannes Althusius, que também formulou a primeira relação entre o federalismo e o princípio da subsidiariedade, tão caro para o moderno federalismo alemão e para o direito comunitário europeu.¹¹

Igualmente fruto de uma experiência histórica particular é o principal antecedente do moderno federalismo, qual seja, a Confederação norte-americana.

8 HESSE, Konrad. “Estado federal unitario”. *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 190.

9 OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi!: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito”. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito – UFPE*, Recife, v. 13, p. 299-330, 2003.

10 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982. p. 11 et seq.

11 GIERKE, Otto von. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*. Torino: Einaudi, 1974.

Após a independência, as antigas colônias britânicas na América do Norte formaram treze Estados soberanos, com constituições próprias que se apresentam como inovadores documentos para o direito constitucional, em especial em matéria de direitos fundamentais.¹²

Esses Estados, porém, por meio dos Artigos da Confederação – um verdadeiro tratado à luz do direito internacional – uma união relativa, que buscava dar harmonia a suas relações institucionais e preservar suas soberanias individuais.

Tal modelo histórico, que vigorou aproximadamente por dez anos, acabou por fracassar ante falhas institucionais que são assim sintetizadas por Fernanda Dias Menezes de Almeida: *a)* o fato de a União legislar para os Estados e não para seus cidadãos, sem que houvesse sanção para o descumprimento de suas normas; *b)* a ausência de um tribunal superior comum; *c)* a inexistência de uma política comum de defesa; *d)* a necessidade de atingimento da unanimidade para as deliberações; e *e)* a manutenção de um comércio exterior descentralizado.¹³

A tentativa de superar essas falhas, promovendo “uma mais perfeita união”, foi cristalizada na Constituição da Filadélfia, de 1787, consagradora do moderno modelo federal, que será a seguir analisado.

3. MODELO FEDERAL NORTE-AMERICANO

O modelo federal dos Estados Unidos, plasmado na normatividade da Constituição de 1787, pode ser resumido a cinco aspectos principais, que são arrolados por Bernard Schwartz nos seguintes termos: *a)* união de unidades autônomas – não mais soberanas – para fins comuns, mantendo suas peculiaridades, o que se reflete no lema norte-americano “*e pluribus unum*”; *b)* divisão de poderes legislativos, sendo expressamente enumerados os do ente novo – a União – e deixando-se o residual para os Estados, ainda que desde logo se tenha estabelecido uma interpretação flexível dessa regra com a teoria dos poderes implícitos, desenvolvida por John Marshall, em 1819, no caso *McCulloch v. Maryland*; *c)* atuação direta, inclusive sobre o cidadão, de cada núcleo de poder no âmbito de suas competências; *d)* aparelhamento de cada núcleo de poder com instituições políticas próprias, com Executivo, Legislativo e Judiciário; e *e)* supremacia do poder central na sua esfera de atuação, como logo no início do século XIX decidiu a Suprema Corte no caso *Gibbons v. Ogden*, sobre transporte fluvial interestadual.¹⁴

Esse arranjo institucional pressupõe, para dar garantias aos Estados federados e aos cidadãos, regras claras, que somente se estabilizam por meio de constituições documentais. Destarte, Karl Loewenstein afirma de modo categórico que o federalismo somente é possível por meio de constituições escritas¹⁵; constituições escritas essas que apresentem normas sobre separação de competências.

O texto da Constituição de 1787 e sua vivência nas primeiras décadas do século XIX levaram Alexis de Tocqueville a afirmar que “os deveres e os direitos do governo federal eram simples e bastante fáceis de definir, por que a União fora constituída com a finalidade de responder a algumas grandes necessidades gerais. Os deveres e direitos dos governos dos Estados eram, pelo contrário, múltiplos e complicados, por que seu governo penetrava em todos os detalhes da vida social”.¹⁶

Esse quadro descrito por Tocqueville, baseado no texto constitucional, foi lentamente sendo alterado pelo “*law in action*” – para usar a expressão célebre de Roscoe Pound –, o qual evidencia uma dinâmica centralizadora, a partir – até mesmo – dos já mencionados casos *McCulloch v. Maryland* e *Gibbons v. Ogden*.

12 DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007. p. 4 et seq.

13 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 8-9.

14 SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte americano atual: uma visão contemporânea*. Trad. Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 10.

15 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 191.

16 TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. p. 93.

Tal tensão entre centralização e descentralização colocou a Suprema Corte, como tribunal da federação, na posição de principal árbitro da repartição de competências; um verdadeiro “guarda de fronteiras” do sistema federal, para se utilizar a imagem de que lançou mão Campos Salles, ao descrever a conformação do modelo brasileiro de Justiça federal.

O primeiro grande movimento de centralização se verifica nos Estados Unidos nos anos anteriores à Guerra Civil, o que leva a uma reação dos juristas do Sul, a qual tem como exemplo mais significativo a teoria da nulificação, desenvolvida por Calhoun. Segunda tal concepção, os Estados teriam o poder de anular, por meio de seus próprios Poderes Legislativos, as leis da União às quais se opusessem, deixando, portanto, de aplicá-las em seus territórios.¹⁷ Esse entendimento, que por razões óbvias não foi acatado, está nova e pitorescamente em discussão nos Estados Unidos, uma vez que a legislatura do Estado do Texas iniciou recentemente a discussão de uma emenda à Constituição local que, se aprovada, reconhecerá ao Legislativo estadual o poder de nulificação sobre leis federais.

O segundo movimento de centralização se verifica com o aumento da atuação federal, demandada pela crise que se seguiu à quebra da Bolsa de Nova York, em outubro de 1929. O *New Deal* proposto por Franklin D. Roosevelt, a partir de 1933, exigia a expansão das competências da União, em especial no campo da regulação econômica.

Esse aumento de atribuições decorreria, principalmente, de uma interpretação mais flexível, por parte da Suprema Corte, da competência da União para legislar sobre comércio interestadual, a chamada *commerce clause* da Constituição de 1787.

De início, a Suprema Corte manteve-se atrelada a sua jurisprudência descentralizadora, levando à declaração de inconstitucionalidade de várias leis federais veiculadoras de programas econômicos e sociais do *New Deal*.

Houve, porém, uma mudança de orientação decorrente do grande arranjo político que se seguiu à rejeição, pelo Senado americano, da proposta presidencial de remodelação da Suprema Corte, com o acréscimo de um novo juiz para cada magistrado integrante do tribunal que contasse com mais de setenta anos, no que ficou conhecido como o *Court Packing Bill*.¹⁸

Após 1937, portanto, iniciou-se um ciclo de centralização por meio da jurisprudência da Suprema Corte sobre a cláusula de comércio, que chegou até mesmo a considerar constitucional, por exemplo, que uma lei que proibia a plantação de trigo para consumo próprio, pois tal prática poderia, ainda que remotamente, afetar o comércio interestadual do produto.¹⁹

Tal exercício foi reforçado pela Corte Warren, a partir da década de 50 do século passado, e mantido pela Corte Burger nos anos 1970 e no início dos anos 80. Com a investidura de William Rehnquist na função de *Chief Justice* iniciou-se um deliberado movimento de regresso aos poderes estaduais; que somente tem surtido efeito após as indicações do Presidente George W. Bush para o tribunal, já no período, portanto, da Corte Roberts.²⁰

A disputa sobre a *commerce clause*, aliás, estava presente no mais tormentoso caso julgado pela Suprema Corte no ano de 2012, relacionado com o *Affordable Care Act*, que normatiza os planos de assistência à saúde

17 A teoria de John C. Calhoun é sintetizada no texto “South Carolina Exposition and Protest”, produzido em 1828, durante a chamada “Crise da Nulificação”, que envolveu a disputa entre o governo da União e o do Estado da Carolina do Sul em torno de tarifas impostas pelo parlamento federal.

18 Para uma interessante análise do episódio, ver: CARO, Robert. *Master of the Senate*. New York: Vintage Books, 2002. p. 54 et seq.

19 Sobre esse caso, *Wickard v. Filburn*, julgado pela Suprema Corte em 1942, ver: REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*, Kindle edition. New York: Vintage Books, 2001. position 2405 et seq.

20 Para um exame jornalístico, as juridicamente preciso, desse movimento nos períodos de Rehnquist e Roberts como *Chief Justice*, ver os interessantes livros de TOOBIN, Jeffrey. *The Nine*. Inside the secret world of the Supreme Court, New York: Anchor Books, 2007. e *The Oath*. The Obama White House and the Supreme Court, New York: Doubleday, 2012.

nos Estados Unidos. Novamente se discutia se o mandado legal para que os indivíduos comprassem seguros de saúde poderia, ou não, ser imposto pela União com base na competência para regular o comércio interestadual.

A Corte, num lance de engenharia jurídico-política do *Chief Justice Roberts*, concluiu que a *commerce clause* não autorizava tal mandado – o que é um significativo avanço para as correntes descentralizadoras –, mas o manteve com base no poder federal para instituir tributos; o que, mesmo sendo uma concepção questionável, livrou o tribunal de uma crise institucional, que seria somente comparável aos episódios anteriores a 1937.

A experiência norte-americana, portanto, por mais claro que seja o texto sobre repartição de competências na Constituição de 1787, demonstra a necessidade de implantação de regras mais elaboradas de coordenação de atribuições entre os níveis federados, para que não se tenha uma variação constante no tratamento da matéria.

Essa evolução se tem na experiência alemã, com a passagem do federalismo dual para um federalismo de cooperação.

4. MODELO FEDERAL ALEMÃO

O federalismo alemão tem causas materiais e artificiais, como bem anota Dieter Grimm.²¹ As causas materiais já foram indicadas no item 2, relacionadas com o Sacro Império Romano-Germânico e com a unificação promovida por Otto von Bismarck sob a égide da dinastia dos Hohenzollern.

Essa unificação fez com que os antigos setenta e dois Estados autônomos que compunham a Alemanha preservassem muitos de seus poderes, sendo o *Reich* uma estrutura voltada para as relações internacionais e para a defesa coletiva, tendo o *Kaiser*, inclusive, o sugestivo título de Supremo Senhor da Guerra.

Essas causas histórico-materiais, todavia, desapareceram com o nacional-socialismo e sua forte tendência centralizadora; tendo sido já amplamente relativizadas pela Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919.

Konrad Hesse destaca que os Estados alemães da moderna federação não são, geográfica e culturalmente, os que promoveram a Unificação de Bismarck. Por isso, explicações históricas de formulações federativas modernas são muitas vezes imprestáveis, como as desenvolvidas por Carl Schmitt e R. Smend, ainda sob a vigência do texto de Weimar.²²

Com o fim do nazismo, a ocupação dos aliados e, posteriormente, com o Tratado de Unificação, que incorporou à República Federal os Estados da antiga Alemanha Oriental, novas forças – completamente estranhas à tradição do federalismo alemão – forjaram a forma de Estado, de modo que as causas artificiais suplantam, hoje, as causas materiais na regulação normativa da repartição de competências no direito constitucional alemão.²³

A Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, traz uma repartição de competências que apresenta caráter funcional, ou seja, reserva à União (*Bund*) preponderantemente a função legislativa, deixando para os Estados (*Länder*) a execução, isto é, a função administrativa.

E essas competências administrativas – ou materiais – são controladas pela União, de modo que, quando um *Land* aplica equivocadamente a lei, há a possibilidade – não verificada nos mais de cinquenta anos de vi-

21 GRIMM, Dieter. “*El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales*”. *El federalismo en Europa*, Barcelona: Hacer Editorial, 1993. p. 45.

22 HESSE, Konrad. “Estado federal unitario”. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 193.

23 GRIMM, Dieter. “*El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales*”. *El federalismo en Europa*. Barcelona: Hacer Editorial, 1993. p. 48 et seq.

gência da Lei Fundamental – de se promover uma espécie de intervenção federal (*Bundeszwang*), com prévio consentimento do Conselho Federal (*Bundesrat*), a casa que, no Legislativo alemão, representa os *Länder*.²⁴

Essa realidade de divisão funcional de competências e de controle da execução estadual pela União faz com que Dieter Grimm e Konrad Hesse afirmem que a Alemanha constitui um Estado federal unitário.²⁵

Tal centralização ou tal unitarismo da federação alemã é mitigada, contudo, pelas competências concorrentes, caracterizadoras de um federalismo de cooperação²⁶ e inspiradora do constitucionalismo brasileiro.

A existência de uma competência concorrente permite, assim, a superação, ainda que circunscrita a determinadas matérias, da repartição funcional antes mencionada, habilitando o Estado (*Land*) a editar leis e ter, desse modo, um ordenamento jurídico próprio, distinto do da União; o que é característico do federalismo.

Por conta dessas competências concorrentes, os autores alemães, nos primeiros anos de vigência da Lei Fundamental, defenderam a assimilação, pelo texto constitucional, da teoria dos três níveis ou dos três elementos desenvolvida por Hans Kelsen. Segundo esse entendimento, o Estado federal seria caracterizado por três níveis de ordenamento jurídico: o ordenamento do Estado total federal, o ordenamento do ente político superior (*Bund*) e os ordenamentos dos níveis locais, os Estados membros.

Essa teoria, porém, foi rechaçada, em 1961, pelo Tribunal Constitucional Federal, ao julgar o caso *Neugliederung*, afirmando que o texto da Lei Fundamental não fazia distinção entre a República Federal da Alemanha – o Estado total – e a federação. Esse julgado, registre-se desde logo, não implica a impossibilidade de aplicação da teoria de Kelsen à federação brasileira, uma vez que a Constituição de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil é formada por quatro espécies de pessoas jurídicas de direito público: a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios. Assim, a teoria das leis nacionais e das leis federais, desenvolvida por Geraldo Ataliba com base em Kelsen, é compatível com a ordem constitucional brasileira.²⁷

Voltando à experiência alemã, o art. 72 da Lei Fundamental estabelece três tipos de competências concorrentes: *a*) a competência concorrente básica; *b*) a competência concorrente necessária; e *c*) a competência concorrente de divergência.

Os dois primeiros tipos se assemelham em muito ao modelo brasileiro, que será a seguir analisado, Entretanto, a grande novidade do constitucionalismo alemão é a competência de divergência, introduzida na Lei Fundamental pela Reforma Constitucional de 2006.²⁸

Segundo o art. 72, III, da Lei Fundamental os Estados podem legislar de forma contrária à União em determinadas matérias, o que coloca em evidência importantes princípios, caros ao direito constitucional alemão, como o da subsidiariedade, o da prevalência do direito federal e o da confiança federativa (*Bundestreue*).

As matérias arroladas no item III do art. 72 da Lei Fundamental são a caça, a proteção ambiental e paisagística, a organização do território, recursos hídricos, admissão nas universidades e títulos universitários.

Esse aspecto, ainda não completamente experimentado, representa uma significativa evolução no constitucionalismo federal alemão, reforçando sua higidez e comprovando as palavras de Hartmut Bauer, para quem o federalismo na Alemanha é um campo em construção permanente.²⁹

24 VOGEL, J. J. “El régimen federal de la Ley Fundamental”. In: BENDA *et al.* *Manual de derecho constitucional*. trad. Antonio López Pina. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 665.

25 GRIMM, Dieter. “El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales”. *El federalismo en Europa*. Barcelona: Hacer Editorial, 1993. p. 49; HESSE, Konrad. “Estado federal unitario”. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011. p. 198.

26 GRIMM, Dieter. “El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales”. *El federalismo en Europa*. Barcelona: Hacer Editorial, 1993. p. 65.

27 ATALIBA, Geraldo. “Regime constitucional e leis nacionais e federais”. *Revista de Direito Público*, ano XIII, v. 53-54, p. 58-76, jan./jun. 1980.

28 Para um exame da Reforma e, em especial, da competência concorrente de divergência, ver: HORBACH, Beatriz Bastide. “A competência legislativa concorrente de divergência no Direito alemão”. *Revista de Informação Legislativa*, ano 49, n. 193, p. 171-182, jan./mar. 2012.

29 BAUER, Hartmut. Kommentierung von Art. 20 GG (Bundesstaat). In: DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetzkommentar*. Frank-

5. MODELO FEDERAL BRASILEIRO

Victor Nunes Leal aponta que a vocação federativa do Brasil, iniciada com as capitânicas hereditárias, passa pela autonomia no Império colonial português, pelo Ato Adicional de 1834 à Constituição de 1824 e chega à República Velha.³⁰

O Ato Adicional de 1834, aliás, é o diploma responsável pela primeira divisão territorial de competências legislativas no Brasil, uma vez que criou as Assembleias Legislativas provinciais, com poder para editar normas sobre assuntos de interesse local, marcando a primeira manifestação dessa enigmática expressão no direito constitucional brasileiro.

Essa divisão, como não poderia deixar de ser, gerava conflitos entre a lei local e a lei nacional, os quais eram resolvidos por um interessante sistema de controle de constitucionalidade exercido pela Assembléia Geral do Império, com auxílio do Conselho de Estado.³¹

Com a República, essas tendências federalistas foram institucionalizadas, tendo o Decreto n. 1, de 15 de novembro de 1889, transformado – como que num “golpe de mão” constitucional – as antigas Províncias em Estados federados. A partir de então, tem-se um histórico da federação no Brasil que é marcado fortemente pela centralização, em menores ou maiores graus, como nos casos da Constituição de 1937 e da Emenda Constitucional n. 1 de 1969, textos que praticamente extinguíram a dinâmica federal no Estado brasileiro.

O que se deve buscar agora, porém, é um conceito constitucionalmente adequado de federação e de repartição de competências, o que só se consegue por meio da exegese do texto constitucional vigente.

Essa é a postura do Supremo Tribunal Federal, como se pode depreender do decidido na ADI 2.024, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22.06.2007, cujo acórdão foi assim ementado na parte aqui interessante:

“1. A ‘forma federativa de Estado’ - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - 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”.

Da Constituição de 1988 se pode retirar dois grandes grupos de repartição de competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O primeiro diz com o poder de auto-organização dos Estados, o chamado poder constituinte decorrente, na expressão cunhada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho.³² O segundo, é o campo da divisão ordinária de competências materiais e legislativas.

O primeiro, o poder constituinte decorrente, está baseado no art. 25 da Constituição Federal e no art. 11 de seu ADCT. Tais dispositivos afirmam que os Estados podem editar suas próprias constituições, respeitados os “princípios” da Constituição Federal.

Aqui se tem o primeiro grande movimento centralizador protagonizado pelo STF, consubstanciado na doutrina das normas de observância obrigatória. Essas são normas editadas pelo poder constituinte federal cujo conteúdo implica limitação à autonomia estadual. Assim, quanto maior for o número de normas de

furt am Main: Mohr Siebeck, 2006. p. 9.

30 LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. especialmente o Capítulo II.

31 Sobre as funções do Conselho de Estado no Segundo Reinado, em especial no que toca ao controle de constitucionalidade, ver: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Oráculo de Delfos*. O Conselho de Estado no Brasil-Império, São Paulo: Saraiva, 2010.

32 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 146 et seq.

observância obrigatória, menor é a autonomia estadual.³³ As normas de observância obrigatória acabam por definir, afinal, quão autônomos são os Estados membros.

Inicialmente, a jurisprudência do Supremo foi mais aberta nessa questão, como se pode verificar na questão específica da reprodução das normas federais de processo legislativo pelos Estados. Ao apreciar a ADI 56 – MC, rel. Min. Célio Borja, DJ de 04.08.1989, o Tribunal indeferiu a medida liminar pleiteada pelo Governador do Estado da Paraíba exatamente por não encontrar na Constituição o dispositivo “que torna obrigatória para os Estados a observância das normas dos seus artigos 61, II, *a e b* e 63, I”.

E ainda concluía o Ministro Célio Borja: “Tal omissão decorre da inexistência, na lei fundamental em vigor, das numerosas regras de simetria compulsória entre as ordens jurídicas da União e dos Estados que repontavam na Carta de 1967, na redação de sua Emenda nº 01/69”.

Porém, logo em seguida, o STF assentou que as normas de processo legislativo previstas na Constituição Federal aplicam-se a todos os entes federados, num movimento jurisprudencial que se manifesta, por exemplo, no julgamento da ADI 89, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 20.08.1993. Isso por que as normas de processo legislativo são corolários da separação de poderes, em entendimento que vigora até o presente momento.

Ademais, a jurisprudência do STF tem flertado, nos quase vinte e cinco anos de vigência da Constituição de 1988, com o chamado princípio da simetria, segundo o qual os Estados deveriam seguir o modelo institucional federal. Exemplo dessa tendência se tem nos julgamentos da ADI 858, rel. Min. Ricardo Lewandowski, sobre processo legislativo; da ADI 3.647, rel. Min. Joaquim Barbosa, sobre as regras de afastamento do Governador do Estado do Maranhão; ou ainda da ADI 2.122, rel. Min^a. Ellen Gracie, sobre o processo de reclamação junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Todos esses julgados indicam limitações claras das competências constituintes estaduais.

No campo das divisões ordinárias, há de se diferenciar as competências materiais – ou administrativas – das competências legislativas; ambas, na lógica da Constituição de 88, podem ser privativas – sem se entrar aqui em discussões terminológicas – ou concorrentes.

As competências materiais privativas da União são amplamente expostas no art. 21 da Constituição, marcando o grande espectro de atuação do governo federal. As competências materiais dos Estados são resumidas ao art. 25, § 2º, da Constituição, relativo à exploração do gás canalizado. A competência privativa material dos Municípios está prevista no art. 30, compreendendo o tradicional “interesse local” e outras matérias, como o transporte coletivo urbano. O Distrito Federal, por sua vez, acumula, por força do art. 32, § 2º, do texto constitucional as competências dos Estados e dos Municípios.

No campo legislativo, as competências arroladas são as da União no art. 22 e as dos Municípios – e do Distrito Federal parcialmente, portanto – no art. 30 da Constituição, deixando-se a competência legislativa dos Estados para o critério residual, na forma do § 1º do art. 25 do texto constitucional federal.

O tema mais importante nessa matéria, porém, é – como destaca Fernanda Dias Menezes de Almeida³⁴ – o da competência concorrente, que se pode dar tanto no campo material – art. 23 da Constituição – quanto no campo, na forma do art. 24 da Carta da República.

Nos dois casos surge o problema da definição de limites de atuação de cada ente federado. No caso do art. 23 do texto constitucional, há a possibilidade de regulamentação desse exercício comum de poderes por meio de lei complementar, como previsto no parágrafo único do art. 23 e recentemente efetuado em relação às competências ambientais por meio da Lei Complementar n. 140/2011.

33 LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11-12.

34 ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 112 et seq.

No caso da competência legislativa concorrente, a chave para a solução dos problemas resultantes de sua aplicação é o conceito de “norma geral”, constante do art. 24, § 1º, da Constituição de 1988.

Mais uma vez aqui a questão se põe de forma simples: quanto mais abrangente esse conceito de norma geral, menor a autonomia estadual. E novamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – pelo menos desde o julgamento da ADI 927, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 11.11.1994 – é redutora dessa autonomia estadual, concluindo, em gênero, que norma geral é o que a União edita como tal. No mesmo sentido é possível ainda citar o decidido na ADI 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.09.2008; e na ADI 3.059 – MC, rel. Min. Carlos Britto, DJ de 20.08.2004.

Esse entendimento reduz sobremaneira a capacidade normativa dos Estados e denota uma vocação centralizadora da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que criou – nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, em diversos julgados sobre a matéria – um “Estado unitário de fato”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em linhas gerais, o modelo brasileiro é devedor das experiências norte-americana e alemã, mas – como igualmente ocorre em tais sistemas – necessita de aprimoramentos, que passam menos pela reforma do texto constitucional e mais por uma viragem interpretativa do Supremo Tribunal Federal, que se tem mostrado nos últimos vinte e cinco anos – igualmente nas palavras de Sepúlveda Pertence – nostálgico da Carta decaída e de seus dispositivos centralizadores.

REFERENCIAS

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ATALIBA, Geraldo. Regime constitucional e leis nacionais e federais. *Revista de Direito Público*, ano XIII, v. 53-54, p. 58-76, jan./jun. 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*, Belo Horizonte: FUMARC/UCMG, 1982.
- BAUDIN-CULLIÈRE, Frédéric. *Principe de subsidiarité et administration locale*, Paris: L.G.D.J., 1995.
- BAUER, Hartmut. Kommentierung von Art. 20 GG (Bundesstaat). In: DREIER, Horst (Org.). *Grundgesetzkommentar*. Frankfurt am Main: Mohr Siebeck, 2006.
- CARO, Robert. *Master of the Senate*. New York: Vintage Books, 2002.
- DIPPEL, Horst. História do constitucionalismo moderno. Novas perspectivas, trad. de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GIERKE, Otto von. *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino: Einaudi, 1974.
- GRIMM, Dieter. *El federalismo alemán: desarrollo histórico y problemas actuales*. Barcelona: Hacer Editorial, 1993.
- HESSE, Konrad. Estado federal unitario. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

- HORBACH, Beatriz Bastide. A competência legislativa concorrente de divergência no Direito alemão. *Revista de Informação Legislativa*, ano 49, n. 193, p. 171-182, jan./mar. 2012.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. O município e o regime representativo no Brasil. 4. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LEONCY, Léo Ferreira. *Controle de constitucionalidade estadual*. As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Oráculo de Delfos*. O Conselho de Estado no Brasil-Império. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Manual da direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. Tomo III
- OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurabi!: a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito – UFPE*, Recife, v. 13, p. 299-330, 2003.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*, Kindle edition. New York: Vintage Books, 2001.
- SCHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte americano atual: uma visão contemporânea*. Trad. Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. 4. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.
- TOOBIN, Jeffrey. *The Nine*. Inside the secret world of the Supreme Court, New York: Anchor Books, 2007.
- TOOBIN, Jeffrey. *The Oath*. The Obama White House and the Supreme Court, New York: Doubleday, 2012.
- VOGEL, J. J. El régimen federal de la Ley Fundamental. In: BENDA et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.