

Carlos Bolonha | Leonam Liziero | Antonio Sepulveda (Orgs.)

# Federalismo

Desafios contemporâneos



A ampla crise que as instituições brasileiras enfrentam atualmente tem agravado uma velha questão nacional, esgarçando as dificuldades em torno de nosso pacto federativo. Assistimos ao acirramento dos conflitos por recursos, poderes e competências nas relações entre União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, alcançando níveis de tensionamento inéditos desde 1988. Tudo isso enche os democratas de preocupação, sabendo da importância de um equilíbrio entre referidos entes para a manutenção das democracias contemporâneas. Tenho batido muito nessa tecla nos últimos anos. Com efeito, o crescimento dos ataques à Constituição tem me levado a pensar que, depois da tradição utopista, a imaginação jurídico-política tem funcionado hoje a partir de seu contrário, das distopias. Entre as várias ideias-fixas atuais, podem ser citadas: a redução do direito a um jogo de poder, a irracionalidade da política, a erosão dos limites interpretativos, as ingerências entre os entes federativos e os diferentes Poderes, as tentativas de mudanças radicais nos desenhos institucionais, as intervenções federais e os separatismos, as ameaças simultâneas de super-empoderamento de órgãos de cúpula e desintegração em pequenos feudos... Por isso tudo, constato que os velhos impasses, os obstáculos empíricos que impediam o país de avançar, agora voltam transformados em pauta normativa, numa espécie de anti-constitucionalismo, que torna o retrocesso obrigatório.

Lenio Luiz Streck

#### Lista de Autores

Alexandre Pinho Fadel	Giovani da Silva Corralo
Ângela Limongi Alvarenga Alves	Gustavo da Gama Vital de Oliveira
Antônio Guimarães Sepulveda	Igor de Lazari
Antonio Moreira Maués	Ives Gandra da Silva Martins
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha	Lenio Luiz Streck
Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira	Leonam Baesso da Silva Liziero
Daniel Vieira Marins	Luigi Bonizzato
Dircêo Torrecillas Ramos	Luis Fernando Sgarbossa
Gilberto Bercovici	Sérgio Ferrari



# **Federalismo**



# Federalismo

**Desafios contemporâneos**

**Organizadores:**

Carlos Bolonha

Leonam Liziero

Antonio Sepulveda



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

**Arte de Capa:** Wanny Fernandes

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) [https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

BOLONHA, Carlos; LIZIERO, Leonam; SEPULVEDA, Antonio (Orgs.)

Federalismo: desafios contemporâneos [recurso eletrônico] / Carlos Bolonha; Leonam Liziero; Antonio Sepulveda (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

269 p.

ISBN - 978-85-5696-554-7

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Federalismo; 3. Política; 4. Estado; 5. Regime; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

<b>Prefácio</b> .....	9
Ives Gandra da Silva Martins	
<b>Apresentação</b> .....	15
Lenio Luiz Streck	
<b>1</b> .....	19
<b>As Competências Federativas e o Direito Econômico</b>	
Gilberto Bercovici	
<b>2</b> .....	35
<b>A repartição de competências legislativas no federalismo brasileiro: uma análise da jurisprudência do STF (2013-2017)</b>	
Antonio Moreira Maués; Alexandre Pinho Fadel	
<b>3</b> .....	53
<b>Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático</b>	
Luís Fernando Sgarbossa	
<b>4</b> .....	73
<b>Anúncios e escolhas teóricas e fáticas para um estudo e crítica da contemporânea Federação brasileira</b>	
Luigi Bonizzato	
<b>5</b> .....	113
<b>Intervenção federal: texto e contexto da sua decretação no Estado do Rio de Janeiro em 2018</b>	
Sérgio Ferrari	
<b>6</b> .....	133
<b>“Só a União salva o Rio”: reflexões políticas e constitucionais sobre a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 2018</b>	
Leonam Baesso da Silva Liziero	

7.....	157
<b>Federalismo brasileiro e direito à educação: perspectivas, impactos e distorções</b>	
Ângela Limongi Alvarenga Alves	
8.....	175
<b>A crise do federalismo fiscal brasileiro e o poder municipal: a descentralização financeira e o consorciamento intermunicipal como alternativas viáveis</b>	
Giovani da Silva Corralo	
9.....	191
<b>Federalismo fiscal e competição financeira entre municípios pela participação na arrecadação do ICMS</b>	
Daniel Vieira Marins; Gustavo da Gama Vital de Oliveira	
10 .....	209
<b>Vida Longa à Guerra Fiscal</b>	
Antônio Guimarães Sepulveda; Igor de Lazari	
11.....	227
<b>A contribuição da advocacia pública local para a superação da baixa dimensão institucional dos Municípios brasileiros</b>	
Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira; Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha	
12.....	253
<b>Perspectivas do Estado federal</b>	
Dircêo Torrecillas Ramos	
<b>Conclusões .....</b>	<b>265</b>
<b>Autores desta obra.....</b>	<b>267</b>



## Prefácio

*Ives Gandra da Silva Martins<sup>1</sup>*

Tema dos mais relevantes, na atualidade, em relação às nações de dimensões continentais, é o Federalismo.

O presente livro, organizado pelos eminentes juristas Leonam Liziero, Carlos Bolonha e Antonio Sepulveda, é voltado para a reflexão sobre esta forma de Estado, com a colaboração de reconhecidos doutrinadores no campo do direito constitucional, todos de renome internacional.

“As competências federativas e o Direito Econômico” de Gilberto Bercovici; “A repertição de competências legislativas no federalismo brasileiro: uma análise da jurisprudência do STF (2013-2017)” de Antonio Moreira Maués e Alexandre Pinho Fadel; “O federalismo fiscal e competição financeira entre Municípios pela participação na arrecadação do ICMS” de Daniel Vieira Marins e Gustavo da Gama Vital de Oliveira; “Intervenção federal: texto e contexto da sua decretação no Estado do Rio de Janeiro em 2018” de Sergio Ferrari; “Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático” de Luiz Fernando Sgarbossa; “Só a União salva o Rio: reflexões políticas e constitucionais sobre a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro em 2018” de Leonam Baesso da Silva Liziero; “Anúncios

---

<sup>1</sup> Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O ESTADO DE SÃO PAULO, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal - 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martín de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e das PUCs-Paraná e RS, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

e escolhas teóricas e fáticas para um estudo e crítica da contemporânea Federação Brasileira” de Luigi Bonizzato; “A crise do federalismo fiscal brasileiro e o poder municipal: a descentralização financeira e o consorciamento intermunicipal como alternativas viáveis” de Giovanni da Silva Corralo; “Perspectivas do Estado Federal” de Dirceo Torrecillas Ramos; “Vida longa à Guerra Fiscal” de Antonio Guimarães Sepulveda e Igor de Lazari; “A contribuição da advocacia pública local para a superação da baixa dimensão institucional dos Municípios brasileiros”, de Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira e Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha; e “Federalismo brasileiro e direito à educação: perspectivas, impactos e distorções” de Angela Limongi Alvarenga Alves apresentam uma variada gama de aspectos relacionados ao federalismo que aqui foram tratados com particular maestria, serena análise, adequado diagnóstico dos problemas e sugestões de “lege ferenda” a merecer reflexão pelas autoridades brasileiras.

Pessoalmente, tenho estudado a questão, nestes 61 anos de vida profissional, com mais dúvidas que certezas a respeito do perfil ideal para o país.

A Federação implica uma tríplice autonomia, a saber: financeira, política e administrativa.

Os Estados Unidos são uma Federação. O país, após a independência, foi crescendo pela união de novos Estados, formando-se a Federação naturalmente. Não obstante os municípios americanos não terem receitas tributárias próprias, por determinação constitucional, podendo ser apenas derivadas de outorgas legislativas, têm parcela ponderável das receitas de Estados e do governo central, razão pela qual possuem autonomia financeira.

O Brasil não nasceu como Federação. Foi um país de Governo Unitário, na Colônia e no Império, no estilo, aliás, próprio de sua origem portuguesa, que, por sua vez, reproduziu, na Europa, o melhor estilo de centralismo romano.

As províncias imperiais e os estados republicanos têm idêntica contextura fática, embora, formalmente, os Estados hoje sejam mais independentes do que as Províncias de antanho.

A Federação brasileira, copiada do modelo americano, só o foi formalmente. No modelo atual, tem, teoricamente, mais independência financeira embora, na prática, essa independência seja menor, na medida em que foram outorgadas aos municípios receitas tributárias peculiares. Como o país é formado de municípios grandes, médios e pequenos, sendo os economicamente pequenos em maior número, à evidência, sua liberdade e receitas próprias, na verdade inexistem, à falta de sustentação financeira para subsistirem. Vivem, tais municípios, mais das transferências das rendas da União e dos Estados, que daquelas decorrentes de seu próprio direito de impor. São, portanto, legalmente, os municípios brasileiros, mais independentes que os municípios americanos mas, na prática, a autonomia financeira destes é muito maior.

Em nossa Federação, por outro lado, a União exerce rígido controle da política tributária dos entes federados, como ocorre com o ICMS, assim como com as dotações orçamentárias, razão pela qual a descentralização financeira é relativa, condicionando, por decorrência, as autonomias políticas e administrativas, nitidamente vinculadas a maior dependência de recursos.

O Brasil, portanto, não se constitui em uma Federação real. Continua sendo um Estado fortemente centralizado, à luz de determinada doutrina, que pretende seja a Federação moderna apenas admissível em função de um planejamento central, capaz de evitar as grandes distorções sociais e econômicas, assim como permitir rápida ação do país em relação a quaisquer medidas externas, de impossível obtenção, se cada unidade federativa tivesse autonomia absoluta. Por isto, do bolo tributário, em torno de 60% ficam para a União e 40% para 26 Estados, D.F. e 5.568 Municípios.

O certo é que, embora mereça análise menos perfunctória a não desconcentração federativa a título de um planejamento estratégico global do país, a Federação brasileira, desde sua origem,

ficou muito mais vinculada ao unitarismo lusitano dominante no Brasil colônia, do que às formas mais liberais americanas. As raízes, portanto, do Estado brasileiro têm sido mais fortes do que as soluções constitucionais, o que está exigindo profunda reflexão sobre os peculiares aspectos do constitucionalismo brasileiro e seus desafios atuais, a partir do exame da Federação que, a rigor, nunca existiu no Brasil, não obstante todas as Constituições, após 1891, terem afirmado categoricamente existir e ser princípio de lei maior, em tal envergadura, que nenhuma emenda poderá subtraí-la.

Por isto, faz-se necessária uma breve análise das Constituições brasileiras.

O Brasil viveu sob a regência de seis Constituições: a imperial de 1824, outorgada por Dom Pedro I, a de 1891 elaborado por uma pequena Comissão onde restou realçada a figura de Rui Barbosa, a de 1934 obtida graças à Revolução Constitucionalista de 1932, a de 1937, denominada de “polaca”, imposta por Getúlio Vargas, a de 1946, democrática, nascida após a derrubada da ditadura Vargas, a de 1967, surgida sob o regime militar com sua abrangente Emenda nº 1/69 e, por fim, a atual, que já tem 105 emendas, sendo 99 no processo ordinário e 6 no revisional.

Sobre esta última, passo a tecer breves considerações.

A redemocratização do Brasil deu-se mais por força da palavra dos advogados, que das armas dos guerrilheiros, alguns terroristas, que, a meu ver, atrasaram a volta à normalidade democrática.

A Constituinte e a Constituição de 88 foram marcos fundamentais na estabilização política do país. A lei suprema, hoje com 30 anos de promulgação, tem sido o mais relevante instrumento de permanência das instituições, que, apesar das crises havidas neste período - dois “impeachments” presidenciais, escândalos no Congresso, mensalão, petrolão, alternância do poder, ativismo judicial etc.) - não foram abaladas.

Os trabalhos constituintes, precedidos da formação de 8 Comissões e 24 Subcomissões e de audiências públicas, durante aproximadamente 3 meses, com especialistas, representantes de

entidades e cidadãos, duraram quase dois anos, tendo sido elaborada a mais democrática Carta Magna da história brasileira. Apesar de suas adiposidades, extensão, inclusão de inúmeras disposições sem hierarquia constitucional - que só a conquistaram por sua inserção no texto -, a espinha dorsal, em que, pela primeira vez, consagrou-se um verdadeiro equilíbrio entre os Poderes, harmônicos e independentes entre si, assim como a explicitação de direitos e garantias fundamentais, jamais assegurados em tal extensão, fizeram da Constituição de 88 um marco divisório, na conturbada democracia republicana, desde 1891, quando do nascimento da nossa primeira Carta Máxima republicana.

Com a segura liderança de seu presidente Ulisses Guimarães, a habilidade de seu relator Bernardo Cabral e a participação decisiva de parlamentares, tais como José Maria Eymael, Francisco Dornelles, Roberto Campos, Delfim Netto, Mussa Demis e outros, o texto hospeda muito mais dispositivos essenciais à convivência democrática, do que albergadores de interesses casuísticos e setoriais, que não se poderia, evidentemente, evitar, nas composições necessárias para sua promulgação.

Talvez, o grande defeito foi ter criado uma Federação maior do que o PIB, ou seja, um alargamento das entidades federativas (os Municípios foram de 3.900 para 5.568), com um custo político que eleva a carga tributária e não consegue garantir prestação de serviços públicos decentes.

Na Subcomissão de Tributos, em que participei, a convite, de uma audiência pública, com exposição isolada e longos debates com os constituintes, realçou-se a figura de José Maria Eymael, a quem se devem algumas das garantias aos contribuintes, como, por exemplo, a exclusão de empréstimos compulsórios políticos (absorção temporária de poder aquisitivo). A ele se deve, inclusive, o inciso I, do artigo 3º, definindo como um dos objetivos da República “construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A Constituição de 88, manifestamente o diploma maior do direito brasileiro, que conformou, de forma clara e inequívoca, a

moderna democracia brasileira, encontra-se em permanente mutação, em seus aspectos periféricos, através emendas que visam corrigir --nem sempre o conseguem--aquelas deficiências inerentes ao livre debate e conciliação de interesses, quando de sua promulgação.

Seus méritos, portanto, superam em muito suas insuficiências.

John Rawls, no livro “Democracia e Liberdade”, declara que as “teorias não abrangentes”, em matéria política, são democráticas e permitem o convívio das diversas ideologias. As “teorias abrangentes” que não admitem contestação, são sempre totalitárias. De rigor, as teorias marxistas ou bolivarianas, por pretenderem ser abrangentes, são sempre ditatoriais.

Como se percebe, a questão do federalismo no Brasil de hoje, não é matéria a ser apenas estudada à luz da reflexão acadêmica, mas de suas implicações na cultura, tradição e maneira de ser do povo brasileiro, lembrando-se de sua própria origem portuguesa, ou seja, de uma nação que apenas sobreviveu, desde sua fundação até as grandes descobertas, por ser um Estado Unitário e não fragmentado, defendendo-se por séculos de espanhóis e mouros (desde sua independência - 1.128 Batalha de São Mamede e 1.140 proclamação).

Todas estas considerações, eu as faço para que se perceba, ao ler os diversos trabalhos no livro incluídos, quanto o tema me é caro e quanto os admirei.

O presente livro, portanto, representa uma excelente análise sobre diversos aspectos do federalismo brasileiro, razão pela qual prevejo uma brilhante carreira editorial pela frente, em face não só da qualidade dos autores, mas pela excelência de seus trabalhos.

## Apresentação

*Lenio Luiz Streck*

A ampla crise que as instituições brasileiras enfrentam atualmente tem agravado uma velha questão nacional, esgarçando as dificuldades em torno de nosso pacto federativo. Assistimos ao acirramento dos conflitos por recursos, poderes e competências nas relações entre União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, alcançando níveis de tensionamento inéditos desde 1988.

Tudo isso enche os democratas de preocupação, sabendo da importância de um equilíbrio entre referidos entes para a manutenção das democracias contemporâneas<sup>1</sup>. Tenho batido muito nessa tecla nos últimos anos.

Com efeito, o crescimento dos ataques à Constituição tem me levado a pensar que, depois da tradição utopista, a imaginação jurídico-política tem funcionado hoje a partir de seu contrário, das distopias. Entre as várias ideias-fixas atuais, podem ser citadas: a redução do direito a um jogo de poder, a irracionalidade da política, a erosão dos limites interpretativos, as ingerências entre os entes federativos e os diferentes Poderes, as tentativas de mudanças radicais nos desenhos institucionais, as intervenções federais e os separatismos, as ameaças simultâneas de super-empoderamento de órgãos de cúpula e desintegração em pequenos feudos... Por isso tudo, constato que os velhos impasses, os obstáculos empíricos que impediam o país de avançar, agora voltam transformados em pauta normativa, numa espécie de anti-constitucionalismo, que torna o retrocesso obrigatório.

---

<sup>1</sup>STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 358-362.

Assim, passa-se das dificuldades com o pacto federativo à tentativa simplista de um *haraquiri* constitucional. E, como se a situação já não fosse suficientemente dramática, é ano de eleições, as mais imprevisíveis desde a redemocratização do país. Como há muito tempo não ocorria, se reabrem as costuras das alianças nas esferas nacionais e locais, ao tempo em que reformas profundas da ordem constituída entram na pauta diária dos noticiários.

Diante de tudo isto, como criar uma agenda positiva para o debate? Como evitar sermos atropelados por descrições superficiais e fatalistas, que falham em encontrar as condições para mudar o que deve ser mudado – pelas vias democráticas adequadas – e conservar o que deve ser conservado? Qual o embasamento empírico das premissas e os critérios para uma troca de argumentos racionais sobre esse tema tão complexo, de consequências tão graves para o funcionamento do Estado Democrático de Direito no Brasil?

Para isso, é tarefa urgente para comunidade jurídica nacional articular suas reflexões sobre o federalismo brasileiro, a parte mais estrutural do Direito, discutindo suas velhas questões dentro dos novos contextos que surgem agora. Esse é o primeiro grande passo: criar um espaço de debates qualificado mas acessível, em que se busquem soluções legítimas e democráticas para a superação da(s) crise(s), e que respeitem nosso marco constitucional.

Nesse sentido, tenho a grande satisfação de apresentar a presente obra, brilhantemente coordenada pelos Professores Carlos Bolonha, Leonam Liziero e Antonio Sepulveda, que conta com a colaboração de renomados pesquisadores de várias partes do país. Eis a oportunidade perfeita e o verdadeiro *dream team* para atacar o problema!

Os trabalhos aqui reunidos contribuem imensamente para (re)pensar nosso arranjo estatal em seus aspectos mais desafiadores, como “guerra fiscal”, efetivação de direitos e políticas públicas, intervenção federal, competências legislativas etc. Com muito tato, os autores efetivamente “tocam na ferida”.



Nos capítulos do livro, teoria e prática se encontram da melhor maneira possível. Considerando os fatos recentes relacionados a vários destes textos, está-se “teorizando em tempo real”. O leitor encontrará aqui análises críticas sobre as dinâmicas entre os entes federativos, como também entre diferentes áreas de estudo (Direito, Política e Economia...).

Trata-se de reunião de pesquisa relevante e atualíssima, compondo um estado da arte sobre este tema. Em tempos de irracionalismo e anti-intelectualismo, mostra o papel salutar que a academia pode (e deve) desempenhar no debate público, informando-o, argumentando coerentemente e traduzindo tecnicidades, tudo isso mantendo sempre o mais elevado rigor científico.

Afinal, lendo esta bela obra, renovo minhas esperanças de que possamos construir, no plano teórico e prático, uma integração que respeite as autonomias regionais.



## **As Competências Federativas e o Direito Econômico**

*Gilberto Bercovici*

A tradição dos Estados federais, desde a originária Federação norte-americana, é a utilização do critério jurídico-formal no estabelecimento da estrutura federal, delimitando-se as esferas de atuação dos Estados-Membros e da União. Essa delimitação, chamada de repartição de competências, é o ponto central do federalismo, pressuposto da autonomia dos entes federados. As unidades federadas recebem diretamente da Constituição Federal as suas competências, isto é, o reconhecimento de seus poderes conjugado com a atribuição de encargos. Não se trata de mera descentralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com a exclusividade em relação a determinados assuntos. A União trata dos interesses gerais, os Estados e outros entes federados (quando existem) dos seus próprios interesses regionais ou locais.

Desta forma, na formação dos Estados Unidos, em 1787, foram definidas com cuidado as atribuições da União e deixou-se o resto (a competência residual) para os Estados. Os principais objetivos a serem defendidos pela União seriam a defesa comum dos membros, a preservação da paz pública (contra convulsões internas ou ataques externos), a regulação do comércio com outras nações e a manutenção de relações políticas e comerciais com os países estrangeiros. Aos Estados caberia tudo aquilo de que não fossem explicitamente destituídos pela Constituição. As dúvidas seriam dirimidas pela Suprema Corte.

A decorrência direta da repartição de competências é a distribuição das fontes de recursos financeiros para equilibrar os encargos e as rendas das unidades federadas. A forma norte-americana de repartição de competências, depois imitada pela maioria dos Estados federais surgidos posteriormente, foi assim resumida por James Madison, coautor dos *Artigos Federalistas*, no artigo 45: *“The powers delegated by the proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite. The former will be exercised principally on external objects, as war, peace, negotiation, and foreign commerce; with which last the power of taxation will, for the most part, be connected. The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the State. The operations of the federal government will be most extensive and important in times of war and danger; those of the State governments, in time of peace and security. As the former periods will probably bear a small proportion to the latter, the State governments will here enjoy another advantage over the federal government. The more adequate, indeed, the federal powers may be rendered to the national defence, the less frequent will be those scenes of danger which might favour their ascendancy over the governments of the particular States”*<sup>1</sup>.

Esta separação absoluta de competências do federalismo clássico (denominado federalismo dualista) é justificada no contexto de um Estado liberal, em que a atuação estatal era relativamente reduzida. A separação total é, assim, possível por causa da pouca extensão e relativa simplicidade da intervenção do Estado. Para boa parte da doutrina norte-americana, o federalismo dualista era um complemento necessário ao Estado liberal e ao *laissez-faire*

---

<sup>1</sup> Alexander HAMILTON, James MADISON & John JAY, *The Federalist Papers*, London/New York, Penguin Books, 1987, Artigo nº 45.

econômico, evitando uma maior regulação e intervenção estatal (especialmente da parte da União) na economia<sup>2</sup>.

No entanto, em um Estado intervencionista, as esferas subnacionais não têm mais como analisar e decidir, originariamente, sobre inúmeros setores da atuação estatal, que necessitam de um tratamento uniforme em escala nacional. Isto ocorre principalmente com os setores econômico e social, que exigem uma unidade de planejamento e direção<sup>3</sup>. Antes, portanto, de o Estado social (aqui entendido como sinônimo de Estado intervencionista<sup>4</sup>) estar em contradição com o Estado federal, o Estado social influi de maneira decisiva no desenvolvimento do federalismo atual, sendo o federalismo cooperativo considerado como o federalismo adequado ao Estado social<sup>5</sup>.

Não é plausível, obviamente, um Estado federal em que não haja um mínimo de colaboração entre os diversos níveis de governo. Faz parte da própria concepção de federalismo esta colaboração mútua. Portanto, no federalismo cooperativo, não se traz nenhuma inovação com a expressão “cooperação”. Na realidade, a diferença é o que se entende por cooperação, que, no federalismo cooperativo, é bem diferente do modelo clássico de colaboração mínima e indispensável<sup>6</sup>. Com o federalismo cooperativo, a ênfase da célebre

---

<sup>2</sup> Edward S. CORWIN, *American Constitutional History*, New York, Harper Torchbooks, 1964, pp. 163-164; Bernard SCHWARTZ, *Direito Constitucional Americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1966, pp. 63-65, 68-70 e 206-207; Bernard SCHWARTZ, *El Federalismo Norteamericano Actual*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 39-44 e Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 353-355.

<sup>3</sup> Konrad HESSE, *Der Unitarische Bundesstaat*, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1962, pp. 13-14 e Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana cit.*, pp. 356-357.

<sup>4</sup> Sobre esta discussão, vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 50-55.

<sup>5</sup> Konrad HESSE, *Der Unitarische Bundesstaat cit.*, pp. 32-34; Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20<sup>a</sup> ed, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, pp. 119-120; Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana cit.*, pp. 25, 54-55 e 365-366 e Gilberto BERCOVICI, "O Federalismo Cooperativo nos Estados Unidos e no Brasil", *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre* n<sup>o</sup> 16, dezembro de 2002, pp. 13-25.

<sup>6</sup> Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana cit.*, pp. 345-346 e 365-366. Vide também Jean ANASTOPOULOS, *Les Aspects Financiers du Fédéralisme*, Paris, L.G.D.J.,

definição do princípio federal formulada por Kenneth Wheare, como muito bem salientou Enoch Rovira, dá-se na expressão “*coordinate*”<sup>7</sup>: “*By the federal principle I mean the method of dividing powers so that the general and regional governments are each, within a sphere, coordinate and independent*”<sup>8</sup>.

Além disso, não pode ser menosprezado o fato de que o federalismo é um instrumento de integração, sendo, inclusive, essencial para a configuração do espaço econômico: afinal, a unificação do espaço econômico é uma garantia da unidade nacional. Não basta ao sistema federal estabelecer algumas regras simples e duradouras sobre repartição de competências e rendas. Constantemente, são necessárias mudanças para manter ou recuperar o equilíbrio entre todos os integrantes da Federação<sup>9</sup>.

Com a redemocratização da década de 1980, abriram-se novas perspectivas para o federalismo brasileiro. Apesar de sua origem e fundamento oligárquicos<sup>10</sup>, com a Constituição de 1988, existe a possibilidade de renovação das estruturas federais no Brasil, com sua ênfase na cooperação federativa e na superação das desigualdades regionais. Uma das peculiaridades da Constituição de 1988 foi justamente a inclusão dos Municípios como componentes da Federação. Até 1988, todas as nossas constituições outorgavam governo próprio e competência exclusiva aos Municípios no tocante

---

1979, pp. 409-410 e Klaus Friedrich ARNDT; Wolfgang HEYDER & Gebhard ZILLER, “Interdependência Política no Federalismo Cooperativo” in *O Federalismo na Alemanha*, Série Traduções nº 7, Rio de Janeiro, Konrad Adenauer Stiftung, 1995, p. 107.

<sup>7</sup> Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana cit.*, pp. 2 e 25.

<sup>8</sup> Kenneth C. WHEARE, *Federal Government*, London/New York, Oxford University Press/Royal Institute of International Affairs, 1947, p. 11, grifos meus.

<sup>9</sup> Washington Peluso Albino de SOUZA, “O Federalismo sob o Prisma Econômico” in Raul Machado HORTA (org.), *Perspectivas do Federalismo Brasileiro*, Belo Horizonte, Ed. Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1958, pp. 167-171.

<sup>10</sup> Para a história do federalismo no Brasil, vide Gilberto BERCOVICI, “The Autonomy of States in Brazil: Between Federalism and Unitary Government” in Marcelo NEVES & Julian Thomas HOTTINGER (orgs.), *Federalism, Rule of Law and Multiculturalism in Brazil*, Basel/Gênève/München, Helbing & Liechtenhan, 2001, pp. 25-56 e Gilberto BERCOVICI, *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004, pp. 23-54.

à sua autonomia, remetendo aos Estados o poder de criar e organizar os Municípios, desde que respeitassem a autonomia assegurada constitucionalmente (por mais que, como vimos, na prática não ocorresse bem assim). Agora as normas instituidoras de autonomia dirigem-se diretamente aos Municípios, pois a Constituição de 1988 deu-lhes também o poder de auto-organização. A consagração desse poder está no artigo 29, que determina a todos os Municípios que elaborem sua própria Lei Orgânica, uma verdadeira Constituição Municipal<sup>11</sup>.

Dentre as complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados, no federalismo cooperativo, devemos destacar a política de coordenação. A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação. A vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências: os entes federados sempre podem atuar de maneira isolada ou autônoma. A coordenação é um procedimento que busca um resultado comum e do interesse de todos. A decisão comum, tomada em escala federal, é adaptada e executada autonomamente por cada ente federado, adaptando-a às suas peculiaridades e necessidades<sup>12</sup>.

A materialização da coordenação na repartição de poderes são as competências concorrentes<sup>13</sup>. A União e os entes federados concorrem em uma mesma função, mas com âmbito e intensidade distintos. Ou seja, com a adoção de competências concorrentes, cada ente decide, dentro de sua esfera de poderes, de maneira separada e

---

<sup>11</sup> Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 311-322. Em sentido contrário, em posição minoritária na doutrina brasileira, entendendo que o Município não é membro da Federação, vide José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª ed, São Paulo, Malheiros, 2000, pp. 474-475 e 620-621.

<sup>12</sup> Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana cit.*, pp. 361-365, 367-369 e 463-477.

<sup>13</sup> Vide Kenneth C. WHEARE, *Federal Government cit.* pp. 79-84. De acordo com vários autores, a técnica das competências concorrentes seria típica do federalismo cooperativo. Cf. Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, p. 53.

independente, com a ressalva da prevalência do direito federal, que estabelece as chamadas "normas gerais"<sup>14</sup>. Este é o tipo de repartição previsto pelo artigo 24 da Constituição de 1988<sup>15</sup>.

No caso brasileiro, há uma divergência doutrinária sobre a questão de os Municípios participarem, ou não, da repartição das competências concorrentes, por não estarem previstos expressamente no artigo 24 da Constituição de 1988 como titulares dos poderes elencados, ao lado da União e Estados. Na opinião de Fernanda Menezes de Almeida, apesar de não constarem expressamente no artigo 24, os Municípios não foram excluídos da repartição de competências concorrentes<sup>16</sup>. Para ela, a titularidade dos Municípios está garantida pelo artigo 30, II da Constituição<sup>17</sup>,

---

<sup>14</sup> Para Raul Machado Horta, a Constituição de 1988 abandonou a tradição constitucional anterior, onde a competência concorrente dizia respeito apenas à suplementação, pelos Estados, da legislação de competência privativa da União. O artigo 24 da Constituição, em sua opinião, deu autonomia material e formal à competência concorrente, ao definir matérias próprias que são objeto das normas gerais federais e das normas suplementares estaduais. Cf. Raul Machado HORTA, "Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988" in *Direito Constitucional*, 2ª ed, Belo Horizonte, Del Rey, 1999, pp. 356-357 e 366-368.

<sup>15</sup> Artigo 24 da Constituição de 1988: "*Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; II - orçamento; III - juntas comerciais; IV - custas dos serviços forenses; V - produção e consumo; VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; XI - procedimentos em matéria processual; XII - previdência social, proteção e defesa da saúde; XIII - assistência jurídica e Defensoria pública; XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV - proteção à infância e à juventude; XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis. §1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. §2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. §3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. §4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário".*

<sup>16</sup> Vide Fernanda Dias Menezes de ALMEIDA, *Competências na Constituição de 1988* cit. pp. 80, 125, 139 e 167-171. Em sentido contrário, vide especialmente Tercio Sampaio FERRAZ Jr, "Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do Art. 24 da Constituição Federal", *Revista Trimestral de Direito Público* nº 7, 1994, pp. 19-20.

<sup>17</sup> Artigo 30, II da Constituição de 1988: "*Compete aos Municípios: II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber".*



que dá competência aos Municípios para legislarem de maneira suplementar no que lhes couber. Esta é a posição que considero mais adequada, dentro do sistema constitucional de 1988.

Em relação ao caso brasileiro, é necessário, ainda, definir o que deve ser entendido por “normas gerais”, previstas nos §§1º, 2º, 3º e 4º do artigo 24 da Constituição de 1988. Em estudo clássico sobre o assunto, Geraldo Ataliba já afirmava que as leis nacionais têm em comum com as leis federais apenas o mesmo legislador, o Congresso Nacional. A lei federal diz respeito às competências da União, dirige-se à Administração Pública ou aos órgãos governamentais federais. A lei nacional abrange todos os brasileiros, sem distinção, transcendendo às esferas de divisão federativa de competências<sup>18</sup>. De acordo com Tercio Sampaio Ferraz Jr, a expressão “normas gerais” exige que seu conteúdo seja analisado de maneira teleológica. As “normas gerais” devem se reportar ao interesse fundamental da ordem federativa. Como a Federação brasileira têm por fundamento a solidariedade, que exige a colaboração de todos os seus integrantes, existe a necessidade de uniformização de certos interesses como base desta cooperação. Desta maneira, toda matéria que ultrapassar o interesse particular de um ente federado porque é comum, ou seja, interessa a todos, ou envolver conceituações que, se fossem particularizadas num âmbito subnacional, gerariam conflitos ou dificuldades nacionalmente, é matéria de “norma geral”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Geraldo ATALIBA, “Normas Gerais de Direito Financeiro e Tributário e Autonomia dos Estados e Municípios: Limites à Norma Geral – Código Tributário Nacional”, *Revista de Direito Público* n° 10, outubro/dezembro de 1969, pp. 49-51. Ainda sobre a questão da norma geral como norma nacional, vide as considerações de Eros Roberto GRAU, *Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a Interpretação da Lei)*, São Paulo, Malheiros, 1995, pp. 9-13 e de André Luiz BORGES Netto, *Competências Legislativas dos Estados-Membros*, São Paulo, RT, 1999, pp. 136-143.

<sup>19</sup> Cf. Tercio Sampaio FERRAZ Jr, “Normas Gerais e Competência Concorrente – Uma Exegese do Art. 24 da Constituição Federal” *cit.*, pp. 18-19. Para uma análise clássica (e ainda pertinente) sobre o assunto no Brasil, vide os textos de Victor Nunes LEAL, “Leis Federais e Estaduais” e “Leis Municipais” in *Problemas de Direito Público*, Rio de Janeiro, Forense, 1960, pp. 109-178. Para uma crítica à doutrina publicista brasileira neste assunto, vide Andreas Joachim KRELL, “A Constitucionalidade da Regulamentação da Lei de Consórcios Públicos (n° 11.107/05) por Decreto Presidencial”, *Revista de Direito do Estado* n° 5, janeiro/março de 2007, pp. 353-355 e 362-367. Vide, ainda, Enoch Alberti

De acordo com Enoch Rovira, a disposição que determina a prevalência do direito federal sobre o direito estadual (e, no nosso caso, também o direito municipal) é uma “norma de colisão” (*Kollisionsnorm*), não de competência. Esta determinação da prevalência do direito federal (na Constituição de 1988 está expressa no artigo 24, §4º) não diz respeito à repartição de competências entre a União e os demais entes federados, mas como devem ser resolvidos eventuais conflitos oriundos da repartição, determinando, nestes casos, qual é o direito válido.<sup>20</sup>

O direito econômico comporta inúmeras definições, das mais destacadamente liberais às mais declaradamente intervencionistas. Um dos primeiros teóricos da disciplina, Justus Wilhelm Hedemann utiliza a expressão "direito econômico" ("*Wirtschaftsrecht*") para descrever uma nova concepção do papel do Estado e do direito em relação à economia, considerando a dimensão econômica como o elemento de especificidade do direito contemporâneo<sup>21</sup>. Em geral, as concepções de direito econômico reportam-se à ordenação do processo econômico ou à organização da política econômica estatal.

Não por acaso, Geraldo de Camargo Vidigal denomina o direito econômico como "direito da organização dos mercados". Apesar da limitação desta perspectiva, por ater-se apenas às relações entre os agentes econômicos privados, ela demonstra a preocupação da doutrina do direito econômico em compreender o mercado também como uma instituição jurídica, portanto, artificialmente criada e historicamente situada, não apenas econômica. As pretensões de calculabilidade e previsibilidade de comportamentos do mercado só ganham dimensão completa quando se compreende o mercado não como uma "ordem espontânea", natural, embora o

---

ROVIRA, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana cit.*, pp. 84-85, 89-95, 366-367 e 462-463.

<sup>20</sup> Vide Enoch Alberti ROVIRA, *Federalismo y Cooperación en la República Federal Alemana cit.*, pp. 119-128 e Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland cit.*, p. 116.

<sup>21</sup> Justus Wilhelm HEDEMANN, *Deutsches Wirtschaftsrecht: Ein Grundriss*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1939, pp. 14-16.

discurso liberal sustente essa visão, mas como uma estrutura social, fruto da história e de decisões políticas e jurídicas que servem a determinados interesses, em detrimento de outros<sup>22</sup>.

Fábio Konder Comparato, por sua vez, entende o direito econômico como o direito que instrumentaliza a política econômica: "*O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica*"<sup>23</sup>. Também enfatizando a instrumentalização da política econômica, Washington Peluso Albino de Souza afirma que "*Direito econômico é o ramo do direito que tem por objeto a regulamentação da política econômica e por sujeito o agente que dela participe. Como tal, é um conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do 'princípio da economicidade'*"<sup>24</sup>. A delimitação da política econômica como objeto do direito econômico é considerada restritiva para alguns autores, como Dimitri Dimoulis. Para ele, seria mais adequado determinar como objeto do direito econômico o estudo das normas jurídicas que regulamentam a ordem econômica, conformando a atuação econômica do Estado e dos agentes econômicos privados. Esta concepção seria próxima à de Hans Goldschmidt, que definiu o direito econômico como o "*direito da economia organizada*"<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> Geraldo de Camargo VIDIGAL, *Teoria Geral do Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1977, pp. 45-60; Eros Roberto GRAU, *Elementos de Direito Econômico*, São Paulo, RT, 1981, pp. 19-22, 32-33 e 38-39 e Antônio José Avelãs NUNES, *Noção e Objecto da Economia Política*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, pp. 68-70. Sobre a ordem jurídica do capitalismo, vide, especialmente, Vital MOREIRA, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 3ª ed, Coimbra, Centelha, 1978, pp. 67-131.

<sup>23</sup> Fábio Konder COMPARATO, "O Indispensável Direito Econômico", *Revista dos Tribunais* n° 353, março de 1965, p. 22.

<sup>24</sup> Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico*, 3ª ed, São Paulo, LTr, 1994, p. 23. Vide, também, destacando a perspectiva em torno dos agregados econômicos Washington Peluso Albino de SOUZA, *Direito Econômico*, São Paulo, Saraiva, 1980, pp. 13-28.

<sup>25</sup> Hans GOLDSCHMIDT, *Reichswirtschaftsrecht*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1923, pp. 6-12 e Dimitri DIMOULIS, "Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o

Qualquer que seja a perspectiva adotada, um elemento parece comum a todas as definições de direito econômico: a organização jurídica do espaço político-econômico da acumulação<sup>26</sup>.

A Constituição de 1988 se distingue em relação às constituições anteriores ao determinar que a competência para atuar diretamente no domínio econômico não é exclusiva da União, mas foi ampliada para os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Na Constituição de 1946, por exemplo, a intervenção estatal direta prevista no seu artigo 146<sup>27</sup> era restrita à União, pois exigia expressamente lei federal. Os Estados e Municípios só poderiam atuar de modo indireto na esfera econômica<sup>28</sup>.

O mesmo não ocorre sob a Constituição de 1988, que estabeleceu no seu artigo 24, I que o direito econômico é matéria de competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (e Municípios, incorporados pelo disposto no artigo 30, II)<sup>29</sup>. Há, ainda, uma série de outros temas de direito econômico presentes na repartição de competências estabelecida pela Constituição de 1988.

---

Papel Econômico do Direito" in Ana Lucia SABADELL, Dimitri DIMOULIS & Laurindo Dias MINHOTO, *Direito Social, Regulação Econômica e Crise do Estado*, Rio de Janeiro, Revan, 2006, pp. 120-121.

<sup>26</sup> Vide, por exemplo, Fritz RITTNER & Meinrad DREHER, *Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht: Eine systematische Darstellung*, 3ª ed, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2008, pp. 14-25 e 29-31.

<sup>27</sup> Artigo 146 da Constituição de 1946: "A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição".

<sup>28</sup> Miguel Seabra FAGUNDES, "Da Intervenção do Estado na Ordem Econômica, Em Face da Constituição Federal", *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores* nº 86, junho de 1963, p. 9 e Giovanni CLARK, *O Município em face do Direito Econômico*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 83-84.

<sup>29</sup> Vários autores, inclusive, entendem que a autonomia do direito econômico estaria assegurada por sua previsão expressa no referido artigo 24, I da Constituição de 1988. Vide Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico cit.*, pp. 23-24 e 46-47; Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, pp. 205-263; Ricardo Antônio Lucas CAMARGO, *Breve Introdução ao Direito Econômico*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1993, pp. 7-8 e Giovanni CLARK, *O Município em face do Direito Econômico cit.*, pp. 94-102. Vide, ainda, Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 14ª ed, São Paulo, Malheiros, 2010, pp. 150-153. A crítica desta posição é feita por Dimitri Dimoulis, para quem a existência ou não do direito econômico independe do legislador, mas é uma questão de teoria geral do direito. Cf. Dimitri DIMOULIS, "Fundamentação Constitucional dos Processos Econômicos: Reflexões sobre o Papel Econômico do Direito" *cit.*, pp. 119-120.

O artigo 24 estabelece como competência concorrente a legislação sobre produção e consumo (artigo 24, V), sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (artigo 24, VI) e sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (artigo 24, VIII)<sup>30</sup>.

Não bastasse isto, o artigo 23 da Constituição, que trata das competências comuns, ou seja, das competências cuja responsabilidade é comum a todos os entes da Federação<sup>31</sup>, estabelece, em seu inciso X, que é competência comum combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos. O artigo 23 prevê, ainda, como competência comum, a proteção ao meio ambiente (artigo 23, VI e VII), o fomento à produção agropecuária e a organização do abastecimento alimentar (artigo 23, VIII) e o registro, acompanhamento e fiscalização dos direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais nos seus territórios (artigo 23, XI). Em suma, a competência para elaborar e implementar uma ampla e variada política econômica é atribuída expressamente, pelo texto constitucional, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Além da previsão do direito urbanístico como matéria de competência concorrente (artigo 24, I), a Constituição de 1988 define expressamente a necessidade de atuação conjunta da União com os demais entes federados, particularmente os Municípios, na política de desenvolvimento urbano (artigos 182 e 183). Cabe ao Município executar a política urbanística, mas de acordo com diretrizes gerais fixadas em lei (no caso, o Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), bem como compete aos Estados-membros a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, visando o planejamento urbano integrado e a execução de políticas de interesse comum (artigo 25, §3º). Sobre as relações entre o direito urbanístico e o direito econômico, vide especialmente Luís Fernando MASSONETTO, “Pontos Cegos da Regulação Urbanística: Notas sobre uma Articulação Programática entre o Direito Econômico e o Direito Urbanístico”, *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico* nº 6, setembro/fevereiro de 2015, pp. 141-154.

<sup>31</sup> Sobre as competências concorrentes e as competências comuns na Constituição de 1988, vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 149-156 e Gilberto BERCOVICI, *Dilemas do Estado Federal Brasileiro cit.*, pp. 55-63.

<sup>32</sup> Washington Peluso Albino de SOUZA, *Primeiras Linhas de Direito Econômico cit.*, pp. 116-117 e Washington Peluso Albino de SOUZA, *Teoria da Constituição Econômica cit.*, pp. 205-217 e 252-263.

A previsão constitucional do direito econômico como tema de competência concorrente abre caminho à atuação econômica por parte dos Estados-membros e Municípios, estruturada nos ditames constitucionais dos artigos 173, 174 e 175, cuja aplicação não se restringe à União. Afinal, a atuação estatal direta por relevante interesse coletivo (artigo 173), assim como as competências de planejar, incentivar, regular e fiscalizar as atividades econômicas (artigo 174) e a prestação de serviços públicos (artigo 175) são passíveis de serem realizadas ou prestadas por qualquer ente da Federação, não se limitam à esfera federal de atuação<sup>33</sup>.

A atuação dos entes federados no domínio econômico, no entanto, não é livre de restrições. A atuação direta prevista no artigo 173 pode se dar por relevante interesse coletivo ou segurança nacional. Especificamente no caso da segurança nacional, a atuação direta no domínio econômico só poderá ser efetuada, obviamente, pela União, mediante lei federal (artigos 22, XXVIII e 173, *caput*)<sup>34</sup>.

Há, ainda, outras restrições constitucionais à atuação dos entes federados no domínio econômico e à sua competência concorrente de legislar sobre direito econômico. A Constituição de 1988 veda expressamente em diversos dispositivos a atuação dos entes federados no domínio econômico em matérias que foram reservadas como de competência exclusiva da União, a saber: autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (artigo 21, VI); emitir moeda (artigos 21, VII e 164); administrar as reservas cambiais do país e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e previdência privada (artigo 21, VIII); elaborar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (artigos 21, IX e 48, IV); serviço postal (artigo 21, X); serviços de telecomunicações (artigos 21, XI);

---

<sup>33</sup> Giovanni CLARK, *O Município em face do Direito Econômico cit.*, pp. 94-96, 100-102, 143-148 e 175-183.

<sup>34</sup> Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 286-287 e Giovanni CLARK, *O Município em face do Direito Econômico cit.*, p. 143.

serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, serviços e instalações de energia elétrica, aproveitamento energético dos cursos de água, navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham os limites estaduais, serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional, portos marítimos, fluviais e lacustres (artigo 21, XII); planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações (artigo 21, XVIII); sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e os critérios de outorga de direitos de seu uso (artigo 21, XIX); diretrizes para o desenvolvimento urbano (artigo 21, XX); princípios e diretrizes do sistema nacional de viação (artigo 21, XXI); serviços e instalações nucleares de qualquer natureza (artigo 21, XXIII) e estabelecer as áreas e condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa (artigo 21, XXV).

Além disso, o texto constitucional de 1988 determina que os entes federados não podem legislar sobre as matérias de competência privativa da União<sup>35</sup>, mesmo que materialmente integrantes do direito econômico, como direito agrário (artigo 22, I); desapropriação (artigo 22, II); águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão (artigos 22, IV e 48, XII); serviço postal (artigo 22, V), sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais (artigos 22, VI, 48, XIII e 48, XIV); política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores (artigos 22, VII, 48, II, 48, XIII e 163); comércio exterior e interestadual (artigo 22, VIII); diretrizes da política nacional de transportes (artigos 22, IX e 178); regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial (artigo 22, X); trânsito e transporte (artigo 22, XI); jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia (artigo 22,

---

<sup>35</sup> Existe a possibilidade de os Estados poderem legislar sobre questões específicas de matérias relacionadas no artigo 22 da Constituição como de competência privativa da União caso uma lei complementar expressamente os autorize (artigo 22, parágrafo único). Os Municípios estão excluídos dessa possibilidade.

XII); organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões (artigo 22, XVI); sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular (artigo 22, XIX); sistemas de consórcios e sorteios (artigo 22, XX) e atividades nucleares de qualquer natureza (artigo 22, XXVI)<sup>36</sup>.

A atuação direta no domínio econômico ou a competência legislativa concorrente dos entes federados no âmbito do direito econômico possui várias limitações advindas do próprio texto constitucional. Por sua vez, a atuação dos entes subnacionais de modo a induzir, especialmente sob a utilização do poder impositivo tributário, determinados comportamentos econômicos, estimulando-os ou onerando-os, sempre foi admitida no federalismo brasileiro<sup>37</sup>.

A atuação no domínio econômico por indução, incitação, estímulos ou incentivos<sup>38</sup> tem por fundamento a chamada função promocional do direito, teorizada, entre outros, por Norberto Bobbio. Para Bobbio, com a função promocional, o Estado se posiciona como ente que se propõe a dirigir a economia e as atividades econômicas como um todo em direção a determinados objetivos. Deste modo, torna-se frequente o uso de técnicas de encorajamento, seja por meio de leis de incentivo e expedientes de facilitação (subvenções, auxílios financeiros, crédito) ou por meio de sanções positivas (prêmios ou isenções fiscais), para que um determinado comportamento seja menos oneroso para os agentes econômicos ou uma operação mais atraente aos investimentos privados. A utilização das normas indutoras por parte do Estado revela uma função transformadora ou inovadora, levando-se em

---

<sup>36</sup> Os Municípios, obviamente, também não podem atuar no domínio econômico em matérias de competência exclusiva dos Estados-membros, especialmente os serviços locais de gás canalizado (artigo 25, §2º da Constituição de 1988).

<sup>37</sup> Miguel Seabra FAGUNDES, "Da Intervenção do Estado na Ordem Econômica, Em Face da Constituição Federal" *cit.*, p. 9.

<sup>38</sup> Washington Peluso Albino de SOUZA, *Direito Econômico cit.*, p. 122 e Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 cit.*, pp. 146-149. Vide, ainda, Luís Eduardo SCHOUERI, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*, Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 43-44, 46 e 54-55.



consideração que o incentivo tende a induzir certos empreendedores a modificar a situação até então existente<sup>39</sup>.

A utilização de normas indutoras de determinados comportamentos econômicos na esfera da tributação diz respeito à própria concepção do tributo como um instrumento de política econômica. A tributação, neste sentido, do mesmo modo que serve para atingir os fins determinados na Constituição, deve ser também compatível com o texto da ordem econômica constitucional, visando atingir os seus objetivos. O uso extrafiscal dos tributos é, assim, também um dever constitucional do Estado<sup>40</sup>.

O conceito de “incentivo fiscal” não está definido de maneira unitária, seja na doutrina, seja na legislação ordinária<sup>41</sup>. Na realidade, essencial na disciplina dos incentivos fiscais é a decisão política que reflete o desejo de estimular determinado comportamento, considerando o tributo como possível obstáculo que impede ou inibe esta conduta. Neste sentido, qualquer análise dos incentivos fiscais que prescindia do elemento teleológico é insuficiente, levando-se em conta que o incentivo fiscal nada mais é

---

<sup>39</sup> Vide, por todos, Norberto BOBBIO, *Dalla Struttura alla Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto*, 2ª ed, Milano, Edizioni di Comunità, 1984, pp. 24-42, 77-85 e 106-109.

<sup>40</sup> Peter SELMER, *Steuerinterventionismus und Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Athenäum Verlag, 1972, pp. 59-71 e Luís Eduardo SCHOUERI, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica cit.*, pp. 87-89. A tese da “neutralidade” dos tributos, ou seja, de que os tributos só devem perseguir fins meramente fiscais está fundada na ideologia liberal, da não-intervenção estatal. O papel dos tributos é entendido hoje como instrumental. A preocupação não é a da utilização de um tributo com fins extrafiscais, mas se o seu emprego é ou não adequado ao fim extrafiscal que se pretende atingir. Vide Angelos ANGELOPOULOS, *L'État et la Prospérité Sociale: Nouveaux Principes de Finances Publiques*, Paris, L.G.D.J., 1949, pp. 22-23 e 150-160; Angelos ANGELOPOULOS, *Planisme et Progrès Social*, Paris, L.G.D.J., 1953, pp. 277-287 e, especialmente, Fritz NEUMARK, “Principios y Clases de Gestión Financiera y Presupuestaria” in *Problemas Economicos y Financieros del Estado Intervencionista*, Madrid, Editorial de Derecho Financiero, 1964, pp. 160-162 e 178-191.

<sup>41</sup> Souto Maior Borges afirma que, em relação aos incentivos fiscais, há uma confusão terminológica. Os incentivos são fiscais quando concedidos em função de incapacidade contributiva. Já quando são concedidos em virtude da política econômica e social, caso da imensa maioria dos “incentivos fiscais”, são, na sua opinião, incentivos extrafiscais (incentivos financeiros). Cf. José Souto Maior BORGES, “Incentivos Fiscais e Financeiros”, *Revista Trimestral de Direito Público* n° 8, 1994, pp. 99-100 e José Souto Maior BORGES, “A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e sua Inaplicabilidade a Incentivos Financeiros Estaduais”, *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 63, dezembro de 2000, pp. 84-86.

do que a instrumentalização dos tributos a serviço da política econômica e social<sup>42</sup>.

Deste modo, os incentivos fiscais são instrumentos característicos da utilização extrafiscal dos tributos. O interesse tributário é submetido a outros interesses, identificados com os objetivos da política econômica e social, sempre de acordo com os fins constitucionais<sup>43</sup>. Obviamente, da mesma forma que há o incentivo, também é possível que uma determinada legislação desincentive algum comportamento, onerando-o mais do que outro. Incentivo e desincentivo são as duas faces da mesma atuação. Afinal, ao incentivar determinada atividade, o Estado está desincentivando outras ao mesmo tempo<sup>44</sup>.

Todos os entes da Federação podem se valer de normas tributárias indutoras desde que estejam dentro de sua competência constitucional e não afetem as esferas de competência dos demais entes da Federação. As normas tributárias indutoras estão sujeitas, portanto, não apenas às regras de competência tributária, mas também às demais regras de competência material e legislativa estabelecidas no texto constitucional de 1988<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> María Teresa Soler ROCH, *Incentivos a la Inversión y Justicia Tributaria*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 30, 36-38 e 49.

<sup>43</sup> Cf. María Teresa Soler ROCH, *Incentivos a la Inversión y Justicia Tributaria cit.*, pp. 32 e 105-106. Assim, estaria superada a dicotomia justa tributária/objetivos da política econômica e social, pois, no caso dos incentivos fiscais, deve-se examinar se os objetivos que inspiraram a concessão do benefício são objetivos dignos desta promoção e, em que medida, sobre estes objetivos não podem ser aplicados os princípios constitucionais que regulam o estabelecimento e a aplicação dos tributos, como o princípio da capacidade contributiva. Vide María Teresa Soler ROCH, *idem*, pp. 36-38 e 47.

<sup>44</sup> Neste sentido, vide Luís Eduardo SCHOUERI, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica cit.*, pp. 52 e 203-209.

<sup>45</sup> Luís Eduardo SCHOUERI, *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica cit.*, pp. 345-351.

# **A repartição de competências legislativas no federalismo brasileiro: uma análise da jurisprudência do STF (2013-2017)**

*Antonio Moreira Maués*

*Alexandre Pinho Fadel*

## **1 Introdução**

Presente em todas as constituições republicanas do Brasil, a forma federativa de Estado tem conhecido períodos de maior e menor descentralização do poder no decorrer de sua história. Essas variações podem ser compreendidas como intrínsecas ao próprio federalismo, quando concebido como um processo dinâmico que constantemente busca equilibrar a autonomia dos entes federativos com o exercício de competências pelo governo central. Na história constitucional brasileira, porém, a organização territorial do poder caracterizou-se, a partir da Constituição de 1934, predominantemente pela centralização, presenciando até mesmo períodos de ausência de autonomia política dos estados-membros, tal como sob as Constituições de 1937, 1967 e 1969.

Tendo como pano de fundo essa trajetória, a Constituição de 1988 foi considerada de caráter descentralizador, uma vez que, além de consolidar a recuperação da autonomia política dos estados-membros e municípios, aumentou moderadamente sua participação nas receitas tributárias e atribuiu-lhes novas competências legislativas. Nesse último campo, destacam-se as competências concorrentes, cujo elenco de matérias foi ampliado e em relação às

quais a competência legislativa da União passou a se limitar ao estabelecimento de “normas gerais”.

Apesar dessas inovações, o STF tendeu a interpretar as competências legislativas dos estados-membros de maneira restritiva, mantendo precedentes adotados no regime constitucional anterior (ARAÚJO, 2009; MAUÉS, 2012). Neste artigo, nosso objetivo é retomar a análise dessa jurisprudência a partir do conceito de “espaço constitucional infranacional”, considerando que, em decisões recentes, o STF passou a manifestar a intenção de rever seu entendimento sobre a repartição de competências no federalismo brasileiro. Assim, pretendemos desenvolver um estudo exploratório dos últimos cinco anos da jurisprudência do STF, por meio da análise qualitativa dos votos de seus Ministros em casos relevantes, a fim de identificar os argumentos que passaram a ser por ele utilizados e se esses argumentos indicam uma nova linha jurisprudencial sobre o federalismo no Brasil.

## **2 A jurisprudência do STF e o espaço constitucional infranacional**

Segundo os trabalhos de Tarr (2012) e Gardner (2012), o espaço constitucional infranacional se define como o grau de liberdade de que dispõem as entidades componentes de um sistema federal para configurar seus arranjos constitucionais.

Para Tarr (2012, p. 113-121), essa abordagem tem como foco o grau de liberdade de que dispõem as entidades componentes de um sistema federal para configurar seus arranjos constitucionais, e a medida em que as entidades infranacionais ocupam o “espaço” constitucional atribuído a elas. Nesse sentido, devem ser analisadas as competências e o grau de autonomia atribuído aos entes infranacionais pelo sistema constitucional; os instrumentos de controle do uso desse espaço dentro dos limites constitucionais, notadamente exercido por tribunais; e o uso efetivo desse espaço pelas entidades infranacionais.

A partir dessa abordagem, Gardner destaca que a existência de constituições infranacionais, característica dos estados federais, não significa a existência do constitucionalismo infranacional, que compreende “que as entidades infranacionais têm um papel independente – um papel de nível constitucional – no autogoverno coletivo da nação. (...) Assim, suas constituições são documentos relevantes de autogoverno, estabelecendo algum grau significativo de independência em relação às formas de autogoverno empregadas pela comunidade política na esfera nacional” (GARDNER, 2012, p. 25).

No caso brasileiro, duas áreas devem ser analisadas para aferir o espaço constitucional infranacional: o exercício do poder constituinte derivado pelos estados-membros e a repartição de competências legislativas. Em ambos os casos, a jurisprudência do STF a partir de 1988 pode ser caracterizada como tendente a restringir o espaço constitucional infranacional (MAUÉS, 2012, p. 61-74).

A importância da jurisprudência do STF para a conformação do federalismo brasileiro decorre também de algumas características das normas constitucionais. Assim, o art. 25 da Constituição de 1988 estabelece que o poder constituinte dos estados-membros se exerce dentro dos limites nela traçados, que podem estar expressos ou implícitos na Constituição e adotam tanto a forma de regras quanto de princípios. No caso dos limites expressos, encontramos normas constitucionais que vigoram para todos os entes da federação, como as normas da administração pública (art. 37), e normas que se dirigem especificamente aos Estados, como as disposições referentes à organização de seus poderes (arts. 27 e 28). No caso dos limites implícitos, cabe à jurisprudência definir quais as normas da Constituição Federal que, apesar de se referirem de modo expreso apenas à União, devem obrigatoriamente ser observadas pelo poder constituinte estadual.

Ainda que o papel criador da jurisprudência constitucional seja mais nítido no segundo caso, isso não significa que a presença de limites constitucionais expressos elimine a ocorrência de casos difíceis, especialmente quando é necessária a harmonização de

princípios constitucionais. Não obstante, as questões mais polêmicas sobre o poder constituinte estadual surgem naquelas ações em que o STF deve decidir acerca da presença de limites implícitos, estabelecendo os critérios que permitem identificá-los

Nesse campo, a jurisprudência do STF caracteriza-se por um amplo uso do *princípio da simetria*, segundo o qual o modelo federal de organização dos poderes deve ser observado pelos demais entes federativos. Isso conduziu à declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos em todas as Constituições estaduais<sup>1</sup>, afetando, por exemplo, disposições sobre competências dos Governadores de Estado, sobre instrumentos de controle do executivo pelo legislativo, sobre organização do poder judiciário e sobre a administração pública.

No que se refere à repartição de competências legislativas, observa-se outra situação, caracterizada pelo uso de termos vagos. Palavras como “gerais”, presente no art. 24, § 1º, fazem referência a uma propriedade que ocorre em graus distintos nos objetos, sendo difícil identificar até que ponto ela deve ser aplicada, ou seja, quando se ultrapassa a fronteira entre uma norma “geral” e uma norma “particular”. Além disso, outras disposições que tratam da repartição de competências são vagas por utilizarem palavras que não se definem por uma série de propriedades necessárias e suficientes, mas sim por um conjunto de propriedades relevantes. Assim, um objeto pode reunir algumas dessas propriedades mas não outras, o que provoca dúvidas sobre a aplicação da palavra a tal objeto.

Ao dispor sobre a repartição de competências legislativas, a Constituição de 1988 utiliza palavras que fazem referência a ramos do direito, havendo normas que apresentam propriedades características de mais de um desses ramos. O problema ocorre quando existe proximidade entre âmbitos de competência privativa da União e

---

<sup>1</sup> ADI nº 270/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 30/4/04; ADI nº 1.695/PR, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 28/5/04; ADI nº 1.353, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 16/5/03; ADI nº 250/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 15/8/02; ADI nº 102/RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 8/8/02; ADI nº 843/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13/9/02; e ADI nº 483, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29/6/01.

âmbitos de competência concorrente, tal como se verifica, respectivamente, entre o “direito civil e comercial” (art. 22, I) e a “proteção e defesa da saúde” (art. 24, XII), ou ainda entre o “direito processual” (art. 22, I) e os “procedimentos em matéria processual” (art. 24, IX). Tendo em vista que as propriedades que definem esses ramos se sobrepõem, será incerto o enquadramento de diversas normas no âmbito da competência privativa ou concorrente.

Nesse campo, a jurisprudência do STF caracteriza-se por dar preferência ao exercício de competências legislativas pela União, o que se processa de dois modos: nos casos de dúvida sobre a inclusão de determinada matéria no âmbito das competências concorrentes ou no âmbito da competência privativa da União, o Tribunal decide em favor da segunda hipótese; no caso das competências concorrentes, o STF amplia a esfera de atuação da União lançando mão de um conceito formal de normas gerais, pelo qual seu conteúdo pode ser livremente definido pelo legislador federal.

Essas características centralizadoras da jurisprudência passaram a ser reconhecidas pelos próprios membros do STF nos últimos anos, acompanhadas da manifestação da necessidade de rever alguns entendimentos. Assim, os Ministros afirmam que os estados-membros devem servir como “laboratórios legislativos” (ADI 2922), que a corte deve passar a “prestigar as iniciativas regionais e locais” (ADI 4060) e favorecer o “experimentalismo local” (ADI 3059).

Em que medida essa consciência, que é manifestada por quase todos os membros do STF, tem produzido impactos em sua jurisprudência? A partir dessas observações, há um incremento do espaço constitucional infranacional?

### **3 Análise dos acórdãos**

A seleção de casos para este estudo foi feita com base em ADIs noticiadas nos Informativos do STF de 2013 a 2017, a partir do qual foram identificados os acórdãos que representaram decisões

favoráveis ao exercício de competências legislativas pelos estados-membros ao julgar improcedentes as ações apresentadas contra leis estaduais. As ADIs selecionadas são objeto da análise abaixo<sup>2</sup>.

Podemos organizar essas ações em dois grupos:

*a) casos em que o STF reconhece a constitucionalidade das leis estaduais em razão de ausência de proibição em lei federal ou de autorização de lei federal*

- ADI 2818: esta ação foi ajuizada pela Governadora do Estado do Rio de Janeiro contra a lei estadual nº 3.874/2002, que disciplina a comercialização de produtos por meio de vasilhames, recipientes ou embalagens reutilizáveis. A autora alegou que a matéria versava sobre direito comercial e direito penal, de competência privativa da União; ofendia a proteção constitucional das marcas; e invadia a competência da União para legislar sobre energia e recursos minerais.

O STF julgou a ação improcedente, por unanimidade. O relator, Min. Dias Toffoli, valeu-se do precedente firmado na ADI 2359, que versou sobre lei do Espírito Santo cuja redação era absolutamente idêntica. Na decisão, o STF reconheceu a competência concorrente sobre proteção do consumidor como aplicável ao caso: “Na espécie, não havendo norma geral da União regulando a matéria em questão, os estados-membros estão autorizados a legislar supletivamente no caso, como o fizeram os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, até que sobrevenha disposição geral por parte da União” (ADI 2818, p. 14). Além disso, tratar-se-ia de iniciativa compatível com a Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10).

- ADI 4954: esta ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República contra a Lei nº 2.149/09, do Estado do Acre, que autoriza o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. A

---

<sup>2</sup> Salvo indicação em contrário, a íntegra dos acórdãos citados encontra-se disponível no sítio eletrônico do STF. As páginas indicadas correspondem à numeração do arquivo em pdf.



autora alegou usurpação da competência da União para editar normas gerais sobre proteção da saúde, exercida por meio da Lei nº 5.991/73 e da Lei nº 9.782/99.

O STF julgou a ação improcedente, por unanimidade. Para o relator, Min. Marco Aurélio, a lei dispõe sobre comércio local e não sobre saúde e, ainda que se considerasse a matéria da saúde, o Estado teria legislado de forma suplementar. Além disso, não haveria proibição expressa na legislação federal a esse comércio em farmácias e drogarias.

Neste acórdão, vale a pena destacar a observação feita pelo Min. Ricardo Lewandowski, para quem tratava-se de “um julgamento emblemático, que se insere no rol daquele alargamento das competências que este Supremo Tribunal Federal tem garantido aos Estados e Municípios dentro fortalecimento da própria Federação” (ADI 4954, p. 36).

- ADI 1229-MC e ADI 1167: estas ações foram ajuizadas pelos Governadores dos Estados de Santa Catarina (ADI 1229-MC) e do Distrito Federal (ADI 1167) em face de normas que dispõem sobre a participação de representantes de servidores na direção superior dos entes da administração indireta.

Em síntese, a ADI 1229-MC possui como fundamentos que as normas estaduais afrontariam o art. 37, II, da CR, ao admitir nova forma de acesso a emprego público, e que os cargos dos conselhos de administração ou diretorias das empresas públicas e sociedades de economia mista, por sua natureza política, seriam de livre provimento, em razão do critério de confiança de que são os respectivos portadores.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 1167, por unanimidade, seguiu a tese esposada na ADI 1229-MC que pode ser sintetizada em dois pontos, quais sejam: “O Estado pode, na qualidade de acionista majoritário – ou seja, como Estado-acionista –, dispor sobre norma estatutária que preveja a participação de empregados na diretoria de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, desde que tal norma não destoe da disciplina

atribuída ao tema no âmbito federal” (ADI 1167, p. 1) e “o preceito impugnado constitui diretriz constitucional voltada à realização da ideia de gestão democrática (art. 7º, inciso XI, da CF/88) no âmbito das empresas públicas e das sociedades de economia mista do Distrito Federal” (ADI 1167, p. 2).

As decisões admitem as legislações do Estado de Santa Catarina e do Distrito Federal sobre a administração indireta porque adstritas à Lei das Sociedades Anônimas, assim como adequadas ao preceito constitucional previsto no art. 7º, XI (participação na gestão da empresa, conforme definido em lei).

- ADI 4007 e ADI 4343: estas ações foram propostas pelos governadores dos Estados de São Paulo e de Santa Catarina contra dispositivos de legislação estadual que disciplina documento de identidade.

Os autores sustentaram que ocorreu inconstitucionalidade formal dos diplomas normativos estaduais atacados por usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito civil e registros públicos.

Por outro lado, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo manifestou-se no sentido de que a lei estadual nº 12.282/2006 foi “editada com fundamento na competência exclusiva dos Estados-membros para legislar acerca de seus serviços administrativos (CF, art. 25, caput), nada tendo feito (...) senão clarificar a aplicação de lei federal análoga (Lei federal nº 9.049, de 18 de maio de 1995), que “a inserção de dados em carteira de identidade não é matéria regida pelo direito civil”, sujeita, portanto, ao direito administrativo, e, por derradeiro, que a lei do Estado de São Paulo veiculara norma sobre proteção e defesa da saúde, de competência legislativa concorrente, nos termos do art. 24, XII, da Carta Política (ADI 4007, p. 3-4). A ALESC concentrou sua manifestação na competência concorrente da proteção e defesa da saúde pública.

As ADIs foram julgadas em conjunto e o voto condutor frisou que a União, no exercício da competência prevista no art. 22, XXV, da CR, “introduziu no ordenamento jurídico pátrio, mediante o art.

2º da Lei nº 9.049/1995, autorização para que as autoridades públicas expedidoras – precisamente, os órgãos estaduais responsáveis pela emissão das Carteiras de Identidade – registrem, quando solicitado pelos interessados, informações relativas ao tipo sanguíneo e ao fator Rh nos documentos pessoais de identificação”, logo, as leis estaduais “em nada alteraram o panorama legislativo federal pertinente” e, desta feita, “guardam absoluta conformidade material com a disciplina da União” (ADI 4007, p. 8).

Nesses quatro temas, portanto, observa-se que o reconhecimento da competência legislativa dos estados-membros decorre do espaço implícita (ausência de proibição) ou explicitamente (autorização) deixado pela legislação federal para a legislação estadual.

*b) casos em que o STF reconhece a constitucionalidade das leis estaduais em razão do exercício da competência suplementar:*

- ADI 4060: esta ação foi ajuizada pela CONFENEM contra a Lei Complementar nº 170/98, do Estado de Santa Catarina, que estabelece o número de alunos por sala de aula. A autora alegou violação à competência da União para legislar sobre normas gerais, invocando o art. 25 da LDB.

O STF julgou a ação improcedente, por unanimidade. O relator, Min. Luiz Fux, discorreu em seu voto sobre o federalismo, afirmando que, no Brasil, ele se revela altamente centralizado, tanto por fatores jurídico-positivos (concentração de matérias na União) quanto por fatores jurisprudenciais (“contundente atuação” do STF). “Acredito seja o momento de a Corte rever sua postura prima facie em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição”. (ADI 4060, p. 9).

Assim, o STF não poderia “inflacionar a compreensão das ‘normas gerais’, o que afastaria a autoridade normativa dos entes

regionais e locais para tratar do tema. Assim é que, não havendo necessidade autoevidente de uniformidade nacional na disciplina da temática, proponho prestigiar a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes. O benefício da dúvida deve ser pró-autonomia dos Estados e Municípios”. (ADI 4060, p. 15).

Dessa forma, o STF considerou que o limite máximo de alunos envolve circunstâncias peculiares de cada ente da federação, além do que a lei catarinense estaria de acordo com o art. 25 da LDB, que deixa nítido espaço para a atuação estadual na fixação da proporção professor/aluno.

- ADI 3059: esta ação foi ajuizada pelo DEM contra a Lei nº 11.871/12, do Estado do Rio Grande do Sul, que estabelece preferência para utilização de programas abertos de informática pela administração pública. O autor alegou afronta ao art. 22, XXVII (normas gerais de licitação e contratação), da CR, além de desrespeito aos princípios da impessoalidade, economicidade e eficiência, bem como a iniciativa privativa do Chefe do Executivo.

O STF julgou a ação improcedente, por unanimidade, embora a liminar houvesse sido deferida. O relator, Min. Ayres Britto, reconhece que, embora a matéria esteja inserida no art. 22, os Estados e o Distrito Federal possuem competência suplementar sobre ela, tal como nas matérias do art. 24. Nesses casos, “Desde que não contrariem a legislação geral, os Estados e o Distrito Federal dispõem de um campo relativamente vasto de legiferação suplementar”. (ADI 3059, p. 14). Assim, a lei federal estabelece que, para a contratação de bens e serviços de informática, a Administração está obrigada a adotar o tipo de licitação técnica e preço (art. 45, § 4º da Lei nº 8.666/93), enquanto a lei estadual adiciona um item a ser observado: a preferência por um programa que reúna determinadas características.

Em complemento, o relator para o acórdão, Min Luiz Fux afirma que a amplitude com que o STF define o que sejam “normas gerais” influi decisivamente sobre a experiência federalista brasileira. Por isso, deve-se evitar a asfixia do “experimentalismo

local” e limitar o controle às “manifestações nitidamente abusivas de autonomia”. (ADI 3059, p. 38).

Um último conjunto de ações apresenta características nos votos dos Ministros do STF que tornam mais difícil seu enquadramento em uma das duas categorias acima. Trata-se do caso do uso do amianto, em torno do qual houve uma longa discussão em processos que tramitaram no STF desde o início dos anos 2000<sup>3</sup>. O entendimento do tribunal sofreu uma mudança de curso que vai da declaração de inconstitucionalidade da legislação dos estados-membros que vedavam a utilização do amianto à admissibilidade de sua proibição pelos entes subnacionais, tendo ocorrido no decorrer das discussões a declaração de inconstitucionalidade da legislação federal autorizativa (art. 2º da Lei nº 9.055/1995), consoante poderá ser observado na sequência do texto.

No primeiro julgamento, na ADI 2396, em sede de medida cautelar (2001) que depois veio a ser confirmada no mérito (2003), prevaleceu a tese da ministra relatora, Ellen Grace, no sentido da inconstitucionalidade formal da lei sul-mato-grossense, por afronta ao sistema constitucional de repartição de competências legislativas, ficando exposto na ementa do acórdão que “ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os

---

<sup>3</sup> ADI 2.396/MS, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 08.5.2003; ADI 2.656/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 08.5.2003; ADI 3356/PE, rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23.11.2016; ADI 3357/RS, rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 23.11.2016; ADI 3937/SP, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgamento em 24.8.2017; ADPF 109/SP, rel. Min. Edson Fachin, julgamento em 23.11.2016; ADI 4066/DF, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 23 e 24.8.2017; ADI 3406/RJ, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 29.11.2017; ADI 3470/RJ, rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 29.11.2017.

aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila”. (ADI 2396, p. 1)

Portanto, restou consignado o entendimento de que as legislações estaduais não poderiam dispor sobre qualquer vedação acerca da utilização do amianto, mesmo em se tratando competência concorrente (art. 24, V, VI e XII, da CR) já que a matéria teria sido regulamentada por lei federal sobre todos os seus aspectos, o que acabaria por retratar um papel de proeminência da União também no âmbito da competência concorrente.

A ADI 4066, ajuizada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, teve como objeto específico o art. 2º da Lei 9.055/95. Embora julgada procedente, por não ter sido atingido o *quorum* exigido pelo artigo 97 da Constituição da República, não se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo<sup>4</sup>.

A matéria em análise somente será pacificada com o julgamento, ao longo dos anos de 2016 e 2017, de uma série de ações do controle concentrado, com o encaminhamento de três importantes votos que foram proferidos pelos ministros Edson Fachin e Dias Toffoli nas ADIs 3356, 3357 e 3937 e ADPF 109, e pela ministra Rosa Weber nas ADIs 3406 e 3470.

Em seu voto, o ministro Edson Fachin julgou improcedentes os pedidos formulados na ADPF 109, de sua relatoria, e nas três ADIs 3356, 3357 e 3937, divergindo dos ministros Eros Grau (ADI 3356) e Marco Aurélio (ADI 3937), os quais entendiam que as ações eram

---

<sup>4</sup> “14. Quórum de julgamento constituído por nove Ministros, considerados os impedimentos. Cinco votos pela procedência da ação direta, a fim de declarar a inconstitucionalidade, por proteção deficiente, da tolerância ao uso do amianto crisotila, da forma como encartada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, em face dos arts. 7º, XXII, 196 e 225 da Constituição da República. Quatro votos pela improcedência. Não atingido o quórum de seis votos (art. 23 da Lei nº 9.868/1999), maioria absoluta (art. 97 da Constituição da República), para proclamação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, a destituir de eficácia vinculante o julgado.

15. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, não atingido o quórum exigido pelo art. 97 da Constituição da República para a pronúncia da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995”.

precedentes<sup>5</sup>. Em sua fundamentação deixou registrado como pressuposto que com a inauguração do federalismo cooperativo pela Constituição de 1988, “não se satisfaz apenas com o princípio informador da predominância de interesses” e que a cooperação no âmbito da federação pode ser a base para “enfrentar os problemas de aplicação que emergem do pluralismo que forma o Estado e a sociedade brasileira”.

O ministro Fachin sustenta que a resolução da questão sobre a distribuição de competências seria encontrada no princípio da subsidiariedade, “segundo o qual o poder sobre determinada matéria deve ser exercido pelo nível governamental que possa fazê-lo de forma mais apropriada e eficiente”. Nestes termos, seriam utilizados dois critérios que permitiriam a aplicação da subsidiariedade, que são “a presunção contra a preempção (*‘presumption against pre-emption’*) e a clareza de que a legislação sobre o tema deve ser editada de modo amplo, geral e uniforme pela União, afastando de forma clara qualquer potencialidade legiferante em sentido diverso (*‘clear statement rule’*).”

Em conclusão, consigna que “por não existir afastamento claro da competência legislativa dos entes menores pela legislação federal que rege a matéria, seriam constitucionais as leis estaduais e a lei municipal impugnadas que, em matéria de competência concorrente (art. 24, XII, da Constituição Federal) e em matéria de competência local, comum e suplementar (art. 30, I e II, da Constituição Federal), respectivamente, regulamentam de forma mais restritiva a norma geral diante do âmbito de atuação permitido por ela.”

Em meados de 2017, o ministro Dias Toffoli proferiu voto-vista nas ADIs 3356, 3357 e 3937 e ADPF 109 chegando também ao resultado de improcedência, todavia agregou à decisão a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95, no

---

<sup>5</sup> Acórdãos ainda pendentes de publicação no momento em que o presente artigo foi escrito. As informações utilizadas constam do Informativo nº 848 do STF.

que posteriormente obteve a adesão do ministro Fachin, que reajustou o seu voto, e da maioria da corte<sup>6</sup>. O seu voto partiu do registro do federalismo cooperativo, ressaltando a importância de se buscar um equilíbrio na federação, isto é, um “ponto de estabilidade entre centralização e descentralização, entre unidade e diversidade, entre a realidade nacional e a realidade regional e local” (p. 3, pdf).

Deixou marcado o referencial que a “competência federal para editar normas gerais não permite que o ente central esgote toda a disciplina normativa, sem deixar competência substancial para o estado-membro” (p. 7, pdf). Ainda assim, acaba por apresentar um argumento restritivo aos estados no sentido de que não seria a estes permitido proibir algo que tivesse sido autorizado pela União porque nesta hipótese “haveria um completo esvaziamento da norma geral federal” (art. 24, §1º, CR), e conclui que aos entes subnacionais, no campo suplementar, suas normas apenas poderiam carregar uma maior restrição<sup>7</sup>.

Portanto, os estados e municípios não teriam competência legislativa para proibir atividade expressamente admitida na lei geral, o que levou o ministro Toffoli a ter que declarar incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal nº 9.055/95 com o intuito de poder dirigir a sua conclusão para a improcedência das ações de controle de constitucionalidade de estados (PE, RS e SP) e município (SP) que dispunham exatamente

---

<sup>6</sup> O Min. Dias Toffoli divulgou o seu voto, ainda em revisão, no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

<sup>7</sup> “A rigor, se todos os estados da federação legislassem proibindo determinada prática autorizada pela União, sob os auspícios de ser mais restritiva e protetiva do meio ambiente e da saúde pública, haveria um completo esvaziamento da norma geral federal. Em outras palavras, a edição das legislações estaduais tornaria letra morta a lei federal, em flagrante violação do § 1º do art. 24 da Constituição de 1988. Tratando-se de competência legislativa concorrente, as normas nacionais, regionais e locais devem conviver em harmonia dentro do mesmo território. Essa é uma importante diretriz para o intérprete na análise de conflitos legislativos em matéria de competência concorrente.

Isso não quer dizer que as normas suplementares não possam ser mais restritivas que as normas gerais federais. Os estados podem ampliar a proteção, estabelecendo novas restrições e condições ao exercício da atividade, bem como regras de segurança e fiscalização mais exigentes, desde que não sejam incompatíveis com a norma geral. Mas os estados não têm competência legislativa para proibir atividade expressamente admitida na lei geral” (p. 10-11, pdf).



sobre a vedação de uma maneira ampla a todas as atividades envolvendo o amianto.

Em novembro de 2017, a corte finalizou o julgamento das ADIs 3356, 3357 e 3937 e ADPF 109, ratificando a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/95<sup>8</sup> e mantendo incólumes a Lei nº 11.643/2001 do Estado do Rio Grande do Sul (ADI nº 3.357/RS), a Lei nº 12.589/2004 do Estado de Pernambuco (ADI nº 3.356/PE), a Lei nº 12.684/2007 do Estado de São Paulo (ADI nº 3.937) e a Lei do Município de São Paulo nº 13.113/2001 (ADPF 109).

O Supremo Tribunal Federal julgou, também em novembro de 2017, as ADIs 3406 e 3470 que questionavam lei do Estado do Rio de Janeiro, sob a relatoria da Min. Rosa Weber, e, na esteira da decisão que já havia declarado a inconstitucionalidade da Lei nº 9.055/95<sup>9</sup>, por maioria, julgou improcedentes os pedidos formulados nas duas ações<sup>10</sup>.

A fundamentação decisória esposada pela relatora assentou que parte dos artigos questionados da lei estadual (arts. 3º, 4º e 5º da Lei nº 3.579/2001), estavam em tudo congruentes com o art. 1º, I, II e III, da Lei nº 9.055/1995, e que, por sua vez, os artigos 2º e 6º do diploma estadual impugnado, traduziriam o “devido exercício, pelo legislador fluminense, da competência concorrente suplementar, a teor do art. 24, V, VI e XII, e § 2º, da Constituição da República”.

Neste sentido, a Lei nº 9.055/1995, como norma geral, adotaria uma “postura teleológica, frente à exploração econômica do amianto, e reconhece seus riscos e a necessidade de controle”, e a

---

<sup>8</sup> O fundamento para a inconstitucionalidade superveniente, sob a óptica material, do art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 se deu em razão da violação “ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88); ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, CF/88); e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88)”.

<sup>9</sup> No presente julgamento foi atribuída à decisão incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95 a eficácia erga omnes e o efeito vinculante.

<sup>10</sup> Acórdãos ainda pendentes de publicação no momento em que o presente artigo foi escrito. As informações utilizadas constam do Informativo nº 886 do STF.

“simples tolerância não vincularia a atividade legislativa de Estados e Municípios”, isto é “de modo algum ostentaria eficácia preemptiva de atividade legislativa estadual que, no exercício legítimo da competência concorrente, viria a impor controles mais rígidos ou proibitivos”. Assim, as leis federal e estadual estariam orientadas na mesma direção, tendo a “legislação estadual complementar apenas avançado onde o legislador federal preferiu se conter”, alinhando-se “à diretriz norteadora e à teleologia do regime previsto na Lei nº 9.055/1995”.

É possível extrair dos votos dos ministros Edson Fachin e Rosa Weber indicativos que aumentariam a influência dos estados e municípios no campo das competências legislativas concorrentes, todavia, tal entendimento acabou por ser relativamente esvaziado com a adesão da corte à declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, que por um lado facilitou a declaração de constitucionalidade da legislação subnacional que proibia as operações com amianto, mas que por outro esvaziou, de certa forma, a discussão que envolvia os limites do compartilhamento de competências.

#### **4 Conclusão**

Embora o número de acórdãos analisados neste estudo seja reduzido, sua relevância decorre do fato de que neles o STF decide em favor do exercício de competências legislativas dos estados-membros e declara expressamente a intenção de rever sua jurisprudência sobre a matéria.

Essas decisões, contudo, devem ser analisadas com o devido cuidado. Em primeiro lugar, cabe lembrar que o processo decisório do STF dificulta a identificação das linhas jurisprudenciais, uma vez que seus membros podem usar fundamentos não coincidentes ao comporem a maioria (SILVA, 2013).

Além disso, no período objeto de estudo, o STF também julgou questões mantendo o entendimento tradicional, tal como no caso

das leis estaduais que obrigavam à instalação de bloqueadores de sinal de celular nos estabelecimentos prisionais, em que fez prevalecer a competência privativa da União sobre uma possível competência concorrentes dos estados-membros na matéria (ADI 3835). Da mesma forma, declarou inconstitucional lei estadual que estabelecia normas para a venda de títulos de capitalização e similares, fazendo prevalecer a competência privativa da União para legislar sobre direito civil, direito comercial, política de crédito, câmbio, seguros e transferências de valores, sistema de poupança, captação e garantia da poupança popular, contra a competência concorrente sobre proteção do consumidor (ADI 2905).

Isto faz crer que o STF continua a utilizar nos casos sobre federalismo parâmetros decisórios, no mínimo, imprecisos e inconsistentes, que acabam por retirar autoridade legislativa dos estados-membros (FADEL et al., 2016). Ademais, não há no período decisões que indiquem uma revisão do entendimento do princípio da simetria, o que também seria importante para a ampliação do espaço constitucional infranacional.

Verificamos, portanto, que o STF tem avançado timidamente na revisão de sua jurisprudência, embora encontrem-se na literatura propostas de critérios interpretativos que favorecem um maior equilíbrio federativo (MAUÉS, 2012; PIREES, 2015). Na maioria dos casos, observa-se que a distensão realizada pelo STF em prol de um alargamento da autonomia dos entes infranacionais é facilitada quando, ainda que ocorra uma certa interseção de competências que ordinariamente são atribuídas à União, a legislação estadual não destoia do tratamento conferido ao tema pelas normas federais.

## Referências

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FADEL, Alexandre; RANGEL, Henrique; BOLONHA, Carlos; NERI, Bianca. Judicialização do federalismo e federalismo formal. *Revista Direito GV*, v. 12, p. 217-250, 2016.

GARDNER, James A. Em busca do constitucionalismo infranacional. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). *Federalismo e Constituição: estudos comparados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MAUÉS, Antonio Moreira. Justiça constitucional e espaço constitucional infranacional: os casos de Espanha e Brasil. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). *Federalismo e Constituição: estudos comparados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PIRES, Thiago Magalhães. *As competências legislativas na Constituição de 1988: uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do direito constitucional contemporâneo*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, p. 557-584, 2013.

TARR, G. Alan. Espaço constitucional infranacional: uma agenda de pesquisa. In: MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). *Federalismo e Constituição: estudos comparados*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

## **Estado federal e pluralismo constitucional: Direito Constitucional estadual e experimentalismo democrático**

*Luís Fernando Sgarbossa*

### **1 Introdução**

O presente estudo pretende explorar tema relevante e nem sempre devidamente apreciado pela literatura nacional, a saber, o *constitucionalismo estadual*, peculiar dos Estados federais e indutor de uma situação que se pode denominar de *pluralismo constitucional*, entendida como a coexistência de normas constitucionais federais e estaduais na ordem jurídica total.

O capítulo examinará o surgimento da situação de pluralismo constitucional por força do princípio federativo e sua complexidade, explorando alguns dos problemas engendrados pela mesma.

Analizará com particular atenção a questão do controle estadual de constitucionalidade em seus diversos aspectos, tais quais o dos órgãos competentes, os mecanismos processuais ou extraprocessuais criados com vistas ao mesmo e aspectos correlatos.

Enfim, fará uma reflexão sobre a aplicação do princípio da simetria do constitucionalismo estadual para com o federal, com referência particular ao controle estadual de constitucionalidade e aos impactos disso no experimentalismo democrático que poderia ser proporcionado pela adequada compreensão da ambiência institucional de tipo federal.

## 2 Estado federal e pluralismo constitucional

É sabido que entre as técnicas propugnadas pelo constitucionalismo moderno como expedientes aptos ao atingimento de seu escopo principal, qual seja, a contenção do poder político, se encontra a divisão vertical do poder, correspondente à adoção do federalismo ou da forma federativa de Estado.

Esta técnica, ao lado de outras, tais como o estabelecimento de direitos e liberdades, com as respectivas garantias, a adoção de alguma versão de separação ou divisão de poderes ou funções estatais (GUAISTINI, 2003), bem como a adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade, constituem o arcabouço institucional que influenciou profundamente os Estados após as revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII (CANOTILHO, 2003).

Embora menos difundida que as três outras técnicas de contenção do poder mencionadas – uma vez que muitos Estados adotam forma unitária, ainda que parcialmente mitigada pela presença de regiões autônomas (MIRANDA, 2003) – a instituição do federalismo é componente inegavelmente importante do constitucionalismo moderno.

O objeto do presente tópico será examinar os impactos da adoção do federalismo sobre o direito constitucional positivo e suas consequências, analisando-se alguns dos problemas criados pela situação que aqui será denominada de *pluralismo constitucional*, consistente na coexistência de um direito constitucional federal com diversos direitos constitucionais estaduais.

De acordo com a teoria tradicional do poder constituinte, os Estados federais ostentariam, além dos clássicos poderes constituinte originário e derivado reformador, uma segunda espécie de poder constituinte derivado, dito decorrente (BONAVIDES, 2009).

O poder constituinte derivado decorrente, modalidade de tal poder constituinte jurídico, também chamado de poder constituinte-constituído, consiste, como é de amplo conhecimento, na capacidade conferida pela constituição federal aos Estados

membros da federação de criarem suas próprias constituições, traduzindo imperativos de auto-organização dos Estados federais.

Tal manifestação do poder constituinte não existe em Estados unitários, nem mesmo nos Estados regionais, uma vez que nestes normalmente não confere às coletividades territoriais autonomia e, conseqüentemente, encontram-se elas tolhidas da possibilidade de criar normas constitucionais (embora gozem da competência de criar normas legais, dentro de certos limites estabelecidos pelos estatutos de autonomia).

Passando ao largo de qualquer discussão sobre o valor científico contemporâneo da ideia de poder constituinte, o que importa para fins do presente estudo é chamar a atenção para o fato de que em Estados federais, como decorrência da autonomia das coletividades territoriais que os integram, confere-se às mesmas a competência não apenas para criar normas jurídicas ordinárias, mas, inclusive, normas constitucionais, dando nascimento ao *direito constitucional estadual*.

Tal situação naturalmente variará conforme o tipo de federalismo, que terá traços distintos se de origem centrípeta ou centrífuga (BONAVIDES, 2009), se centralizado ou descentralizado, se clássico ou cooperativo (MIRANDA, 2003), entre outros aspectos, bem como conforme as tradições políticas predominantes no Estado em questão.

A despeito disso, a atribuição de competência para que os Estados membros possam estabelecer suas próprias constituições, criando direito constitucional estadual, reparte o poder constituinte ou a competência de estabelecer normas constitucionais entre União e Estados, e, com isso, cria a situação aqui denominada de *pluralismo constitucional*.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Com tal expressão pretende-se designar, como já mencionado, a situação de covigência no território nacional de normas constitucionais de origem diversa, ou, dizendo-se o mesmo de outra forma, a situação de covigência de direito constitucional federal e estadual. A questão dos municípios não se encontra contemplada do ponto de vista aqui adotado. A despeito do propalado federalismo de segundo grau, compreensivo dos municípios na estrutura federal, e a despeito do procedimento legislativo agravado das Leis Orgânicas (CRFB/88, art. 29, *caput*), perfilha-se o entendimento de que estas não constituem normas

Assim, em qualquer Estado federal, verifica-se, embora de diferentes maneiras, a coexistência de normas constitucionais federais e locais (estaduais, cantonais, provinciais), de modo que há uma dispersão de matéria constitucional entre entes federativos e a criação de uma ordem jurídica complexa, caracterizada pela coexistência não apenas de normas de direito ordinário de diferentes origens, mas também de normas de índole constitucional.

Consequentemente, no Brasil, encontram-se vigentes simultaneamente 28 ordens constitucionais – uma federal, 26 Estaduais e uma distrital<sup>2</sup> –; na Suíça, 27 ordens constitucionais – uma federal e 26 cantonais –; na Alemanha, 17 ordens constitucionais – uma federal e 16 dos *Länder* –; nos EUA, 51 ordens constitucionais – uma federal e 50 estaduais –, e assim sucessivamente.

Sabe-se que a complexidade do sistema jurídico e da organização estatal costuma ser maior nos Estados federais (e compostos, em geral) do que nos Estados simples (notadamente os unitários). Um dos elementos de tal complexidade reside exatamente na estrutura constitucional dúplice que lhes é característica.

Para além da constatação da coexistência do direito constitucional federal e estadual na situação característica dos Estados federais – pluralismo constitucional – há que se observar algumas consequências disso.

As constituições estaduais, tal como as federais, costumam adequar-se ao conceito formal de constituição (KELSEN, 2001), caracterizando-se como normas máximas do sistema de direito positivo estadual, não subordinadas a nenhuma outra norma de tais ordens jurídicas parciais.

Subordinam-se apenas e tão somente os limites estabelecidos à autonomia dos entes federados pelo direito constitucional federal,

---

constitucionais, tanto que não constituem parâmetro de controle de constitucionalidade das leis municipais, conforme entendimento adotado inclusive pela Suprema Corte brasileira.

<sup>2</sup> A questão do Distrito Federal é complexa devido à natureza jurídico-política híbrida daquele ente federativo *sui generis*, como se sabe, sendo constituída sua Lei Orgânica em parte de normas propriamente constitucionais, em parte de normas ordinárias.



ao menos em princípio, tendo-se em mente um federalismo descentralizado de tipo suíço ou norte-americano – pois outros modelos de federalismo parecem ser capazes de alterar este panorama.<sup>3</sup> Por isso mesmo frisa a doutrina o caráter de poder jurídico, e não político, e portanto, condicionado, do poder constituinte derivado decorrente.

Além da supremacia na ordem jurídica parcial que encimam, as normas do direito constitucional estadual positivo ostentam também o segundo traço caracterizador da constitucionalidade formal, a saber, a imodificabilidade relativa ou rigidez, ostentando um procedimento legislativo de modificação agravado comparativamente à legislação estadual ordinária, nas próprias constituições estaduais estabelecido, tal como ocorre em nível federal. Verifica-se, portanto, uma simetria neste ponto, entre as esferas federal e estadual.

A rigidez ou imodificabilidade relativa das normas constitucionais é evidentemente um dos principais expedientes de proteção das mesmas, assim como os mecanismos de controle de constitucionalidade.

De todo modo, é evidente que não basta a instituição da supremacia e da rigidez para assegurar a eficácia das normas constitucionais em geral, de modo que se revela necessário guarnecer tais normas de mecanismos específicos de proteção ou garantia, jurisdicional ou de outro tipo, mediante a atividade de controle de constitucionalidade (KELSEN, 2001).

Dito isso, cabe examinar, no tópico seguinte, a organização dos instrumentos e mecanismos de controle de constitucionalidade em situações de pluralismo constitucional, dado que a duplicidade de normas constitucionais (estaduais e federais) tende a conduzir a uma duplicidade de tais instrumentos ou mecanismos.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Recorde-se, especialmente, o federalismo cooperativo de tipo alemão.

<sup>4</sup> A literatura ainda é tímida na exploração da temática. Um dos trabalhos de referência no tema, no entanto, é o de Léo Ferreira Leony (vide referências).

### 3 Controle estadual de constitucionalidade no Brasil

As normas constitucionais estaduais, assim como as federais, revestem-se, portanto, de traços formais análogos, como visto. Tais normas necessitarão, ainda, ser protegidas da ineficácia e violações pelos mecanismos apropriados.

É intuitivo, portanto, que as normas constitucionais estaduais contem com a proteção por mecanismos apropriados de controle, tal como ocorre em nível federal, sejam eles judiciais<sup>5</sup>, políticos<sup>6</sup> ou mistos<sup>7</sup>. A existência de mecanismos de controle de constitucionalidade na órbita estadual é corolário da existência de um direito constitucional estadual.

Em caso de um Estado com sistema complexo de controle de constitucionalidade, como é o caso brasileiro, decorrente da adição paulatina de mecanismos de controle abstrato a uma base original de controle difuso de constitucionalidade (MENDES, 2014), a

---

<sup>5</sup> Constituem exemplos de mecanismos judiciais de controle de constitucionalidade em nível federal, evidentemente, as ações diretas, tais como a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

<sup>6</sup> Constitui um mecanismo político de controle de constitucionalidade na ordem constitucional federal vigente a resolução suspensiva de ato normativo do executivo exorbitante do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (art. 49, V, da Constituição da República).

<sup>7</sup> Constitui mecanismo misto de controle de constitucionalidade em nível federal a resolução do Senado Federal suspensiva de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva do STF em controle difuso ou *in concreto* (art. 52, X, da CRFB/88), pois a mesma pressupõe a decisão judicial e somente retira a norma da ordem jurídica com eficácia geral com o ato político da casa alta do Congresso Nacional. Consigne-se que após as decisões das ADI 3406/RJ e ADI 3470/RJ (2017) alguns passaram a defender que o STF teria adotado a tese da “abstrativização” de suas decisões proferidas em controle concreto, considerando-as dotadas de eficácia geral e vinculante por si sós, independentemente de ato do Senado Federal. Porém, que, bem examinadas as referidas decisões, tal conclusão parece não se sustentar. Parece-nos haver aqui alguma confusão decorrente da sinonimização (imprópria) de controle incidental e *in concreto* e entre abstrativização e eficácia transcendente da motivação, mas tal temática extrapola o escopo do presente estudo. Confira-se, ainda, uma crítica à concepção adotada defendida por alguns ministros do STF em SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. Algumas reflexões críticas sobre a tese da “abstrativização” do controle concreto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. **Sequência**, n. 75, abr. 2017, pp. 79-104.

complexidade do sistema federal tende a se reproduzir na órbita estadual.<sup>8</sup>

Assim, no Brasil, tal como ocorre em nível federal, no nível estadual encontram-se contemplados tanto mecanismos de controle difuso quanto de controle abstrato.

É a própria Constituição Federal que contempla, além do controle de constitucionalidade realizado pelos órgãos jurisdicionais em geral, pelo menos um mecanismo de controle abstrato estadual – a denominada representação de inconstitucionalidade (art. 125 § 2º da CRFB/88).

O pluralismo constitucional provoca algumas questões, notadamente: a) qual o grau de autonomia dos Estados na criação de seus mecanismos de controle de constitucionalidade relativamente aos “modelos” proporcionados pelo sistema federal de controle; b) quais normas podem ser objeto do controle de constitucionalidade pelos órgãos do Judiciário Estadual; c) quais os parâmetros de controle de constitucionalidade realizado em âmbito estadual. Cabe enfrentar brevemente cada uma dessas questões, deixando a primeira (mais complexa e central no presente estudo) para o final.

A questão das normas que podem ser objeto do controle estadual de constitucionalidade encontra-se relativamente resolvida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em controle concreto, quaisquer normas podem ser objeto de controle de constitucionalidade pelos órgãos do Poder Judiciário estadual (MEDINA, 2010).<sup>9</sup>

Assim, no exercício de suas competências jurisdicionais, juízes e tribunais poderão realizar o controle de constitucionalidade de leis

---

<sup>8</sup> Considera-se aqui como certo que o controle de constitucionalidade propriamente dito foi introduzido no Brasil com a proclamação da república, adotando em um primeiro momento uma forma puramente difusa. Posteriormente foram sendo introduzidos mecanismos de controle abstrato, de maneira paulatina, até o momento atual, com a coexistência de diversos institutos de controle difuso e abstrato, que confere o caráter misto ao sistema.

<sup>9</sup> Recordem-se as peculiaridades que não retiram a validade do afirmado, como a cláusula de reserva de plenário (CRFB/88, art. 97). Ressalvem-se, ainda, situações protegidas pela eficácia geral e vinculante de decisões do STF proferidas em ADIs e ADECONs, entre outras ações de controle abstrato.

ou atos normativos federais, estaduais ou municipais e inclusive declarar sua inconstitucionalidade (atos normativos pós-constitucionais) ou sua não-recepção (atos normativos pré-constitucionais) (SIQUEIRA JUNIOR, 2010).

Nessa modalidade de controle (concreto, seja em via incidental, seja em via principal – remédios constitucionais) será possível a realização do controle por autoridades judiciárias estaduais não apenas do direito municipal e estadual, mas também do direito federal.

No que diz respeito ao controle abstrato, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade estaduais – representação de inconstitucionalidade, na terminologia adotada pela Constituição Federal – o objeto de controle é mais restrito, podendo consistir apenas e tão-somente em atos normativos municipais e estaduais, não assim os federais (MENDES, 2014).

Quanto ao parâmetro de controle de constitucionalidade por autoridades judiciárias estaduais, este também é variável conforme se cuide de controle abstrato ou concreto.

O controle de legitimidade ou validade constitucional de leis e atos normativos municipais, estaduais e federais pelo Judiciário Estadual *in concreto* pode ser realizado tendo como parâmetro a constituição federal (para todas aquelas espécies normativas) ou a constituição estadual (para as normas estaduais e municipais).

Ou seja: uma lei ou ato normativo municipal, estadual ou federal, por exemplo, podem eventualmente ser declaradas inconstitucionais nesse caso com base na Constituição Federal; ou uma lei ou ato normativo municipal ou estadual podem eventualmente ser declarados inconstitucionais nesse caso com base na Constituição Estadual. Somente não será possível (como parece evidente) a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal com base na Constituição estadual (LEONCY, 2007).

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade abstrato pelos Tribunais de Justiça, este possui tanto parâmetro quanto objeto mais restritos, podendo se cuidar apenas de controle

em face da Constituição Estadual (e não assim federal) (MEDINA, 2010) e tendo por objeto normas estaduais ou municipais (e não assim normas federais) (CRFB, art. 125 § 2º).<sup>10</sup>

Note-se, por oportuno, que tanto o objeto como o parâmetro no controle estadual de constitucionalidade variam conforme a modalidade de controle, podendo ser mais amplo ou restrito o primeiro (controle difuso ou abstrato, respectivamente), e podendo ser a Constituição Federal ou estadual o segundo (controle difuso ou abstrato, novamente).

Outra observação importante é aquela relativa ao número e tipo dos mecanismos de controle estadual de constitucionalidade (aqui estendido, de maneira mais restrita, como aquele realizado pelos órgãos estaduais com base no direito constitucional estadual positivo e tendo como objeto normas estaduais ou municipais, podendo ser difuso ou abstrato).

A Constituição Federal disciplina muito singelamente a representação de inconstitucionalidade, circunscrevendo-se a vedar a atribuição de legitimidade para agir a apenas um órgão (art. 125 § 2º) (MENDES, 2014). Assim, parece atribuir uma esfera bastante ampla de liberdade de conformação ao legislador constituinte estadual no que diz respeito ao tema.

Aqui não parece ser o caso nem de normas de observância obrigatória pelos Estados, sejam elas mandatórias ou vedatórias<sup>11</sup>, nem o caso de normas de reprodução (LEONCY, 2007).

---

<sup>10</sup> O STF já decidiu em diversos casos no sentido da inconstitucionalidade da tentativa de alguns Estados de ampliar a competência dos Tribunais de Justiça no particular, prevendo em suas constituições a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição Federal. Consultem-se as ADIs 558/RJ, 409/RS e 508/MG. Veja-se SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G. Normas constitucionais inconstitucionais na federação brasileira: limites do controle abstrato estadual de constitucionalidade de acordo com a jurisprudência do STF. In: CAZZARO, K. (org.). **Reflexões teóricas sobre direito material e processual**. Blumenau: Legere, 2014, pp. 375-406.

<sup>11</sup> Ressalvada a obrigação de prever pelo menos a representação de inconstitucionalidade (norma central de observância obrigatória mandatória) e de não atribuir a legitimidade ativa a apenas um órgão (norma central de observância obrigatória vedatória). LEONCY, L. F. **Controle de Constitucionalidade Estadual**: As normas de observância obrigatória e a defesa abstrata da Constituição do Estado-membro. São Paulo: Saraiva, 2007.

Isso significa que, ressalvada a obrigação do constituinte estadual de prever ao menos a representação de inconstitucionalidade cuja legitimidade ativa não seja restrita a um único órgão, existe ampla margem de conformação da esfera estadual, seja para reproduzir normas constitucionais federais não obrigatórias (normas de imitação) seja para se prever normas originais de auto-organização (LEONCY, 2007).

Examinando-se o direito constitucional estadual positivo dos diversos Estados da Federação, constata-se inicialmente significativa simetria das instituições estaduais de controle de constitucionalidade relativamente às instituições federais, em termos de ações, legitimados e outros aspectos (SGARBOSSA, 2014).

Assim, diversos Estados consagram em suas constituições ações diretas de inconstitucionalidade ou representações de inconstitucionalidade, além de ações declaratórias de constitucionalidade e ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Constatam-se casos, no entanto, de ADPF estadual (SGARBOSSA, 2014), entre outras inovações.<sup>12</sup>

Nota-se que alguns Estados procuraram inovar, estabelecendo róis de legitimados ativos mais amplos do que aqueles que resultam de uma imitação mais estrita do modelo federal, inclusive privilegiando entidades da sociedade civil organizada, por exemplo.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Gilmar Mendes entende constitucionalmente legítima esta previsão de diversos mecanismos de controle abstrato de constitucionalidade estaduais, além da representação de inconstitucionalidade, equivalente estadual da ação direta de inconstitucionalidade genérica.

<sup>13</sup> Assim, algumas constituições ampliam a legitimidade ativa, contemplando, por exemplo, entidades sindicais estaduais (não a limitando às federações), bem como entidades dedicadas à defesa do meio ambiente, dos direitos humanos e dos consumidores, de âmbito nacional ou estadual, associações de bairro e entidades de defesa dos interesses comunitários; entre outras. Algumas constituições estaduais prevêm ser a decisão declaratória de inconstitucionalidade em controle abstrato dotada de efeitos gerais por si só, outras submetem a decisão ao legislativo, em procedimento análogo ao previsto no art. 52, X, da CRFB/88, o que já foi considerado inconstitucional pelo STF em diversos precedentes (RE 199.293-0 SP). Algumas prevêm ainda uma espécie de controle subsidiário de constitucionalidade pelos Tribunais de Justiça, ao facultar-lhes declarar inconstitucionais leis e atos normativos municipais contestados em face da Constituição Federal, o que igualmente já foi considerado inconstitucional pela Suprema Corte brasileira (ADI 409/RS; ADI 508/MG; ADI 347-0/SP). SGARBOSSA, L. F.; IENSUE, G.

Não é o caso de explorar tais peculiaridades pormenorizadamente aqui, até porque um panorama geral já foi traçado em estudo anterior de co-autoria do autor. Mais relevante para nossos fins é efetuar uma breve reflexão sobre os problemas teórico-práticos decorrentes do pluralismo e examinar os impactos da ideia de simetria no experimentalismo democrático possibilitado pelo pluralismo constitucional.

#### 4 Problemas decorrentes do pluralismo constitucional

Parece evidente serem diversos os problemas teóricos e práticos postos pela situação de pluralismo constitucional decorrente da adoção da forma federativa de Estado (MENDES, 1999).

Além das questões já mencionadas de coexistência de mecanismos de controle de constitucionalidade nas órbitas estaduais e federal<sup>14</sup>, ou a questão do parâmetro e do objeto de controle conforme a hipótese, diversas outras questões se colocam.

Uma delas é conatural a qualquer situação de pluralismo jurídico, qual seja, a possibilidade de conflitos de normas (constitucionais, no caso). Com efeito, ao se atribuir aos Estados membros a capacidade de se auto-organizarem e legislarem, inclusive em nível constitucional, cria-se a possibilidade de conflito

---

Normas constitucionais inconstitucionais na federação brasileira: limites do controle abstrato estadual de constitucionalidade de acordo com a jurisprudência do STF. In: CAZZARO, K. (org.). **Reflexões teóricas sobre direito material e processual**. Blumenau: Legere, 2014, pp. 375-406.

<sup>14</sup> Que podem conduzir a questões formidáveis como a “litispêndia” entre ações de controle abstrato estadual e federal concomitantes tendo por objeto as mesmas normas estaduais e tendo por parâmetro preceitos constitucionais federais e estaduais semelhantes, seja por serem introduzidos na ordem constitucional estadual por caracterizarem-se como normas de observância obrigatória, seja por se caracterizarem como normas de imitação. Sistemas jurídicos diferentes resolvem esse tipo de questão de modo diverso. No Brasil, em controle abstrato, a solução é a prejudicialidade da ação estadual naquilo em que for idêntica à federal, ao passo que, no Direito Processual Constitucional alemão, por exemplo, em sede de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) – instituto inconfundível com o homônimo brasileiro – a situação não se resolve em favor da competência federal ou estadual, mas conforme a prioridade da decisão. Vide CAPPELLETTI, M. *Jurisdicción Constitucional de la Libertad, La*. Trad. Héctor Fix-Zamundio. Cidade do México: Universidade Autónoma do México, 1961.

entre normas de direito constitucional federal e de direito constitucional estadual.

Embora não seja possível uma generalização, algumas ponderações podem ser feitas sobre tal problema. O primeiro é que em razão do caráter jurídico e derivado/decorrente da competência constituinte estadual, parece militar, em princípio, uma presunção em favor das normas federais.

Assim, em uma federação, considerando-se a dependência da competência constituinte estadual relativamente à constituição federal, havendo inequívoca situação de conflito de normas constitucionais federais e estaduais, a tendência parece ser a resolução por meio da declaração de inconstitucionalidade das normas estaduais desconformes para com a constituição federal. Mas a questão é mais complexa do que isso.

Em primeiro lugar, há que se examinar o tipo de federalismo em questão. Um federalismo clássico, descentralizado, de tipo suíço ou norte-americano, em que as competências legislativas são distribuídas entre União e membros da federação, há que se observar ser mais difícil afigurar-se uma situação de real conflito de normas constitucionais, sendo mais plausível pensar em uma situação de inconstitucionalidade por invasão de competência por um dos entes da federação na esfera de outro.

Em um federalismo cooperativo, por sua vez, a solução poderá ser distinta, na medida em que as competências normativas não sejam distribuídas entre os membros, mas partilhadas, cabendo à União o estabelecimento de normas gerais e aos Estados o estabelecimento de normas especiais.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Observe-se a predominância de situações complexas, como o caso brasileiro. A inspiração do federalismo brasileiro é um modelo clássico, norte-americano, tanto que nossa ordem constitucional incorpora nominalmente o princípio fundamental daquele, segundo o qual cabem aos Estados todas as competências não atribuídas expressamente à união (art. 25 § 1º da Constituição de 1988; X Emenda, de 1791, da Constituição dos USA de 1787). Tal característica, no entanto, é fortemente mitigada por meio da atribuição de um rol muito amplo de matérias sujeitas à competência legislativa da União (art. 22, I a XXIX), pelo menos do ponto de vista legislativo. Além disso, embora da matriz de nossa estrutura federal depreenda-se encontrarem-se as normas jurídicas federais, distritais, estaduais e municipais em relação de coordenação, e não de subordinação, em função da distribuição constitucional de competências, a



Além da questão relativa ao tipo de federalismo, há que se considerar necessariamente se as normas em conflito aparente estariam realmente em situação de antinomia ou não, pois como é sabido, isto poderá ocorrer no que diz respeito às normas constitucionais federais de observância obrigatória para os Estados ou no que diz respeito às normas constitucionais federais de extensão proibida aos Estados<sup>16</sup> (LEONCY, 2007), mas não assim com relação às normas da constituição federal não-obrigatórias, evidentemente.

A identificação de tais situações nem sempre é simples, tal como se depreende do exame da jurisprudência do STF sobre a necessidade ou não de simetria entre as normas constitucionais estaduais e as normas constitucionais federais.

Nesse caso, poderemos estar por vezes diante de efetivas situações de conflito de normas, quando o poder constituinte estadual não incorpora ou observa normas de observância obrigatória ou quando incorpora normas de extensão proibida ao Estado. Mas, por vezes, podemos estar diante de situações nas quais deve preponderar a liberdade de conformação do constituinte estadual, podendo ele imitar voluntariamente normas federais ou criar livremente suas próprias normas constitucionais (LEONCY, 2007).

Há complexidades ditadas igualmente por áreas temáticas específicas. Como exemplo, consigne-se que o pluralismo constitucional faz com que existam normas instituidoras de direitos fundamentais federais e estaduais. Logo, existem direitos fundamentais federais e direitos fundamentais estaduais, todos com sede constitucional (direitos formalmente constitucionais) (SGARBOSSA, 2008).

Do mesmo modo que por vezes vislumbra-se antinomia entre normas de direito externo e normas de direito interno (normas do

---

existência de matérias nas quais a competência é concorrente (art. 24, I a XVI da CRFB/88), considerando-se a disciplina estabelecida nos parágrafos 1º a 4º do mesmo dispositivo, faz com que, nesse ponto, o federalismo brasileiro assemelhe-se a um federalismo cooperativo.

<sup>16</sup> Estas consistem, principalmente, em exceções a princípios ou regras gerais constitucionais, e tal proibição de extensão parece radicar na ideia de interpretação e aplicação restrita das exceções.

Direito Internacional dos Direitos Humanos e normas constitucionais estabelecidas de direitos fundamentais, respectivamente)<sup>17</sup>, também é possível que se verifiquem situações de conflito (aparente ou não) entre direitos fundamentais federais e estaduais.

Não se está aqui a imaginar um caso banal em que uma disposição constitucional estadual viole ou restrinja, por exemplo, um direito fundamental federal, sediado na Constituição Federal. Se tem em mente situações mais complexas, como aquelas em que haja proteção simultânea de uma situação jurídica subjetiva por normas instituidoras de direitos fundamentais federais e estaduais, concomitantemente, mas uma delas (no caso, a estadual) confira proteção mais ampla (SCHWABE, 2005).

Note-se que o pluralismo constitucional e a interação entre direito constitucional federal e direito constitucional estadual pode gerar situações tão complexas quanto as originadas pela interação entre direito interno e externo, que estão a exigir soluções adequadas.<sup>18</sup>

Não se pretende enfrentar esta complexa temática no presente estudo, cabendo apenas deixar registrado entendimento no sentido de configurar-se caso de *concorrência de normas* (e não propriamente de conflito) que não deveria ser resolvida com base em critérios demasiado ortodoxos (como foi o caso do julgamento do HC 78.585-8/TO), comportando soluções melhores – como a aplicação da norma mais favorável ao titular, já consagrada nas situações de pluralismo de disposições protetivas no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (SGARBOSSA, 2008).

---

<sup>17</sup> O caso clássico é evidentemente o do HC 87.585-8/TO, julgado pelo STF em 2008, no qual se firmou a famosa tese da supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos não constitucionalizados formalmente pelo procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição. Naquele caso sabidamente havia uma aparente incompatibilidade entre o contido em disposição constitucional (art. 5º, LXVII da CRFB/88) e convencional (art. 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos), na realidade diferentes apenas em termos de abrangência.

<sup>18</sup> Um elemento adicional na análise da questão encontra-se na cláusula de abertura, prevista em nosso direito constitucional positivo desde a Constituição de 1891 (art. 78) até a presente (art. 5º § 2º), sabidamente inspirada na IX Emenda à Constituição norte-americana de 1787 (1791).

Estas e outras questões de grande interesse e complexidade podem ser engendradas pelo pluralismo constitucional, tal como aqui concebido, mas não será possível sequer cogitar uma exploração mais profunda delas neste estudo, bastando a presente exposição a título de problematização, tão-somente.

Cabe examinar, conclusivamente, a pertinência de uma exigência muito estrita de simetria de instituições constitucionais estaduais relativamente às instituições federais à luz da ideia de um experimentalismo democrático na esfera estadual, o que se passa a fazer no tópico conclusivo.

## **5 O Direito Constitucional estadual e o experimentalismo democrático**

Como se viu, a questão do grau de liberdade de conformação do constituinte estadual em Estados federais é complexa e depende de uma série de fatores, entre os quais o tipo de federalismo adotado e a presença e amplitude de normas de observância obrigatória (mandatórias ou vedatórias) ou de extensão proibida (LEONCY, 2007).

Sem a pretensão de uma conclusão definitiva, faremos uma breve reflexão sobre a impropriedade da exigência de uma simetria muito estrita entre os arranjos constitucionais federais e os arranjos constitucionais estaduais.

Propõe-se que, em Estado federal, deva haver uma margem de conformação tão ampla quanto possível para os entes federados, devendo a restrição a tal liberdade limitar-se aos casos de limites mais evidentes estabelecidos pelo direito federal.

Entre outros aspectos, há que se recordar que os eixos fundamentais do federalismo – autonomia e participação – (BONAVIDES, 2009) permitem sua interpretação como uma democracia de Estados, e fortalecem sua ligação com o princípio democrático.

A ideia geral aqui é a de que conferir a mais ampla liberdade de conformação possível ao direito constitucional estadual poderia ser um

incentivo ao experimentalismo democrático, permitindo, entre outras coisas, que instituições novas e originais sejam criadas e experimentadas localmente (UNGER, 2011), podendo eventualmente até mesmo ser adotadas em nível federal posteriormente.<sup>19</sup>

A análise histórica e comparada revela a plausibilidade de tal concepção. Alguns dos casos mais notórios são o da “reclamação constitucional” alemã (*Verfassungsbeschwerde*), instituto importantíssimo da jurisdição constitucional das liberdades germânico e cuja origem radica no direito constitucional do *Länd* da Bavária (CAPPELLETTI, 1961).<sup>20</sup>

Outro exemplo notório é o do amparo mexicano, também garantia fundamental importantíssima de origem estadual, federalizada posteriormente e amplamente exportada pelo direito constitucional mexicano para os mais diversos sistemas jurídicos internos e internacionais.<sup>21</sup>

A própria instituição do *recall* ou consulta popular revogatória de investidura ou mandato eletivo serve como excelente ilustração.

---

<sup>19</sup> Em sentido análogo, confira-se a ADI MC 558/RJ (1991) e, mais recentemente, a ADI 2922 (2014).

<sup>20</sup> O instituto origina-se no direito estadual bávaro e dali se propaga para o direito estadual de outros *Länder* e para o direito federal alemão. Alguns Estados alemães possuem a instituição, outros não. A ação popular de inconstitucionalidade (*Popularklage*) só existe na Bavária. CAPPELLETTI, M. *op. cit.* Aliás, essa é uma característica de muitos federalismos (clássicos ou não), ilustrada por várias instituições. A *Landesgemeinde* (instituição de democracia direta suíça) encontra-se presente no direito de alguns cantões, mas ausente na maioria deles, e ausente em nível federal. BONAVIDES, P. *op. cit.* A liberdade de conformação do poder constituinte estadual revela-se, portanto, um fator importante para as experiências democráticas inovadoras, evitando uma pura e simples cópia servil em nível local das instituições federais. LEONCY, L. F. *op. cit.*

<sup>21</sup> É claro que, diante das peculiaridades do Direito Constitucional positivo brasileiro algumas dificuldades se afiguram. Considerando-se a competência privativa da união para legislar sobre direito processual (art. 22, I), podem surgir discussões sobre a regulamentação das mesmas. Talvez o permissivo do parágrafo único daquele dispositivo constitucional fosse uma solução, inconveniente, de todo modo, por fazer depender o Estado, nesta matéria, de autorização por lei editada pelo Congresso Nacional. Isso tudo a depender da interpretação que se confira não apenas ao art. 22, I, mas também ao art. 27, I, todos da Constituição Federal. Uma solução para evitar eventual inconstitucionalidade talvez fosse a aplicação analógica das normas federais previstas para ações semelhantes, tais como as Leis federais ns. 9868/99 e a 9882/99, como se fazia até recentemente com o mandado de injunção. Talvez essa dificuldade possa significar, ainda, que alguma inovação em termos de direito constitucional estadual tenha que ser feita por meio de procedimentos políticos de controle de constitucionalidade, e não de controle judicial. Assim, experiências como o veto popular poderiam ser interessantes, sem esbarrar na dita dificuldade.

Este é outro instituto que existe em diversos municípios e Estados norte-americanos (entre eles a Califórnia, o Arizona e o Óregon) (DODD, 1911), e em outros não, podendo coexistir com outros mecanismos de deslegitimação democrática, como o *impeachment*.

Dado histórico interessante e nem sempre conhecido é o de que mesmo no Brasil a instituição contou com efêmera existência, no início da República, sendo contemplado pelo direito constitucional dos Estados de Goiás (1891), Rio Grande do Sul (1891), São Paulo (1891) e Santa Catarina (1892) (CALIMAN, 2005). Infelizmente tais institutos nunca foram acionados, ao que se sabe, tendo sido posteriormente revogados.

Observe-se que o maior grau de liberdade de auto-organização dos Estados aqui proposto pode ser útil para experimentar instituições já propostas, mas não adotadas em nível federal. É o caso, por exemplo, da ação popular de inconstitucionalidade, já proposta por ocasião da Assembleia Constituinte de 1986-1988, por propostas de Emenda à Constituição posteriores, e sempre rechaçada.<sup>22</sup>

Naturalmente existirão limites para a inovação local. Embora não pareça adequada a cópia pura e simples e subserviente de instituições constitucionais federais em nível estadual, há que existir um mínimo de compatibilidade entre o direito constitucional federal e o estadual.

Em se tratando do controle de constitucionalidade estadual, afigura-se oportuno que os Estados possuam a mais ampla liberdade para criar os mecanismos políticos ou judiciais, notadamente no que diz respeito ao controle abstrato de constitucionalidade, podendo

---

<sup>22</sup> Um ensaio de instituição similar se deu com a regulamentação infraconstitucional da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Lei n. 9.882/99. No entanto, o veto presidencial ao inciso II do art. 2º da referida norma desfigurou a potencialidade do instituto funcionar como sucedâneo a uma ação popular de inconstitucionalidade. Registre-se que o instituto das ações populares de inconstitucionalidade não se limitam à experiência da *Popularklage* bávara, mas conhecem diversos casos no direito constitucional latino-americano, notadamente na Bolívia e na Colômbia (ações populares). De todo modo, a competência privativa da União para legislar em matéria processual parece ser um óbice importante, como referido na nota anterior.

instituir, para além da ação direta de inconstitucionalidade referida na Constituição de 1988 como representação de inconstitucionalidade, ações declaratórias de inconstitucionalidade por omissão, arguições de descumprimento de preceito fundamental, entre outras, tal como já fizeram alguns Estados, como visto.

## 6 Conclusão

No presente estudo verificamos de que modo o Estado federal constitui a situação de pluralismo constitucional, compreendida como co-vigência de ordens constitucionais estaduais e federal e as complexidades daí decorrentes.

Foi possível examinar brevemente os impactos dessa situação sobre os mecanismos de controle estadual de constitucionalidade estadual, inclusive na modalidade abstrata.

Examinaram-se alguns dos problemas decorrentes da situação em exame, como as decorrentes de possíveis conflitos entre normas constitucionais federais e normas constitucionais estaduais, especialmente em situações que não sejam claramente de normas de observância obrigatória ou de extensão proibida.

Fez-se ainda, no mesmo tópico, breve referência à problemática envolvendo possíveis situações de conflito ou concorrência entre direitos fundamentais federais e direitos fundamentais estaduais.

Por outro lado, defendeu-se ponto de vista segundo o qual, dentro de certos limites, deve ser conferida a maior margem de conformação constitucional possível aos Estados, evitando-se que exigências demasiado estritas de simetria para com as instituições constitucionais federais transformem o direito constitucional estadual em mera cópia do direito constitucional federal.

O principal fundamento de tal ponto de vista, como examinado, foi a ideia de que os Estados poderiam constituir laboratórios de experimentalismo democrático por excelência, propiciando o teste de

instituições novas que poderiam inclusive eventualmente vira ser transpostas para o direito constitucional federal.

Uma das dimensões do federalismo é o de constituir uma democracia de Estados, e o experimentalismo democrático, considerado por Mangabeira Unger como doutrina canônica do federalismo, baseia-se precisamente na noção de conceber a democracia como processo de descoberta e aprendizagem coletivas, como ensina aquele autor.

## Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CALIMAN, Auro Augusto. O recall no Estado de São Paulo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005, pp. 197-203.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed.Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Jurisdicción Constitucional de la Libertad, La*. Trad. Héctor Fix-Zamudio. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1961.
- DODD, William F. The Recall and the Political Responsibility of Judges. *Michigan Law Review*, v. 10, n. 2, dez. 1911, pp. 79-92.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 1993.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Cidade do México: Universidade Nacional Autônoma do México, 2003.
- KELSEN, Hans. *Garantía jurisdiccional de la Constitución, la: la justicia constitucional*. Trad. Rolando Tamayo y Salmorán. Cidade do México: Universidade Autônoma do México, 2001.

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.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito Processual Constitucional*. 4 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade do direito estadual e municipal na Constituição de 1988, o. *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*, Brasília, v. 1, n. 3, jul./1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_03/contr\\_const\\_dir\\_mun\\_est.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/contr_const_dir_mun_est.htm). Acesso em: 17.02.2014.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. Preliminares. O Estado e os sistemas constitucionais. 7 ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Trad. Beatriz Hennig et al. Berlim:Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Direitos e Garantias Fundamentais Extravagantes: Interpretação Jusfundamental Pro Homine*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Algumas reflexões críticas sobre a tese da “abstrativização” do controle concreto de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. *Sequência*, n, 75, abr. 2017, pp. 79-104.

\_\_\_\_\_. Normas constitucionais inconstitucionais na federação brasileira: limites do controle abstrato estadual de constitucionalidade de acordo com a jurisprudência do STF. In: CAZZARO, K. (org.). *Reflexões teóricas sobre direito material e processual*. Blumenau: Legere, 2014, pp. 375-406.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNGER, Roberto Mangabeira. A Constituição do experimentalismo democrático. *Revista de Direito Administrativo*, v. 257, maio/ago. 2011, pp. 57-72.



## **Anúncias e escolhas teóricas e fáticas para um estudo e crítica da contemporânea Federação brasileira**

*Luigi Bonizzato*

### **1 Anúncias Jurídicas e Histórico-Teóricas**

Qualquer estudo atual sobre federalismo se encontra, sob um primeiro olhar, fadado a ser reputado ou repetitivo ou muito pretencioso, sobretudo a partir de da análise mais aprofundada da pesquisa e de seus resultados. É verdade que o tema já foi várias vezes esmiuçado e, da mesma maneira, é também verdade que várias investigações mais aprofundadas tendem a deixar hiatos, vácuos e várias perguntas finais sem respostas possíveis, ainda que sejam estas últimas abertas e nem tão precisas.

Portanto, o texto que ora se apresenta tem uma pretensão singela e uma outra arriscada. A primeira ligada a uma chamada da temática para rediscussão e tentativas avanços, ainda mais após um bom período de ostracismo, e a segunda um tanto quanto propositiva: a de apresentação de pontos a serem destrinchados em pesquisas futuras, assim como de alguns exemplos que, unidos a teorias também neste texto utilizadas, já representarem certo crescimento em matéria de federalismo no Estado brasileiro.

A verdade é que, após um período de surgimento estudos sobre o Estado Federal, sobre o federalismo no mundo e, também, no Brasil<sup>1</sup>, longo silêncio parece ter dominado inúmeras escolas

---

<sup>1</sup> Obras e livros clássicos, no Brasil, entre outras e outros tantos que poderiam ser citados: BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Volume I. São Paulo: Editora Saraiva & Cia, 1932.

jurídicas do país. Não que trabalhos variados não tenham tratado do tema, mas sua abordagem tendeu a não representar mais e novas imersões teórico-metodológicas sobre a Federação brasileira. A tendência, *a contrario sensu*, foi de reforço de teorias clássicas ou, mesmo que modernas, no sentido de não enfrentamento real de questões nodais e centrais para um aprofundamento contemporâneo e verdadeiro sobre o “*estado atual de coisas em torno do federalismo brasileiro*”.

Deveras, o tema é de grande complexidade e o referido de “estado de coisas” requer um recorte temático voltado, especificamente, para o estudo da Federação pátria, máxime atual e nas proximidades dos dois séculos da independência brasileira. Além disso, não somente para esta última, mas também para suas inúmeras facetas, cada uma delas podendo ser ainda destrinchada e formadora de numerosas teses jurídicas. Uma vastidão e pluralidade temática que deixam o Brasil, por conseguinte, considerando a falta de exploração de tantas questões, ainda órfão de estudos que possam continuar a ajudar o desenvolvimento teórico e prático sobre a Federação nacional. Aliás, ajudar, paralelamente, o desenvolvimento de uma mais real compreensão do funcionamento de macro e micro instituições, tais como Poderes, órgãos, entes, sociedades empresárias e civis, agentes, membros, corpos, grupos sociais e todas as demais formas de pessoas que, unidas, levam à formação de uma nação, tal qual a brasileira. Enfim, não se esqueça, ajudar a uma espécie mesmo de auto-compreensão, de uma análise cognitiva da alma nacional, que tem na federação um de seus mais

---

6 v.; BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.; BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.; RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000. E, da mesma forma, obras e livros clássicos, estrangeiros, entre outras e outros que poderiam ser citados: HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. *The Federalist*. Cambridge: John Harvard Library, 2009.; SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.; ACKERMAN, Bruce. *New Separation of Powers*. Harvard Law Review, Vol. 133, 633, 2000.; ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005.

imponentes e presentes sentimentos, com o pedido de licença para a analogia metafórica utilizada.

Nesse viés, assim, quando o legislador constituinte de 1988 criava as bases do texto constitucional que viria a ser um dos de mais longa vigência na história nacional, a federação despontou como base central do Estado brasileiro. Não à toa que não apenas é repetida, expressa e claramente, em vários artigos da Constituição, mas também, de modo não tão explícito, na própria estruturação do Estado, construída na Carta Magna do país.

Assim, por exemplo, se prevista, de modo direto, nos artigos Art. 1º, *caput*, e 18<sup>2</sup>, os próprios títulos, capítulos e disposições sobre a ordem financeira e tributária, sobre a estrutura do Estado e de seus Poderes – que, praticamente, representam boa parte da Constituição material brasileira –, mostram o quão relevante é o federalismo para a engrenagem brasileira. Relevância que não teve outro caminho a não ser o de sua ultra proteção no Art. 60, § 4º, do texto constitucional.

Aliás, a referida previsão, já merece um destaque, ainda que breve. De acordo com o apenas citado Art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição de 1988, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado. Poder-se-ia, dada a monta da federação na estrutura do Estado brasileiro, até mesmo dispensar uma petrificação tão direta, uma vez que qualquer proposta de emenda que objetivasse abolir a federação enquanto forma de Estado precisaria vir acompanhada de, praticamente, um novo texto para a Constituição, o que findaria por representar um novo documento legal mor para o país. Mas, de todo modo, pecou o legislador constituinte pelo excesso e, não, pela escassez normativa:

---

<sup>2</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)”; “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”. E a palavra federal aparece uma expressiva quantidade de vezes no texto constitucional, deixando claro que um dos alicerces centrais do ordenamento jurídico brasileiro é o federalismo. Veja-se, a título de exemplo, o próprio § 1º, do mesmo Art. 18: “§ 1º Brasília é a Capital Federal”.

lá está a forma federativa presente logo no primeiro dos quatro incisos do parágrafo quarto, do Art. 60, portador das famosas cláusulas pétreas do Direito brasileiro.

A Constituição brasileira de 1988 é, por excelência, um documento rígido, exigindo, para sua alteração, procedimento legislativo um tanto mais dificultoso do que aquele utilizado para a criação e aprovação de leis ordinárias ou quaisquer outras no âmbito infraconstitucional. No que se refere às supra mencionadas cláusulas pétreas, compõem o núcleo, *a priori*, imodificável da Constituição, fato que lhe confere o caráter de documento extremamente rígido, muitos a declarando uma Constituição rígida com pontos de imutabilidade. Certo é, todavia e, aproveitando-se da menção à Federação como integrante do elenco de normas consideradas imutáveis dentro da Constituição de 1988, que o núcleo petrificado da Constituição, sobretudo no que tange ao inciso IV, do parágrafo 4º, do artigo 60, vale dizer, aos direitos e garantias individuais, comporta, em excepcionais hipóteses, alterações em seu bojo. Desta forma, um novo poder constituinte originário, ilimitado, soberano, incondicionado e inicial, pode, incontestavelmente, alterar toda a ordem jurídica vigente, criando uma nova Constituição. Em rumo semelhante, porém em âmbito diverso, o poder constituinte derivado reformador, ao emendar a Constituição, estará proibido de reduzir os direitos e garantias individuais, mas, em contrapartida, nada impedirá a deliberação que conduza à ampliação do rol aduzido. Teoria específica, voltada à aplicação do Direito com foco preponderante em situações concretas, permite, ainda, redução específica em direitos e garantias individuais, desde que não se atinja o núcleo essencial dos mesmos. Sobre o assunto ora sob enfoque, citem-se as noções oferecidas, no Direito luso, mas aplicáveis também em terras brasileiras, por José Joaquim Gomes Canotilho, que, *in verbis*, declara que “*a idéia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está*

*constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos restringidos*<sup>3</sup>. Ana Maria D'Ávila Lopes, no Brasil, ressalta que “a garantia do conteúdo essencial é concebida como um limite à atividade limitadora dos direitos fundamentais, isto é, como ‘limite dos limites’. O conteúdo essencial atua como uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimitando o espaço que não pode ser invadido por uma lei sob o risco de ser declarada inconstitucional. Por isso é que a garantia do conteúdo essencial é o limite dos limites, indicando um limite além do qual não é possível a atividade limitadora dos direitos fundamentais”<sup>4</sup>. Portanto, embora pétreas, excepcionalmente e, por um lado, as cláusulas aqui levantadas podem sofrer restrições ou alterações. Mas, por outro, podem submeter-se, mesmo quando permitidas maleabilizações aplicacionais, a um recuo alteracional, em preservação a seu núcleo, cerne e bojo maiores.

No entanto, retomando-se a questão federativa propriamente dita, é imperioso lembrar que a petrificação ou magnitude da forma de Estado brasileira não nasceu com a Constituição de 1988. Desde 1891, quando da entrada em vigor da “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, o Brasil é um Estado formalmente federal e a principal influência internacional seguida, naquela época, foi a do modelo norte-americano, isto é, dos Estados Unidos da América do Norte. Mas, antes disso, um caminho foi percorrido no Brasil, após sua independência de Portugal.

Ainda que em breve resumo, vale recordar que o Brasil Colônia se torna independente da Metrópole portuguesa em 07 de setembro de 1822, por ato histórico de D. Pedro I. Em seguida, após a formação de Comissão final, composta por pessoas escolhidas pelo próprio e referido Dom Pedro, o anteprojeto, transformado em

---

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 07. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 618.

<sup>4</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 188.

Projeto, vem a, finalmente, tornar-se a primeira Constituição da história do Brasil. A Carta Outorgada de 1824, embora inspirada pelo direito emergente, sobretudo alhures, não conseguiu escapar das fortes tendências absolutistas de D. Pedro I, cuja formação havia incontestavelmente seguido tal linha. Assim, além de proclamar um poder central forte e unitário – e aí merece destaque a premente necessidade de se zelar pela unidade de um país de grandes extensões territoriais, dispersa população e recém liberto dos laços coloniais - trazia, em seu bojo, sob a influência magna de Benjamin Constant, o de todos conhecidos Poder Moderador. A tripartição de poderes materializada por Montesquieu em seu *Do Espírito das Leis*, era parcialmente modificada em prol de um adendo que, inicialmente, poderia até direcionar um objetivo harmonizador e, de certa forma, controlador, mas que, logo em seguida à sua fiel execução, mostrou-se um instrumento de garantia às pretensões imperiais, as quais deveriam prevalecer sobre todas as demais então presentes no Estado brasileiro que se formava. Passado o período imperial brasileiro, subdividido em dois reinados distintos, e diante de uma série de interesses, todos voltados para um rompimento monárquico e adoção de uma nova forma de governo – comportam especial destaque, dentre outros: a influência da aristocracia rural do oeste-paulista, detentora de poder econômico, mas ávida por maior entranhamento político; o descontentamento dos militares, vencedores da Guerra do Paraguai e também ansiando inserção no meio político; os problemas religiosos envolvendo a figura do imperador e as determinações papais, visto que a religião oficial no Brasil era a *Catholica Apostólica Romana*; a insatisfação de uma crescente massa popular, ali composta de imigrantes, trabalhadores diversos e, principalmente, ex-escravos, libertos gradativamente pelas Leis Eusébio de Queiros, Saraiva-Cotegipe, Ventre-Livre e, finalmente, Áurea – surge o movimento republicano, do qual resulta

a criação de uma nova ordem constitucional<sup>5</sup>. A Constituição de 1891, nesse sentido, sob forte influência norte-americana, traz inovações de significativo vulto, tais como, dentre inúmeras outras, a adoção de uma forma de governo republicana, o federalismo, a tripartição tradicional dos poderes etc. E, como o foco ora se volta à federação enquanto forma de Estado, as atenções se voltam para a ideia e a vontade do chamado “*pacto federativo*”, que chegam então no Brasil sob já o manto da experiência vivenciada ao norte das Américas.

E, como se fez menção ao dito pacto federativo, que se escrevam algumas linhas sobre ele. Na realidade, aqui se entende tratar-se de um ato um tanto quanto mais abstrato do que concreto, tendo em vista a dificuldade real de se pactuar, ainda mais nos contextos do final do século XVIII e XIX, respectivamente nos Estados Unidos e no Brasil.

Em sugerido conceito, o pacto federativo nada mais do que a vontade expressada por governantes e/ou povos de Estados-Nações, normalmente contíguos, ou seja, com territórios fronteiriços, de abrirem mão de parcela de suas autonomia e competências, assim como da integralidade de sua soberania e independência enquanto, até então, Estados internacionalmente reconhecidos, em prol da formação de um único Estado-Nação, pretendido social, cultural, econômica, territorial e belicamente mais forte do quaisquer dos Estados membros isoladamente. Um novo Estado a ser, de forma também única, reconhecido no âmbito internacional e em substituição ao não mais já reconhecimento dos Estados até então

---

<sup>5</sup> Para um aprofundamento no tema, máxime ligado, ora a uma evolução histórica, ora jurídica, do Brasil da época, confira-se: BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores, 1958.; BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva & Cia, 1932, 6 v.; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Vol. I e II. 15. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.; NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.; TORRES, João Camilo de Oliveira. *A democracia coroada*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1964, p. 25-257.

soberanos e independentes que decidiram pela união de forças e formação de um novo Estado.

Perceba-se, se o referido pacto compromete a independência e a soberania dos agora, após a consagração de um novo país, Estados membros, não elimina suas competências e autonomias, apesar de restringi-las e diminuí-las a partir de novas normas que passam a reger a recém criada nação. E, na mesma linha, perceba-se, igualmente, o animus formador do Estado Federal não necessariamente se define concretamente, reflete-se em documentos; mas, na verdade, existe de forma extremamente rija ao ponto de dispensar qualquer formalidade preliminar, ao mesmo tempo em que vem a ser constante e futuramente ratificado por uma série de outros atos que vêm a confirmar, fortificar e enrobustecer a nova Federação, o principal dos quais a elaboração e entrada em vigor de uma nova única Constituição a reger, no topo de uma hipotética pirâmide normativa, os rumos de todos os Estados que decidiram se unir e formar um só.

Assim, firmada a ideia de pacto federativo<sup>6</sup>, repita-se que a República Federativa implantada no Brasil pós-Império teve suas origens ideológicas na sociedade norte-americana que, em 04 de julho de 1776, comunicava ao mundo sua independência política, rompendo os laços coloniais com a metrópole britânica. As treze colônias inglesas, depois de variadas manifestações de insatisfação, declararam-se independentes, elaborando, no ano de 1787, uma Constituição para o país. Aquela Carta, acrescida de subseqüentes emendas ao seu texto e que, atualmente, totalizam 27 (vinte e sete) é, até os dias atuais, a Lei máxima dos Estados Unidos da América.

---

<sup>6</sup> Referindo-se à noção de um pacto político, Fernando Papaterra Limongi, em obra organizada por Francisco C. Weffort, salienta, no que tange à formação do Estado norte-americano: “*O federalismo nasce como um pacto político entre os Estados, fruto de esforços teóricos e negociação política. Um pacto político, digamos assim, fundante, pois, por seu intermédio, se constituía os Estados Unidos enquanto nação*” (WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, 2.v. p. 248.).



Relativamente às treze colônias citadas no parágrafo anterior, ressalte-se que, ao Norte, destacaram-se as colônias de New Hampshire, Massachusetts, Rhode Island e Connecticut. Por sua vez, as colônias do Centro eram as de New York, Pensilvânia, New Jersey e Delaware. E, por fim, ao Sul, merecem realce as Colônias de Maryland, Virgínia, Carolina do Norte, Carolina do Sul e Geórgia. Vale lembrar que as Colônias do Norte e Centrais possuíam as mesmas características econômicas, sendo, eminentemente, Colônias de Povoamento. Já as Colônias sulistas, levando-se em consideração sua economia francamente voltada para a monocultura do tabaco (posteriormente do algodão), caracterizada pela grande propriedade e pela mão-de-obra escrava, assim como a brasileira, dedicavam-se inteiramente ao mercado externo.

Contudo, antes que tais Colônias desgrudassem-se da Metrópole inglesa e formassem uma nova nação, a partir de sua declaração de independência, um longo processo de insatisfações, coalizões e disputas políticas se instaurou. A independência americana, intitulada como primogênita no mundo Ocidental da época, foi apenas o cume de uma série de movimentos reacionários à rígida política taxativa imposta pela metrópole inglesa. Assim, a título exemplificativo, depois da Guerra dos Sete Anos (1756-1763) travada entre Inglaterra e França, a qual significou um aperto nas relações entre Inglaterra e suas Colônias, principalmente com a gradativa imposição de taxas ao território colonial, exurgiram reações diversas, a maioria das quais resultante de oneração excessiva dos bolsos da população colonial. Neste caminho, podem ser citadas algumas medidas inglesas, das quais resultou incontinenti contra-ataque colonial: Lei do Selo (1765); Lei Townshend (1767); entrega, à Companhia das Índias Orientais, do monopólio da distribuição do chá na América (1773), a qual estimularia o célebre episódio do *Boston Tea Party*; e as Leis Intoleráveis (1774), dentre as quais a do Aboletamento, que obrigou os colonos a alojar e manter em suas casas os soldados ingleses. Todas essas medidas, sempre seguidas de incontroláveis reações por

parte dos colonos findaram por gerar a convocação do 1º Congresso Continental de Filadélfia, em setembro de 1774, o qual não tinha ideais separatistas, mas pretendia impor à metrópole regras impeditivas da constante e crescente taxaço incidente sobre as Colônias. Sob o lema *no taxation without representation*, tentou-se exigir a participação de deputados eleitos pelos colonos no Parlamento inglês. Ante à negativa do governo inglês e ao inevitável agravamento da crise, convocou-se, em 10 de maio de 1775, o 2º Congresso Continental de Filadélfia, já com intenções inegavelmente insurrecionais. Foi assim autorizada a formação de um exército rebelde, comandado por George Washington, de Virgínia (o qual viria a assumir, em 1789, a presidência da República norte-americana). Enfim, em 1776, depois de formado no Congresso o Comitê dos Cinco, Thomas Jefferson redige a Declaração da Independência, proclamada aos 04 de julho daquele ano.

Com efeito, queda-se imprescindível acentuar que a federação, como hoje a conhecemos, não foi desde o início adotada como forma de Estado no continente norte-americano. Logo após sua independência, no ano de 1776, formou-se, no novo país, uma confederação, calcada em um Tratado firmado pelas Treze Colônias, do qual resultariam, em 1781, os famosos Artigos da Confederação, instituindo-a como forma de Estado naquela embrionária nação. Dalmo de Abreu Dallari confirma, afirmando que “*o Estado Federal nasceu, realmente, com a constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. Em 1776 treze colônias britânicas da América declararam-se independentes, passando a constituir, cada uma delas, um novo Estado. Poucos anos depois celebraram entre si um tratado, conhecido como Artigos de Confederação, aliando-se para uma ação conjunta visando, sobretudo, à preservação da independência*”<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994. p. 216.

Entretanto, como bem salienta Fernanda Dias Menezes de Almeida, “*cedo (...) mostrou-se ineficaz a união meramente confederativa, em face dos problemas de ordem externa e interna que os novos Estados precisaram enfrentar*”.<sup>8</sup>

Deveras, as peculiaridades do Estado confederativo não se mostravam hábeis o suficiente para garantir a tranquilidade e a união de um povo recém liberto dos laços coloniais britânicos. Sob a égide, assim, deste curto período confederativo, surgiram, na região, inúmeras manifestações de cunho contrário, dentre as quais se mostra menção à relevante obra conjunta de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, intitulada *The Federalist*<sup>9</sup>, sem sombra de dúvidas, a grande contribuição escrita para a propulsão da forma federal de Estado nos Estados Unidos e fora dele.

O nome dos três autores está intimamente ligado à luta pela independência dos Estados Unidos, à elaboração de sua Constituição e ao futuro político norte-americano pós-Constituição.<sup>10</sup> Criticaram ferrenhamente os Artigos da Confederação e visavam à mais breve criação de uma Constituição para o país, o qual, certamente, deveria abandonar o liame confederativo e se transformar em uma federação, nos moldes hoje concebidos. Nesse rumo, em seu Paper de nº 15, Alexander Hamilton exaltou os por ele chamados defeitos da Confederação. Expôs: “(...) *the point next in order to be examined is the ‘insufficiency of the present Confederation to the preservation of the Union’*”. E, por exemplo, entre outras preocupações e

---

<sup>8</sup> ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 21.

<sup>9</sup> HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. *The Federalist*. Cambridge: John Harvard Library, 2009. Ressalte-se, versão esta moderna, de tantas e tantas já reproduzidas sobre os mesmos escritos.

<sup>10</sup> James Madison teve efetiva participação na elaboração da Constituição de 1787, sendo, ressalte-se, chamado de *Father of the Constitution* (pai da Constituição). Sua contribuição ao seu país não se exaure aí. Foi também um dos líderes do partido republicano, pelo qual seria eleito o quarto presidente dos Estados Unidos, em 1808. Já Alexander Hamilton foi o primeiro secretário do Tesouro dos Estados Unidos e um dos principais conselheiros políticos de George Washington, o primeiro presidente dos Estados Unidos. Enfim, John Jay, também ligado a George Washington, foi o primeiro presidente da Corte suprema americana.

conclusões, o medo da anarquia no regime confederativo mereceu realce: “(...) *It must in truth be acknowledge, that however these may differ in other respects, they in general appear to harmonize in this sentiment, at least, that there are material imperfections in our national system, and that something is necessary to be done to rescue us from impending anarchy*”<sup>11</sup>.

Portanto, a intensa crítica interna ao sistema confederativo, levou a apenas formada nação a, quando da criação da Constituição de 17 de setembro de 1787, modificar substancialmente sua forma de Estado, passando a não mais se regular por normas características de um regime confederativo. Surgia, desta maneira, o federalismo como forma de Estado, modelo que abraçaria diversas sociedades do mundo, frise-se, inclusive a brasileira, e até os dias atuais, uma vez que todas as posteriores produções constitucionais tomaram o mesmo rumo da Constituição nacional de 1891, sempre mantendo no país a Federação como forma de Estado.

Nessa toada, ultrapassado o exame jurídico-histórico, com viés constitucionalizado e voltado, majoritariamente, para o caso brasileiro, o que desponta, contemporaneamente, no Brasil, é um Estado Federal peculiar – como normalmente ocorre em vários ao redor do mundo, já que cada Estado pode adotar um modelo, mas o adapta à sua realidade concreta, o que leva o federalismo a possuir particularidades aonde quer que seja adotado -, mas dotado de uma série de problemáticas. De todo modo, a presença de três graus federativos merece realce, sobretudo porque a inspiração norte-americana poderia ter levado à existência de apenas dois patamares. Mas União, Estados e Municípios findam mesmo por representar os três níveis da Federação brasileira, conforme quis o legislador constituinte originário de 1988 já no Art. 1º, *caput*, da Constituição da República (“República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”). E, muito embora minoritariamente haja entendimento defensor de

---

<sup>11</sup> HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. *Obra citada*, p. 86-87.

dois níveis e graus federativos também no Brasil<sup>12</sup>, não se adentrará tal questão neste estudo, por se entender ser situação superada. O Brasil, para todos os fins, é um Estado Federal possuidor de três graus federativos.

Logo, o estudo aprofundado do federalismo brasileiro deve levar em conta a autonomia e competências próprias da União, dos Estados membros e dos Municípios brasileiros, somada à figura *sui generis* do Distrito Federal, o qual não representa um novo grau, nem mesmo figura ou ente. No entanto, para além das citadas autonomia e competências, outros elementos despontarão, no capítulo seguinte, como essenciais para se entender e estudar, consentaneamente, o Estado Federal. O que, no Brasil, entende-se não se ter ainda feito de maneira verdadeiramente recortada e especializada, ainda mais nos dias atuais, em que a complexidade jurídica e social adquiriu níveis muito mais elevados dos que os existentes quando da promulgação da Constituição e nos primeiros anos de sua vigência.

Sem nenhuma pretensão exagerada e que ultrapasse os objetivos bem delimitados deste estudo, pelo menos que se retome uma discussão que não pode ser estancada em um Estado como o brasileiro. Que, continuamente, clama por aprofundamentos, sobretudo em matérias que contemporaneamente vão ganhando e adquirindo novos e modernos contornos.

---

<sup>12</sup> José Afonso da Silva assumiu posição própria no universo teórico-jurídico brasileiro, sustentando não se tratar a figura dos Municípios de um terceiro grau federativo. Assim se posiciona o citado autor: “A Constituição consagrou a tese daqueles que sustentavam que o Município brasileiro é ‘entidade de terceiro grau, integrante e necessária ao nosso sistema federativo’. *Data venia*, essa é uma tese equivocada que parte de premissas que não podem levar à conclusão pretendida. Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integra o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação” (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996, p. 450-451.). Ressalte-se que José Afonso da Silva aproveitou, no texto transcrito, opinião de Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 1985, p. 39.).

## 2 Elementos de análise e alguns exemplos fáticos

### 2.1 Iniciação

Finalmente, então e, de forma um tanto quanto anunciativa e propositiva, parte-se para o elenco ora considerado de exame essencial para que se possa adequadamente esmiuçar e afunilar o estudo da Federação brasileira. Uma enumeração que levará em conta, sob determinada ótica, características centrais do federalismo, mas, sob visão e enfoque distintos, elementos, requisitos ou condições de um Estado Federal.

Por corolário, oferecem-se os seguintes elementos, os quais, se estudados separada ou conjuntamente, darão, certamente, ainda mais no cenário brasileiro atual, ensejo a inúmeras, vastas e profundas análises sobre a federação no Brasil, proporcionando-se um mapeamento que ora se entende ainda precário sobre problemas, vicissitudes e, também, por que não, virtudes da República Federativa do Brasil: a) simetria; b) hierarquia; c) competências; d) autonomia; e) descentralização/desconcentração; e f) independência.

Ressalte-se, tais elementos são um rol escolhido neste texto sem pretensões taxativas. Muito embora se acredite que têm condições de trazer à tona para debate e pesquisa senão todos, boa parte de questões e problemáticas ligadas ao federalismo pátrio, outros elementos podem ser invocados e suscitados por estudiosos do tema. Mas que se atente, sempre, para a nomenclatura e o conteúdo a ela associado, a fim de que não e depare o leitor interessado com repetições ou meras outras formas e maneiras de se estudar e anunciar o que aqui de propõe.

E, para além disso, que fique sempre evidente ora um teor mais clássico, ora mais crítico, ora mais contemporâneo e ora mais provocativo do que a seguir passará a ser abordar. Os elementos elencados terão este condão e, a depender de cada um, poderão

desde agarrarem-se a noções clássicas até estimularem novas reflexões.

## 2.2 Simetria

Portanto, o primeiro elemento acima citado é o da simetria. Em linguagem comum, simétrico é o que parece igual. Em linguagem matemática, o vocábulo adquire conotação importante ao se aproximar da geometria, entre outros ramos do saber de ciências exatas. Mas, em todas as situações, as ideias de identidade e semelhança entre figuras ou cálculos estão presentes.

Para os fins deste estudo, a ideia maior será a mesma, embora os institutos, fatos, atos e itens comparados sejam outros. Comparam-se, no Direito, principalmente normas, isoladas ou conjuntamente, neste último caso podendo a comparação recair sobre leis inteiras, assim como sobre Constituições e demais documentos jurídicos.

No caso, assim, da simetria, os principais elementos e institutos de exame aqui escolhidos serão as chamadas Leis Máximas de cada ente ou grau federativo. Mais precisamente, a Constituição da República, as Constituições todos Estados membros da Federação brasileira e as denominadas Leis Orgânicas Municipais, produções constituintes municipais que representam a Lei Maior dentro de cada município do país.

Portanto, avaliar-se-ão os trabalhos do poder constituinte derivado decorrente, mas sob a ótica e a lente do federalismo brasileiro e, de modo mais específico, da simetria. Ressalte-se, simetria que pode ser anunciada como um princípio, como um valor ou como uma regra. Ou, ainda, como uma norma, sem definição exata de sua natureza jurídica formativa. Para os fins do que ora se pretende, embora tal diferenciação ou anunciação não esteja ligada ao cerne da pesquisa e, neste momento, nela não influencie diretamente, compreender-se-á simetria como uma regra.

Nesse sentido, a ideia jurídica de simetria no que tange à comparação entre Constituição Republicana (no âmbito de um 1º Grau Federativo), Constituição dos Estados (2º Grau Federativo) e Leis Orgânicas Municipais (3º Grau Federativo), levará em conta a noção de que a Constituição da República serve como uma espécie de exemplo, de espelho, cuja imagem deve refletir nas Leis Máximas dos graus e entes federativos inferiores. Portanto, a Constituição brasileira de 1988 não somente vinculará as Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, mas também estas últimas deverão respeito incondicional às previsões da Constituição mor brasileira.

De todo modo, primeiramente, é fundamental já perceber que a Constituição da República é entendida como a do primeiro grau federativo, mas nem todas as suas normas são para a União e, sim, para o Brasil todo. Em outras palavras, se, por exemplo, quando a Constituição reserva uma Seção inteira ao chamado Processo Legislativo; quando dedica outra Seção ao Congresso Nacional; enfim, quando, entre outras, possui seções e capítulos voltados para o Senado Federal e para a Câmara dos Deputados, direciona suas normas para a figura da União, ou seja, para o Primeiro Grau Federativo brasileiro.

Contudo, paralelamente, quando a mesma Constituição e seus 250 Artigos trazem normas chamadas fundamentais, com os tão famosos direitos fundamentais, direciona-se a toda nação brasileira, a todos os âmbitos federativos e, por consequência, à União, aos Estados, aos municípios, ao Distrito Federal e quem quer mais que faça parte da estrutura federal e nacional. E isto ocorrerá não somente com os direitos fundamentais, mas com também uma série de outras normas aplicáveis, por sua própria natureza, não apenas a um grau federativo e, sim, a toda nação brasileira.

Ainda no que diz respeito à relação entre as Leis Máximas de cada ente Federativo brasileiro, não se pode deixar de perceber que, se a Constituição de 1988 foi normativamente mais generosa na regulação da estrutura e organização dos três Poderes da República brasileira no âmbito e patamar da União, não deixou de trazer



normas básicas de como seriam as estruturas dos mesmos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nas demais esferas legislativas. E, ao fazer isso, ela própria, repita-se, a Constituição, estabeleceu já diferenças marcantes que, se interpretadas de modo rígido já, sob certa medida, colocam em xeque uma simetria no tocante à organização de cada Poder. Entretanto, neste ponto, uma (as)simetria chamada interna com reflexos também externos.

Assim, se no primeiro grau federativo vige o bicameralismo legislativo, nos Estados e municípios optou-se pelo unicameralismo, nas figuras das Assembleias Legislativas de cada Estado e das Câmaras Municipais ou dos Vereadores, no âmbito de cada município. Note-se, uma assimetria interna, isto é, facilmente extraída do próprio texto constitucional, mas com reflexos externos evidentes, uma vez que reproduzidos no mundo fático. No que diz respeito ao Poder Executivo, sua Chefia, apesar de representada na figura de apenas uma pessoa, possui naturais diferenças, ainda mais se for levada em conta os fatores governabilidade e governança, que apontam para uma relação permanente, sobretudo entre Executivo e Legislativo, a ocorrer de modo logicamente distinto em um ambiente legiferante com duas Casas Legislativas e em outro, com apenas uma Casa representando o Poder Legislativo.

Concomitantemente e, com olhar também voltado mais especificamente para os três Poderes da República brasileira, mas com foco agora levemente diferenciado, percebe-se também importante peculiaridade no que tange à ideia e noção de simetria. Trata-se da própria particularidade conferida pela própria Constituição de 1988 à existência dos Poderes no âmbito de cada grau federativo. Assim, foi também o legislador constituinte originário que, ao fortificar o município como terceiro grau federativo, estabeleceu a exigência de este último possuir Poderes Executivo e Legislativo próprios, mas sem prever qualquer e igual obrigatoriedade para o Poder Judiciário. Muito pelo contrário, restou firmado que os municípios não possuiriam um Poder Judiciário próprio, valendo-se do Judiciário do respectivo Estado dentro do qual se localizassem para fazerem tramitar ações de seu

interesse. Note-se, uma também assimetria interna, com claros reflexos externos.

Contudo, se as colocações acima já evidenciam como se pode no Brasil pensar em simetria, ou seja, paradoxalmente, de modo assimétrico, que agora se adentre exemplo ainda mais específico. Embora algumas diferenças entre entes e graus federativos possam até ser reputadas naturais para o funcionamento de um Estado Federal, outras várias começaram a surgir, desafiando a interpretação sobre a aplicação e respeito à regra da simetria. E um exemplo claro, também entre outros que poderiam ser aqui dados, é o da possibilidade de iniciativa popular de proposta de emenda às Constituições Estaduais, sem que isto esteja presente na Constituição da República para o processo legislativo federal ou da União. Por corolário, pergunta-se: até que ponto acréscimos ligados aos processos legislíferos em graus inferiores podem ser tolerados?

Examinado uma série de Constituições Estaduais brasileiras<sup>13</sup>, percebe-se que o legislador constituinte derivado decorrente, para além de realizar ajustes necessários à diferença entre uma realidade bicameral e outra unicameral, arriscou-se em novas áreas. E findou por criar situações inexistentes na Constituição da República. E, uma delas, é a relativa à, frise-se, citada iniciativa popular de emenda. Vários Estados membros da Federação brasileira a admitem, apesar de o Art. 6º, *caput*, da Constituição de 1988 trazer apenas 03 (três) hipóteses de iniciativa para emendas à Constituição, nenhuma delas versando sobre iniciativa popular.

No entendimento que ora se traz à tona, pelos menos 03 (três) são as possibilidades de se encarar tal situação. Uma primeira (a) que não vincula o processo legislativo federal e previsto na Constituição da República aos demais entes federativos, criando-se uma patente, mas juridicamente consentida assimetria; uma

---

<sup>13</sup> Entre outras Constituições Estaduais, sugere-se conferir a Constituição dos Estados do Amapá (Art. 103, inciso IV); do Amazonas (Art. 32, inciso IV); da Bahia (Art. 74, inciso IV); do Ceará (Art. 6º); do Espírito Santo (Art. 62, inciso III); de São Paulo (Art. 22, inciso IV); e do Rio Grande do Sul (Art. 58, inciso IV).

segunda (b) que vincula estritamente o processo legislativo federal aos demais entes federativos, permitindo-se somente os ajustes que digam respeito às diferenças constitucionais entre as características dos Poderes de cada ente e grau federativos, tais como, em caráter central e principal, a da quantidade de Casas Legislativas e seu conseqüente diferente funcionamento; e uma terceira (c) que apenas vincula o processo legislativo federal aos demais entes federativos no tocante à maneira pela qual se exerce o poder constituinte derivado reformador, ou seja, ao processo de criação de emendas às Constituições Estaduais e às Leis Orgânicas Municipais.

Apesar de aqui se entender que a primeira possibilidade não deve ser aplicada, pois tornaria o processo legislativo federal um mero conjunto de normas gerais federais, aplicados, preponderantemente, no âmbito da União, oscila-se no entendimento quanto à aplicação das segunda e terceira possibilidades. O que quer dizer que, neste texto e, com base no exemplo escolhido, em que pesem já existirem assimetrias internas e externas, conforme já acima exposto, no tocante ao processo de alteração das Leis Máximas do país, o respeito à Constituição da República deve ser estrito e qualquer interpretação extensiva do Art. 6º da Carta Magna brasileira deve ser imediatamente reduzida, de modo a transformar-se em restrita.

Desse modo, embora muito se valorize a democracia participativa em suas mais variadas nuances, não se considera razoável, neste texto, admitir uma conduta que ultrapassaria os limites assimetria e se transformaria em uma conduta criadora e inovadora no âmbito não somente infraconstitucional, mas da esfera de autonomia de cada ente federativo, no processo de criação e manutenção de suas Leis Máximas. Fato que, em última instância, poderia ser reputado uma inconstitucionalidade.

Se o dito acima já representa uma manifesta realidade, em torno da qual uma preocupação jurídico-política deve permanentemente se instalar, a fim de que se possa cada vez mais se refletir sobre o Estado Federal brasileiro, suas características, variáveis, nuances, aspectos,

possibilidades e interpretações, sobretudo no que tange à simetria e à assimetria, outras tantas problemáticas existem e, logo abaixo, novamente escolher-se-á ilustração, que se entende palmar para mais um entendimento sobre o Estado Federal. Mas já com migração e interface com a ideia de hierarquia.

### 2.3 Hierarquia

Por conseguinte, que se emerja o exemplo de leis de caráter urbanístico no âmbito dos três graus federativos, assim como na esfera maior das próprias Leis Máximas de cada ente.

Não há dúvidas de que, se a simetria é um valor, uma norma, bem jurídico e/ou político a ser considerado e realçado em um Estado Federal, a hierarquia, principalmente entre normas jurídicas, aparece como novo elemento a ser trabalhado. E as chamadas leis urbanísticas podem demonstrar também um real problema federativo ligado à distribuição de competências. Veja-se o caso brasileiro: Constituição da República, Estatuto da Cidade, Estatuto da Metrôpole (e o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado)<sup>14</sup>, Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Municipais, Planos Diretores, leis e decretos municipais. Todos os documentos apenas mencionados são portadores, ora em menor, ora em maior quantidade, de normas de cunho urbanístico. E tanto a questão da simetria pode mais uma vez estar em voga, quanto, principalmente, a referente à hierarquia.

Uma simplicidade, por um lado, ligada uma complexidade, por outro, leva a um adiantamento conclusivo que ora já se expõe.

---

<sup>14</sup> A Lei 13.089, de 15 de janeiro de 2015, instituiu o Estatuto da Metrôpole, que, entre outros institutos, criou o chamado Plano de Desenvolvimento Integrado (PDUI). Eis sua inicial previsão no Art. 2º da referida Lei: “Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se: (...) III – gestão plena: condição de região metropolitana ou de aglomeração urbana que possui: (...) c) plano de desenvolvimento urbano integrado aprovado mediante lei estadual”. Que continua, para melhor definir o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI), no inciso VI, do próprio Art. 2º: “VI – plano de desenvolvimento urbano integrado: instrumento que estabelece, com base em processo permanente de planejamento, as diretrizes para o desenvolvimento urbano da região metropolitana ou da aglomeração urbana”.

Nesse viés, entende-se que a Constituição da República não pode ser desrespeitada de modo algum. Assim, em matéria urbanística, rege o ordenamento jurídico. Mas, como possui normas que não são suficientes para a regulação de toda uma ordem jurídico-urbanística para o país, precisa de complementações. E o próprio legislador constituinte originário assim entendeu ao declarar expressamente de eficácia limitada, por exemplo, toda gama das principais e mais chamativas normas constitucionais urbanísticas. O Art. 182<sup>15</sup>, *caput*, da Constituição, dessa forma, sempre pediu por lei complementadora infraconstitucional, que somente chegou em 2001, por meio da Lei 10.257, denominada Estatuto da Cidade.

Pois bem. Criado o Estatuto da Cidade, poderiam os problemas urbanísticos verem-se resolvidos, mas a própria natureza da matéria não permitira tal solução. Assim, o Estatuto da Cidade, salvo pontuais exceções, foi e é considerado um portador de normas gerais sobre matéria urbanística. Se comparado à Constituição pode ser considerado mais específico? Sim, sem sombra de dúvidas. Mas não o suficiente para poder representar um bloco de normas urbanísticas capazes de serem imediata e rapidamente aplicadas para resolverem problemas variados, nas milhares de cidades e municípios brasileiros.

Por consequência, o próprio Estatuto da Cidade, sem desrespeitar, também a Constituição de 1988, deixou claro que Estados, mas, sobretudo, municípios, teriam um não somente papel essencial, mas também preponderante em matéria urbanística. Que sejam abertas e folheadas as Constituições de cada Estado membro da Federação brasileira e serão encontradas inúmeras e mais específicas normas urbanísticas. O mesmo e, no mesmo grau evolutivo de aprofundamento, nas Leis Orgânicas Municipais.

---

<sup>15</sup> “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

No entanto, saindo da esfera das Leis Máximas do país, de cada Estado e de cada município, se já se falou do Estatuto da Cidade, que se agora mencionem os Planos Diretores Municipais. O Plano Diretor, figura prevista na Constituição de 1988 e com normas gerais melhores detalhadas no próprio Estatuto mencionado, visa à ordenação territorial e desenvolvimento urbano de cada município, segundo as características e particularidades de cada. Pois, ora, é elaborado no âmbito municipal e, portanto, pelas respectivas Câmaras Municipais (dos Vereadores) dos municípios brasileiros<sup>16</sup>, as quais o elaboram por meio, via de regra, de leis complementares municipais. E o Plano Diretor de um município representará um norte a ser seguido pelo respectivo ente componente do terceiro grau federativo para o seu desenvolvimento urbano, para sua ordenação territorial e, por conseguinte, nos termos do pretendido pela Constituição da República, para cumprimento integral da função social da propriedade nas cidades brasileiras.

Mas, para além dos Planos Diretores, cada município precisará, ainda, em matéria urbanística, de leis municipais complementadoras e que darão maior concretude ao previsto no Plano Diretor. Além do que decretos municipais, elaborados no âmbito já do Poder Executivo, no exercício de seu poder regulamentar, devem representar o término de uma longa cadeia aplicacional sobre questões urbanísticas. Término mesmo? Bem, em realidade, para além de outras normas existentes, ainda se incluiria, para os fins deste trabalho, o Estatuto da Metrópole e o Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado.

Mas, que então, se faça breve revisão e novo apanhado. Sobre matéria urbanística, poder-se-ia visualizar a seguinte ordem hierárquica: Constituição de 1988, Estatuto da Cidade e Estatuto da Metrópole (no mesmo patamar mas com especificidades variadas), Planos de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI) de cada Estado,

---

<sup>16</sup> Nos termos do Art. 182, § 1º, O Plano Diretor é obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes. O Art. 41 do Estatuto da Cidade ampliou o rol de obrigatoriedades em seus incisos I a VI.

Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Municipais, Planos Diretores Municipais, leis municipais e decretos, também municipais.

Não é o momento para se esmiuçar várias das leis e instrumentos legais acima citados, mas o que diretamente interessa é a sua suposta abrangência e hierarquia. Quanto à Constituição de 1988, sua abrangência e hierarquia devem ser reputadas máximas, acima de todas as demais normas. Quanto ao Estatuto da Cidade, está-se diante de uma lei federal, de eficácia nacional, produzindo efeitos e vinculando não apenas a União, mas todos os demais entes federativos. Algo parecido e mais específico, isto é, com maior grau de especificidade, ocorre com o Estatuto da Metrópole. Assim, as Constituições Estaduais, Leis Orgânicas, Planos Diretores, leis e decretos municipais devem respeito ao Estatuto da Cidade e, no que couber em matéria metropolitana, ao Estatuto da Metrópole. Com a criação do Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI) pelo último referido Estatuto, municípios integrantes de regiões metropolitanas precisam ter seus Planos Diretores adequados ao respectivo Plano de Desenvolvimento Urbano Integrado (PDUI)<sup>17</sup>, elaborado pelo Estado dentro do qual o município está localizado e para a também respectiva região metropolitana a que pertence. Então, por corolário, tal vinculação e hierarquia findam por necessariamente atingir as leis e decretos municipais até então submetidos ao correspondente Plano Diretor, de um município integrante de uma região metropolitana, modificando a cadeia hierárquica.

No entanto, se o acima já se apresenta como um cenário correlacional urbanístico a ser respeitado, não se pode esquecer que nada muda com relação ao dever de respeito total de uma Lei Orgânica Municipal pela Constituição do Estado de que o município faz parte. Assim como do dever de respeito de todos os Planos Diretores Municipais de um Estado à respectiva Constituição do Estado a que se submetem. Mas e as Constituições Estaduais, devem

---

<sup>17</sup> Plano de competência legislativa estadual e a ser elaborado para cada região metropolitana de um Estado, nos termos do anteriormente já mencionado e fundamentado.

respeito aos Estatutos da Cidade e da Metr pole? Ao Estatuto da Cidade, já se mostrou este texto favorável ao respeito citado. E, no tocante ao Estatuto da Metr pole, lei mais voltada   cria o de normas gerais para a regula o de regiões metropolitanas, devem, sim, as Constitui es Estaduais respeitarem-no. Mas, logicamente, no que as especificidades e objetivos do Estatuto da Metr pole disserem respeito, ou seja, em matéria, tão somente, de normatiza o das regiões metropolitanas.

Repare-se, entretanto, em uma cadeia hierárquica com grau não somente vertical ou horizontal, mas de profundidade. Mais precisamente, dimensional. Na análise que ora se propôs, mistura-se uma linha inicialmente reta de rela es entre Leis Máximas de cada ente federativo, com leis ordinárias e complementares, elaboradas pela União, pelos Estados e pelos municípios, em uma mistura que produz uma particularidade nacional não encontrada, de forma idêntica, em nenhum outro país federal do globo terrestre. Algo, realmente, multidimensional. Por isso, então, o exemplo trazido   tona foi o entendido mais rico e proveitoso para se poder explorar não uma questão hierárquica básica, mas, muito mais do que isso, uma pl iade de varia es proporcionadas pela teia vinculativa urbanística da estrutura inicial e primeiramente montada pela Constitui o de 1988.

Se simetria e hierarquia, portanto, mostraram-se difíceis de serem domadas de forma absoluta no ordenamento jurídico brasileiro, que se então, agora com a maior brevidade que os próprios temas impõem, examinem os elementos das competências, da autonomia, da descentraliza o/desconcentra o e da independência.

## **2.4 Competências**

O tema ligado às competências, embora já ventilado e imbricado em análises prévias, pode ser ainda realçado a partir do previsto na própria Constitui o Republicana. E seus Artigos 21 a 24



e 30<sup>18</sup>, trouxe uma subdivisão que, em uma primeira leitura, pode ser considerada resolutória. Mas, se melhor examinada, leva a indagações como a da abrangência “para a União” ou “nacional” de normas elaboradas em respeito a competências e, paralelamente, a questionamentos ligados a competências ditas ou não ditas concorrentes, assim como às chamadas por exclusão, privativas e/ou exclusivas. A título ilustrativo, será que toda competência legislativa não expressamente prevista como da União ou dos municípios será de poder dos Estados membros da Federação? Em algumas situações, interpretações podem levar a conclusões de difícil solução e dependentes de entendimentos que podem divergir, o que, do ponto de vista divisional, acaba por levar e conduzir a incertezas e inseguranças jurídicas.

Já quanto às competências concorrentes, apesar de normativamente taxadas na Constituição, podem também levar a sobreposições perigosas em matérias delicadas e de delimitação mais tênue e limítrofe entre assuntos. E que a mesma preocupação alcance os elencos de competências, por exemplo, da União, em que legislações sobre direito civil e direito penal<sup>19</sup> são indubitavelmente de competência da União, mas com eficácia e produção de efeitos nacional, enquanto que legislações sobre remunerações de carreiras chamadas

---

<sup>18</sup> Dos Artigos 21 a 24, somados, principalmente, ao Art. 30, restam estabelecidas competências de vários tipos e espécies, mas com foco maior, pelo legislador constituinte originário, nas denominadas competências legislativas. Repare-se que, com exceção parcial das previsões do Art. 21 e do Art. 23, em que se encontram diversas medidas executivas em sentido amplo, os demais preponderantemente voltam-se para as ditas competências legislativas. Eis um breve e resumido apanhado: “Art. 21. *Compete à União:*” com XXV incisos; “Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre:*”, com seus XXIX incisos e parágrafo único; “Art. 23. *É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*”, com seus XII incisos e parágrafo único; “Art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:*”, com seus XVI incisos e 04 parágrafos; “Art. 30. *Compete aos Municípios:*”. O próprio Art. 30 mistura competências legislativas e executivas e, ressalte-se, mesmo as aqui consideradas competências ligadas a medidas executivas em sentido amplo, muitas vezes exigirão ou esbarrarão em atividades legislativas, o que leva a uma maior necessidade de atenção ao respeito à subdivisão constitucional e, paralelamente, à também ocorrência de sobreposições e eventuais discussões sobre se a competência legislativa é de um ente ou de outro, de um grau federativo ou de outro inferior ou superior, a depender de que tipo de conflito possa existir.

<sup>19</sup> “Art. 22. *Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho*”.

federais, são, igualmente, de competência da União, mas com eficácia e produção de efeitos somente no primeiro grau federativo<sup>20</sup>.

No que concerne a um clássico problema ligado ao caráter exclusivo ou privativo de competências da União, em razão das previsões contidas nos Artigos 21 e 22 da Constituição, aqui, apenas para que não se deixe de pronunciar sobre o tema, entende-se que as competências privativas, previstas no Art. 22, não significam competências exclusivas, em razão da possibilidade contida no parágrafo único do mesmo dispositivo, que estabelece que *“lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”*, fato patentemente autorizador de uma delegação por meio de ato legislativo qualificado, que é o decorrente de lei complementar, que exige quórum de maioria absoluta para sua aprovação. E, quanto ao Art. 21, que poderia ser quiçá entendido como uma competência que excluiria a atuação dos demais entes e graus federativos, entende-se estar diante de situação a ser relativizada. Pois, como já exposto, muitas medidas executivas podem depender de lei para serem concretizadas. E, portanto, muitas das previsões contidas no Art. 21 podem depender de leis cujas competências foram definidas no Art. 22 para se concretizarem, o que indiretamente comprometeria e colocaria em xeque uma competência exclusiva da União sobre as matérias enumeradas no Art. 21, sobretudo em razão do já logo acima mencionado Art. 22, parágrafo único, da Constituição da República.

Note-se, por corolário, que uma divisão e repartição de competências fazem parte de uma estrutura federal como a brasileira. Mas, ao mesmo tempo e na mesma toada, causam indagações e levam a necessidades de enfrentamento adequado para que o funcionamento do Estado não reste comprometido.

---

<sup>20</sup> O próprio Art. 22. Inciso I, mencionado logo anteriormente, é exemplo de competências que levam à criação de leis federais de eficácia nacional. Entretanto, veja-se uma competência de caráter mais compartimentalizado e direcionado para a União: *“Art. 22. (...) XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais”*.

Assim, para além do acima exposto, que se valha de exemplo mais concreto e que, de alguma maneira, sempre costuma ser utilizado como demonstração e comprovação de força do Poder Executivo nacional, sobretudo quando o foco de variados estudos recai sobre temática relacionada ao apenas levantado. É certo que tal exemplo pode, em certa medida, valer para os elementos ora da simetria, ora da descentralização/centralização e desconcentração/concentração, mas se escolhe o momento de exame das competências para sua inserção neste texto.

Nesse sentido, aqui se acrescenta, a título ilustrativo, o instituo das conhecidas medidas provisórias, de competência criadora do Chefe do Poder Executivo nacional, ou seja, do Presidente da República. Apesar de alguma brecha ser encontrada no texto constitucional para a permissão de sua elaboração no âmbito de Estados membros da Federação brasileira – matéria então mais relacionada ao elemento da simetria -, o Art. 62 da Constituição da República foi e continua claro, mesmo após a Emenda Constitucional nº 32/2001<sup>21</sup>, no que tange à medida provisória ser instituído, *a priori*, entregue nas mãos, apenas, frise-se, do Presidente da República.

Assim, se a medida provisória confere ao Poder Executivo uma atividade legiferante poderosa e que também confirma um empoderamento conferido ao mesmo Poder Executivo brasileiro – matéria aqui já mais próxima da noção de concentração de poderes em torno do Executivo -, concede, paralelamente, uma competência legislativa e de magnitude ímpar a este Poder tradicionalmente responsável pela gerência e administração do estado brasileiro. Uma atribuição, uma prerrogativa, um poder, que, sob certo ângulo, concomitantemente transfere também competências ao Presidente da República.

E, ressalte-se, ao assim se abordar o tema, não raro se depara o país com a necessidade de o Chefe do Executivo editar uma série

---

<sup>21</sup> “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

de medidas provisórias. E, como tais medidas entram em vigor na data de sua publicação, sem qualquer exame prévio pelo Poder Legislativo, o qual poderá ou não ratificar os termos da medida provisória em 60 dias, renováveis por mais 60<sup>22</sup>, qualquer sobreposição, invasão ou imersão de competências que não da União pode perfeitamente ocorrer, com eventual verificação a ocorrer, posteriormente, pelo Poder Legislativo.

É certo que, com a já citada Emenda Constitucional nº 32, a mudança no regime jurídico da medida provisória fez com que, por exemplo, pudesse o Legislativo realizar uma análise prévia, uma espécie de filtro<sup>23</sup>, antes de a medida provisória seguir seu rumo de exame, deliberação e votação pelas Casas Legislativas do Congresso Nacional. Tudo isso, claro, com a medida provisória já produzindo seus normais efeitos. Entretanto, para além das tradicionais pressões políticas, econômicas e sociais interinstitucionais, o exame prévio a que aqui se refere tem foco primordial nas limitações materiais de uma medida provisória<sup>24</sup>, elencadas no Art. 62, § 1º, da Constituição, podendo, dada, paralelamente, a complexidade dos assuntos que envolvem as chamadas competências constitucionais de cada grau e ente da Federação brasileira, deixar de atentar para problemáticas que envolvam a preocupação que ora se sustenta. O que, assim, levaria uma medida provisória a, quiçá, ser aprovada pelo Congresso Nacional, com sua então transformação em lei, em desrespeito cabal a alguma subdivisão de competências constitucional, restando ao país apenas aguardar um futuro e incerto processo de controle de constitucionalidade para a

---

<sup>22</sup> “Art. 62. (...) § 3º As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes”.

<sup>23</sup> “Art. 62. (...) § 5º A deliberação de cada uma das Casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais”.

<sup>24</sup> “Art. 62. (...) § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (...)”.

eliminação do ordenamento jurídico de lei e normas contrárias às previsões e mandamentos contidos na Constituição de 1988.

Note-se, assim, que a competência, na condição de mais um elemento escolhido para exame e análise neste texto, faz girar em torno de si complexidades e problemáticas, às quais atenção merece e precisa ser cotidianamente conferida.

## **2.5 Autonomia**

Sobre a autonomia como elemento de suma importância em um Estado Federal, muito já se falou, mas vale ressaltar que, sem ela, sequer se poderia falar de simetria, hierarquia e divisão de competências. Exatamente porque ela existe, os entes e graus federativos possuem sua parcela de possibilidades e exercícios, a serem respeitados pelos demais entes federativos.

Vale lembrar, não fosse a autonomia remanescente ou cedida aos Estados, que abrem mão de sua soberania e independência perante o ambiente internacional, o próprio Estado Federal restaria comprometido em sua origem. A conferência e manutenção de autonomias, refletidas, principalmente, em competências próprias para cada ente federativo, incluindo poderes, entre tantos, como o de auto-organização e administração, torna ainda política, econômica, jurídica e socialmente interessante a federação e o pacto federativo para a formação do Estado Federal. Pacto sobre o qual já se falou e se voltará ainda a comentar, nas linhas subsequentes.

Todavia, que não se esqueçam das problemáticas e exemplos anteriores que, no Brasil, demonstram uma autonomia não apenas naturalmente delimitada, dada a própria característica de um Estado Federal, mas também recortadas pela própria complexidade da cadeia relacional entre os entes, no exercício de suas próprias atribuições conferidas por uma série de leis complementadoras da Constituição da República. Um entroncamento legislativo que torna as autonomias de cada ente auto e inter-limitadoras.

## 2.6 Descentralização e desconcentração

E, se todo dito acima é de vital importância para a concepção e estudo do Estado Federal brasileiro, que as anunciações pretendidas prossigam rumo às ideias de descentralização e desconcentração. Elementos distintos, mas de magnitude ímpar.

Antes de tudo, é mister salientar a aproximação dos conceitos agora ventilados do Direito Administrativo. A descentralização faz parte da essência de uma administração pública moderna, mas reflete, necessariamente, na forma de Estado de determinada nação. Pois, pela descentralização, o Poder Público, ao invés de centralizar a prestação de serviços na Administração Pública Direta, em um Estado Federal como o brasileiro, representada na figura da União, dos Estados e dos Municípios, com seus respectivos Ministérios e Secretarias, desloca tais serviços e atividades para outras pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, máxime integrantes da própria administração pública indireta, quando cabível. Uma espécie de distribuição dos serviços em que o já aqui abordado elemento da hierarquia não se encontra presente, apesar de normas jurídicas e contratuais públicas regerem severamente tal distribuição e, então, descentralização.

Por outro lado, dentro de órgãos e setores da própria da administração pública, pode ocorrer uma desconcentração de funções e atividades que, embora possam até parecer de caráter horizontal e menos vertical, em realidade, findam por mais se aproximarem à verticalidade, dada a manutenção direta da relação e ideia de hierarquia. Ao desconcentrar, quem assim procedeu torna-se autoridade imediatamente superior, hierarquicamente, ao ente ou pessoa que recebeu a função ou atividade. A desconcentração, portanto, tende a ocorrer de modo menos espalhado e difuso, do ponto de vista organizacional da administração pública, pois deve ocorrer no interior de núcleos, setores, órgãos e entes administrativos. Uma distribuição distinta de funções e atividades, se comparada à ideia de descentralização.

Em um Estado Federal, por outro lado mas, com provocativa comparação com o anteriormente colocado, se pensada a ideia de remanejamento de funções em sentido macro e amplo, uma também forma de se conceber a descentralização seria a referente a uma espécie de transferência de atividades, funções, competências etc., inclusive se levadas em conta todas as mais contemporâneas formas de deslocamento de serviços, em sentido amplo, entre entes e as mais variadas instituições, o que inclui convênios, parcerias, entre outras formas, para não somente as tradicionais sociedades empresárias do direito privado, mas também, por exemplo a organizações sociais, entre outras pessoas jurídicas. Muito embora, saliente-se, o chamado terceiro setor e outras formas de contratação pela administração não sejam reputados passíveis de serem alvos da descentralização em sentido formal. De qualquer forma, que as ilustrações apenas sirvam, então, de invocação e chamada de atenção para um cenário de distribuição de funções no âmbito de todos os níveis e graus federativos, uma realidade implacável em um país com poucos recursos financeiros e com uma necessidade sempre premente de continuar prestando serviços, sobretudo de primeira necessidade, tais como, entre outros, nas esferas de saúde e educação. Aliás, por se ter trazido à tona a escassez financeira do Estado brasileiro, que aqui não se olvide o quão o federalismo brasileiro exerce potencial influência em Estados e Municípios, por meio de normas e políticas orçamentárias, financeiras e tributárias comumente desfavoráveis à permanência de riquezas com os entes federativos mencionados. Um fortalecimento da União (afirmação não absoluta, pois vários casos e hipóteses devem ser examinados de modo aprofundado e particular, a fim de que não se recaia em generalizações perigosas)<sup>25</sup> que, assim como em exemplos anteriores, demonstra uma também particularidade brasileira no

---

<sup>25</sup> Este Artigo não invade as esferas financeiras, tributárias e orçamentárias, para, em seus detalhes, poder verificar possíveis e pontuais situações e que a União pode perder força arrecadatória em comparação com Estados membros e municípios.

tocante ao funcionamento de uma Federação tendente à desigualdade material, mesmo fundada em uma igualdade de forma.

Máxime depois de visitado o Direito Administrativo, com incursões no Direito Constitucional e no cenário de uma Federação como a brasileira, retome-se o ponto e elementos ora em debate. Assim, paralelamente, um Estado Federal convive, após a intencional analogia com a figura da administração pública, principalmente, com a descentralização, quando competências são distribuídas entres os entes e graus federativos, sem uma relação necessária hierárquica. A ideia de descentralização dentro da ótica do federalismo, é também comumente reputada clássica, ainda mais quando comparada a Federação com o unitarismo. Como observado por Jorge Miranda, um Estado Unitário pressupõe um único centro com capacidade política, *“tendo em regra um único órgão representativo da tripartição de poderes, não se dando ensejo a existência de órgãos fracionados dentro do Estado que possam legislar, julgar ou executar leis”*. O mandamento maior é o de que *“somente os órgãos do Estado Central têm autonomia e competência para ciarem lei, fazê-las cumprir e instituir a jurisdição”*<sup>26</sup>. Um centro administrativo, amplamente concebido, ao invés de uma descentralização deste centro único. E, ao mesmo tempo, conviverá o Estado Federal com a desconcentração, quando eventual distribuição de competências ocorrer dentro de um mesmo grau federativo e a partir de uma nuance um tanto quanto administrativa, conforme acima exposto<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> MIRANDA, Jorge. *Intervenção federal e o federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 91-92.

<sup>27</sup> Deixa-se aqui mais uma provocação para que sempre mais se reflita sobre as tradicionais figuras do Direito Administrativo – descentralização e desconcentração -, mas com foco em um federalismo contemporâneo, em que repartições de competências podem representar redistribuições de funções em caráter vertical e horizontal, e não somente perante entes e graus, mas também, concomitantemente, entre macro e micro instituições. Assim, se a ideia de descentralização, mas com foco voltado para as teorias do Estado Federal, sempre se apresenta como um lugar comum nos mais variados enfrentamentos do tema, que não apenas se permitam novas interpretações, mas também incursões em figuras como a desconcentração, conforme já apenas provocado neste texto.



Mas, se aparenta a descentralização mais se parecer e ter ligação com o pacto federativo, e todos os elementos até aqui estudados, vale sempre lembrar que o próprio estudo da hierarquia, da simetria e da subdivisão de competências demonstrou que ora uma submissão hierárquica pode se apresentar com mais força, ora com bem menos intensidade e presença. Sobretudo em uma Federação complexa, dinâmica, mutante e com problemas e dificuldades formacionais e de continuidade como a brasileira. E se a análise atinge a esfera legislativa, já se pôde perceber que leis e normas podem ou não ter relação de hierarquia, em um sistema preponderantemente assimétrico e materialmente desigual que cria distorções na lógica federal tradicional, sobretudo ao não conseguir estabelecer uma dinâmica relacional estável entre leis, normas e, também, até mesmo atos de graus federativos diversos.

E, se todo o caminho percorrido acima demonstrou uma necessidade de cada vez mais se aprofundar e mergulhar em estudos sobre não somente os elementos selecionados do Estado Federal brasileiro, mas também outros não aqui mencionados, a estrada precisa ser integralmente percorrida para se poder concluir os objetivos inicialmente propostos. E o último elemento de exame, neste breve levantamento de razões sobre o Estado Federal, é o relativo à independência, talvez um dos primeiros a serem discutidos quando da escolha de uma nação pela forma de Estado Federal.

## 2.7 Independência

Por conseguinte, se até mesmo dentro de um Estado Federal pode-se falar de certas “independências”, em muitos casos quando, na verdade, quer-se fazer menção à autonomias, o que ora se exporá sobre independência<sup>28</sup> remonta aos primórdios da formação de uma

---

<sup>28</sup> Apesar de se poder também imaginar um cenário de independência no âmbito de graus federativos abaixo da União, aqui se defende uma ideia de independência como ligada ao poder eminentemente pertencente à União, enquanto representante primeira da nação federal formada a partir da unificação

federação. Ao momento em que Estados soberanos e independentes optam por uma união de forças em prol da formação de um Estado soberano e independente único, com a manutenção, aí sim, de certas autonomias e competências a cada novo Estado membro e antigo Estado até então, repita-se, soberano e independente. Esta a lógica central e primordial para a constituição de uma federação, uma das maiores bases do federalismo e das razões primeiras para a criação de um Estado dito Federal. É o momento real e abstrato, ao mesmo tempo e concomitantemente, do firmamento e da confirmação do pacto federativo enquanto laço mais profundo para a manutenção futura do novo Estado e nação que se formam.

No Brasil, conforme na primeira parte deste estudo se pôde perceber, o pacto federativo decorreu de uma espécie de “desunião”. Uma palavra talvez forte e excessiva para significar a extinção e troca de um Estado até então unitário por um federal. Um momento, portanto, após o lacre e pacto federativos serem definidos, de ocorrência de um processo de descentralização e, como não abordar, também nova desconcentração na seara administrativa, a fim de que se pudesse adaptar a própria gestão pública nacional a uma nova realidade, agora com competências muito mais subdivididas e, não necessariamente, com relação de hierarquia. Fato, convenha-se, muito mais vivenciado, confirmado e infirmado na prática, ao longo de mais de cem anos do federalismo brasileiro, do que no papel, ou seja, em normas ou por meio de um verdadeiro mapeamento de um Estado Federal, suas novas funções e de cada ente e grau federativos.

---

de Estados membros. Como uma base, entre tantas, a própria possibilidade de a União poder intervir em um Estado-membro com vontades separatistas e, por conseguinte, de independência do Estado Federal – caso da intervenção federal, principalmente quando da verificação de comprometimento dos princípios constitucionais sensíveis -, demonstra que o vocábulo aqui será mais voltado ao poder de apresentação no âmbito e seara internacionais. Lembre-se, com o cuidado que a comparação requer, mas com a atenção que a qualidade indica: *“E este sentido, ha podido decirse, con acierto, que el fenómeno de la proliferación de entidades institucionales ha venido a compensar el aumento constante de las funciones administrativas en el Estado contemporáneo, evitando que este aumento haya ocasionado una congestión paralizante de los órganos comunes de la Administración general”* (ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2000, p. 400.).

Uma espécie, assim, de federação formada por circunstâncias múltiplas, mas menos ligadas a uma vontade de união de forças, do que a uma série de vontades histórico-evolutivas de se romper com os laços monárquicos e se instaurar, no Brasil, uma outra forma de governo e de Estado, bem diferentes das vivenciadas até então e, realce-se, mais próximas do que de mais próximo, atual e influente se poderia captar de experiências internacionais.

Assim nasce o Estado Federal brasileiro, em 15 de novembro de 1889, com formalização na Constituição de 1891, uma dos grande marcos constitucionais da história brasileira. E a partir de um notório espelhamento no que ocorria na América nórdica, em que ex-Colônias outrora recém soberanas e independentes, transformaram-se em Estados soberanos e independentes e, em resumo, após a formação de uma confederação, terminaram por abrir mão de sua soberania e independência em favor e virtude da criação de um novo Estado, de uma nova nação: única, independente e soberana no âmbito internacional, mas com reserva de poderes, competências e autonomias para cada novo Estado membro do também novo Estado Federal. Formaram-se os Estados Unidos da América, copiados no país pelos Estados Unidos do Brazil.

De todo modo, independentemente da maneira pela qual se formaram - apesar de tal fato influenciar futurística e marcadamente no Estado Federal de cada país -, os Estados Federais acima utilizados como exemplo não escaparam do por várias vezes aqui repetido, ou seja, do pacto federativo.

No Brasil, que ora mais interessa a este estudo, tal pacto conduziu à formação de um já citado bicameralismo federal, na esfera do primeiro grau federativo. A um Poder Legislativo formado por duas Casas, uma reservada aos chamados representantes do povo brasileiro, atualmente eleitos por um complexo sistema proporcional, e outra reservada aos representantes de cada Estado membro da Federação brasileira, com a inclusão do Distrito Federal, capital da República Federativa do Brasil. E, neste último caso, representantes eleitos por um sistema majoritário. Câmara dos

Deputados e Senado Federal, assim, componentes do Congresso Nacional e da lógica federativa brasileira.

O cenário descrito leva, por consequência, à conclusão de que se uma Casa legiferante brasileira serve, em tese, para a representação dos interesses dos mais variados grupos sociais que integram o povo nacional, a outra já serve, também em tese, para a representação dos interesses diretos de cada Estado da Federação do país, ainda que, indiretamente, também do povo brasileiro, responsável pela eleição dos atuais 81 (oitenta e um) Senadores da República<sup>29</sup>.

Ressalte-se, enquanto critérios como a população de cada Estado membro vão refletir na composição da Câmara dos Deputados, fazendo com que Estados tenham um mínimo de 08 (oito) e um máximo de 70 (setenta) Deputados junto à referida “Câmara do Povo”, a eleição dos Senadores, pelo critério majoritário, também e, paralelamente, respeita a chamada norma da paritariedade<sup>30</sup>. Em mais precisos dizeres, são eleitos 03 (três) Senadores por cada Estado e mais 03 (três) pelo Distrito Federal. E isto, sem nenhuma relação com a população de cada Estado. E, da mesma maneira, aproveitando-se o ensejo da abordagem, sem qualquer vinculação eventual com a extensão territorial de cada Estado, seu poder econômico, influência cultural, poder social, político etc., elementos com maior probabilidade de discussão no momento inicial e de formação de um Estado Federal, conforme anteriormente ilustrado. Mas, por outro lado, em prol do pacto federativo, deixados de lado a partir de uma ideia de igualdade abstrata entre todos os estados que decidiram formar, a partir de sua união, um Estado novo e independente<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Três Senadores por cada Estado, somados de três Senadores eleitos pelo Distrito Federal.

<sup>30</sup> Os Artigos 45 e 46 da Constituição da República trazem, precisamente, a organização básica a que se faz menção.

<sup>31</sup> Conforme já exposto, uma igualdade abstrata que pode ser facilmente ameaçada, atacada e destruída, a depender de normas, condutas e práticas políticas, jurídicas e econômicas adotadas por governos não focados em um verdadeiro federalismo enquanto alicerce fundante de um Estado.

Note-se, por conseguinte, que a figura do Senado Federal possui forte relevância em uma Federação, exatamente por ser uma das mais claras manifestações do resultado do por vezes já citado pacto federativo. Da união de forças em que abrir mão de poderes, independência, soberania e competência, assim como submeter-se a hierarquias, ainda que oscilantes de Estado para Estado e, igualmente, dentro de um mesmo país, faz parte de um processo em que não somente se perde, mas também se ganha, sobretudo a partir da ideia de agregação de forças.

No Brasil atual, pode-se inclusive se questionar o porquê de um Estado membro da Federação brasileira não possuir, assim como a União, uma estrutura legislativa bicameral, em que uma instituição quiçá equivalente ao Senado Federal, no âmbito estadual, representaria os interesses de todos os municípios integrantes do respectivo Estado. Entretanto, silenciou o poder constituinte originário, seja pela inovação da maior, marcante e mais ampla autonomia conferida aos municípios, atuais e indubitáveis membros e ocupantes do terceiro grau federativo brasileiro, seja por uma preocupação financeira, ligada ao pagamento de uma muito mais pesada máquina estatal na esfera estadual, seja, ainda, entre várias razões, pela substancial quantidade de municípios existentes no Brasil, que se aproximam dos 06 (seis) mil.

Se todas estas questões representam problemas e características de um país complexo, com suas formas de Governo e de Estado igualmente inundadas de problemas e severamente complicadas dinâmicas, as anunciações a que se propôs o texto, apesar de ainda reputadas tímidas, podem, pelo menos, servir para uma retomada de um debate aparentemente esgotado, mas que, de maneira alguma, pode e deve ser assim entendido. Pois a Federação, inclusive e, principalmente, a brasileira, é viva, pulsante, mutante e repleta de desafios e obstáculos não extintos, mas, sim, recriados e constantemente em surgimento. Em que pese o pacto federativo, a desigualdade de fato é uma realidade a ser combatida ou, pelo menos, mitigada e melhor ajustada, a fim de que a própria

assimetria possa encontrar caminhos menos tortuosos. Isto é, possa, mais precisamente, ainda que existente e não eliminável, ser mais entendida, mapeada, parametrizada e criterizada, evitando-se os tão comuns casuísmos conclusivos e inconclusivos deste país.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. *The failure of the founding fathers*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005.

\_\_\_\_\_. *New Separation of Powers*. Harvard Law Review, Vol. 133, 633, 2000.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Volume I. São Paulo: Editora Saraiva & Cia, 1932. 6 v.

BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional brasileiro: o problema da Federação*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1982.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores, 1958.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 07. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 18. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

ENTERRÍA, Eduardo García de, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Madrid: Civitas Ediciones, S. L., 2000.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Vol. I e II. 15. ed. São Paulo: Editora Globo, 2000.

HAMILTON, Alexander, JAY, John, MADISON, James. *The Federalist*. Cambridge: John Harvard Library, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal brasileiro*. 5. ed. São Paulo: RT, 1985.

MIRANDA, Jorge. *Intervenção federal e o federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1996.

TORRES, João Camilo de Oliveira. *A democracia coroada*. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1964.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. 13. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000, 2.v.





## **Intervenção federal: texto e contexto da sua decretação no Estado do Rio de Janeiro em 2018<sup>1</sup>**

*Sérgio Ferrari*

### **1 Introdução**

Ensinar Direito Constitucional, especialmente nos cursos de graduação, sempre foi uma missão árdua, pela necessidade de cumprir um longo programa em pouco tempo. Trabalhar com exemplos do “mundo real”, em que as normas constitucionais têm aplicação prática, costuma ser um poderoso instrumento para tornar o aprendizado mais eficiente e mais interessante. Nada obstante, muitos institutos carecem de aplicação sob a égide da Constituição de 1988<sup>2</sup>, tornando mais difícil o desafio ao professor, que precisa sempre evitar ser enfadonho. Estado de defesa, estado de sítio, territórios federais, e vários outros institutos da Carta, só podem ser estudados na teoria, sem que o docente tenha exemplos práticos a apresentar.

Nos últimos anos, porém, este quadro mudou, e para melhor. Temas como o *impeachment*, as imunidades parlamentares e a ordem

---

<sup>1</sup> Agradeço à acadêmica de Direito Bárbara Drude, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) pelo auxílio na pesquisa e revisão para este trabalho.

<sup>2</sup> Não se está tratando aqui da crônica *falta de efetividade* de algumas normas da Constituição, especialmente das definidoras de direito, mesmo diante das hipóteses fáticas que preveem, assunto amplamente estudado no Brasil. Aqui se trata de algo mais simples: a mera inocorrência, no mundo dos fatos, das hipóteses fáticas que podem deflagrar a incidência de uma norma constitucional.

sucessória da Presidência da República são tratados quase que em “tempo real” com o que acontece fora das salas de aula. Neste contexto, outro instituto saiu da teoria para a prática, trazendo uma ótima oportunidade de apreciar a sua aplicação e refletir sobre seus fundamentos, atualidade e objetivos: a intervenção federal.

De fato, o Decreto nº 9.288, de 16/02/2018, que “*decreta intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro com o objetivo de pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública*” suscitou acalorados debates sobre sua “conveniência” (tanto no sentido jurídico do termo quanto em seu sentido comum), eventuais razões não explicitadas para sua decretação e sobre a sua eficiência, isto é, se atingiria os objetivos de “pôr termo” ao grave comprometimento da ordem pública.

Retrato de um tempo que mescla polarização política exacerbada, redes sociais e *fake news* (as duas últimas frequentemente manipuladas por mecanismos de inteligência artificial), o “debate” sobre o tema, especialmente fora dos meios acadêmicos, tem se caracterizado por maniqueísmo, superficialidade e, sobretudo, falta de uma visão jurídico-normativa sobre o tema, limitando-se a considerações e especulações sobre a pequena política (com “p” minúsculo). O objetivo da presente reflexão é, portanto, abordar esse esquecido aspecto jurídico-normativo, abstraindo, tanto quanto possível, considerações políticas e até emocionais que têm permeado o tema.

Para tanto, far-se-á uma breve incursão sobre as origens da intervenção e sua evolução no Direito brasileiro, seguida da análise da sua normatividade na Constituição de 1988. Em seguida, será analisada a adequação do Decreto à Constituição, dialogando com os argumentos suscitados, perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 5915<sup>3</sup>).

---

<sup>3</sup> O texto da petição inicial foi obtido na página do STF na internet ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), acesso em 16/03/2018)

## **2 As origens da Intervenção Federal e sua evolução no Direito brasileiro**

A intervenção federal tem suas raízes históricas no Direito Americano, mais precisamente na aprovação da Lei Hamilton, pelo Congresso dos Estados Unidos, em 1791. À época, a lei estabeleceu a criação de um imposto sobre o whisky, o que ocasionou uma série de revoltas e protestos nos Estados federados que dependiam da bebida para obter sua renda.

Com o objetivo de rechaçar as rebeliões, o Legislativo Federal aprovou, em 1792, com base no artigo I, seção 8, item 15 da Constituição de 1787, uma outra lei que conferia poderes ao Presidente para convocar a milícia em casos de rebelião contra o governo federal ou quando um Estado-membro estivesse atravessando alguma crise da qual não pudesse controlar e recorresse à autoridade central. Desse modo, em 1794, Washington interveio na Pennsylvania com o recrutamento de milícias advindas de quatro Estados.

Assim, a intervenção federal encontra respaldo em dois dispositivos na Constituição estadunidense: no já citado artigo I, em que compete ao Congresso “mobilizar a milícia para garantir o cumprimento das leis e repelir invasões” e no artigo IV, seção 4, em que: “os Estados Unidos garantirão a cada Estado desta União a forma republicana de governo e defendê-lo-ão contra invasões; e, a pedido da legislatura ou do Executivo, estando aquela impossibilitada de se reunir, o defenderão em casos de comoção interna”.

A própria doutrina norte-americana determina que esses dispositivos seriam cláusulas de garantia, ou seja, mecanismos que servem de proteção às unidades federadas e não simplesmente um poder dado ao governo central para interferir nos Estados. Portanto, no ordenamento norte-americano, a intervenção federal seria decretada pelo Poder Legislativo e executada através de delegação ao Poder Executivo.

No ordenamento jurídico brasileiro, a intervenção foi acolhida na Constituição de 1891, em que o artigo 6º preceituava: “O Governo Federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo: 1º) para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; 2º) para manter a forma republicana federativa; 3º) para restabelecer a ordem e a tranquilidade dos Estados, à requisição dos respectivos governos; 4º) para assegurar a execução das leis e sentenças federais”.

Pode-se observar que aquela Constituição foi contida, pois, apesar de elencar as hipóteses de intervenção, não determinava qual poder seria competente para decretá-la, se haveria ou não um interventor e quem seria responsável por analisar a legitimidade da medida.

A primeira divergência recaiu sobre a obrigatoriedade ou não do Governo intervir nos Estados-membros. Segundo Rui Barbosa, a intervenção era facultativa, tendo em vista que não consistia em um poder-dever, enquanto que, para Epiácio Pessoa, a interpretação do dispositivo não poderia ser feita de modo literal, pois a CF empregava o verbo “poder” em diferentes situações<sup>4</sup>. Assim, em verdade, Rui Barbosa queria afastar o automatismo da intervenção, enfatizando que cada situação deveria ser analisada *in concreto*, de forma cautelosa, defendendo que tal medida deveria ser excepcional.

Outro problema era a identificação do interventor que, segundo Carlos Maximiliano, poderia ser o Presidente ou algum outro agente cujo poder tenha sido delegado<sup>5</sup>. Em contrapartida, Aurelino Leal apontava que a figura do interventor nem sempre se fazia necessária, pois em algumas intervenções bastava a força militar para conter a desordem social. Ainda, ressaltava que o interventor deveria ter delimitadas todas as suas possíveis funções,

---

<sup>4</sup> A divergência dos autores é narrada na obra: BARBOSA, Rui. *O art. 6º da Constituição e a intervenção de 1920 na Bahia*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1973, pp. 5 e ss.

<sup>5</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918, p. 164.

estando autorizado a praticar, de um modo geral, os atos de conservação da intervenção<sup>6</sup>.

A maioria das intervenções federais ocorridas à luz da primeira Constituição republicana se deu sob o pretexto da manutenção da forma republicana federativa ou o restabelecimento da ordem ou da tranquilidade dos Estados-membros. Contudo, os reais motivos raramente coincidiam com os declarados, tendo a intervenção servido, nesse período, a um ilegítimo instrumento de interferência política da União nos Estados-membros.

Para solucionar as omissões e ambiguidades do texto da Constituição anterior, veio a Reforma Constitucional de 1926, que ampliou as possibilidades de a União intervir nos Estados-membros, restringindo, assim, a autonomia dos entes federados. A mudança mais brusca ocorreu na criação da intervenção para assegurar a integridade nacional e a observância de doze princípios constitucionais: 1) a forma republicana; 2) o regime presidencialista; 3) o governo presidencial; 4) a independência e a harmonia dos Poderes; 5) a temporariedade das funções eletivas e a responsabilidade dos funcionários; 6) a autonomia dos Municípios; 7) a capacidade para ser eleitor ou elegível nos termos da Constituição; 8) um regime eleitoral que permita a representação das minorias; 9) a inamovibilidade e a vitaliciedade dos magistrados e a irredutibilidade de seus vencimentos; 10) os direitos políticos e individuais assegurados pela Constituição; 11) a não reeleição dos Presidentes e Governadores; e 12) a possibilidade de reforma constitucional e a competência do Poder Legislativo para decretá-la.

Também, foram criadas as hipóteses de intervenção para garantir o livre exercício dos poderes públicos estaduais, através de solicitação de seus representantes e para, independentemente de solicitação, pôr fim à guerra civil; e, ainda, para assegurar a execução das leis e sentenças federais e para reorganizar as finanças do Estado

---

<sup>6</sup> LEAL, Aurelino. *Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, vol. I. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1925, p. 61.

cuja incapacidade para a vida autônoma se demonstra pela cessação de pagamento de sua dívida fundada, por mais de dois anos.

Assim, a intervenção consistiria em duas fases: a deliberação (em que podiam ser competentes o Congresso Nacional, o STF e os poderes locais) e a execução (em que somente o Presidente da República poderia atuar).

Com a vinda da Constituição de 1934, apesar da ampliação das hipóteses de intervenção federal, os constituintes a limitaram em oito parágrafos no artigo 12, estabelecendo a competência do Congresso para decretar a medida quando ocorresse desrespeito aos princípios constitucionais de observância obrigatória pelas unidades federadas e nos de reorganização das finanças do Estado, e a competência do STF na hipótese de inexecução de leis federais.

Outra novidade daquela Carta foi o afastamento apenas temporário dos Governadores que tivessem dado causa à intervenção, diferentemente das Constituições anteriores, que preceituavam o afastamento definitivo. Foi prevista também a intervenção nos Municípios, hipótese somente admitida para reorganizar as finanças locais. Como o regime somente durou três anos, devido ao Golpe de Estado de 1937 perpetrado por Getúlio Vargas, não foi testado o instituto da intervenção na prática.

Com a Carta de 1937, o texto constitucional conferiu ainda mais poderes à União para efetuar a medida interventiva. A grande mudança foi que, a partir daquele momento, a União poderia intervir nos Estados em casos específicos, mudando assim o comando negativo das Constituições de outrora – em que a União não interviria – para o comando afirmativo. Ademais, foi a primeira vez que o interventor foi equiparado ao Chefe do Executivo estadual. Essas mudanças, conforme Oswaldo Trigueiro ressaltou: “não eram um corretivo para eventuais distúrbios da normalidade constitucional e sim um processo de total e permanente supressão da autonomia dos Estados<sup>7</sup>”.

---

<sup>7</sup> FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, 1954, p.109.

Após o fim do Estado Novo, os Estados recuperaram sua autonomia e foi estabelecido que seriam regidos por Constituições e leis próprias. Foi restabelecida a regra segundo a qual a União não interviria nos Estados, determinando as exceções que autorizavam a medida. Outro avanço positivo preceituado pela Carta de 1934 e que retornou em 1946 foi o não afastamento definitivo das autoridades locais, que retornariam aos seus cargos após a cessação dos motivos que determinaram a medida.

Em 1964, com a instalação do Regime Militar, houve uma nova restrição na autonomia dos Estados. O ato institucional nº 2/65 estabeleceu que o Presidente da República poderia intervir nos Estados, por prazo determinado “para assegurar a execução de lei federal” e “para prevenir ou reprimir a subversão da ordem”. A Carta de 64 também autorizava a intervenção com o objetivo de reorganizar as finanças do Estado que adotasse medidas ou executasse planos econômicos em desacordo com diretrizes estabelecidas em lei federal.

Com o Ato Institucional nº 5/68, foi conferido ao Presidente o poder de decretar, de acordo com o interesse nacional, a intervenção federal nos Estados e Municípios, sem qualquer limitação, conferindo mesmo tratamento jurídico dos Governadores e Prefeitos aos interventores.

A intervenção foi prevista também na Constituição de 1969, na qual foi acrescentada a hipótese de intervenção para pôr fim à “corrupção no poder público estadual”. A Constituição de 1967 foi responsável também por prever a intervenção dos Estados nos Municípios nas seguintes hipóteses: 1) quando se verificasse impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo Estado; 2) se as comunas deixassem de pagar, por dois anos consecutivos, dívida fundada; 3) quando a administração municipal não prestasse contas a que estivesse obrigada, na forma da lei estadual. Essas disposições foram repetidas e levemente adaptadas na Constituição de 1969.

É necessário expor que, ao longo da vigência das Constituições de 1967 e 1969, nenhuma intervenção foi decretada, pela singela razão de que isto jamais foi necessário. Estados e Municípios já tinham sua autonomia seriamente restringida pelo poder central, e, além disso, foram ficando cada vez mais dependentes economicamente do Governo Federal.

### **3 Hipóteses de intervenção na Constituição de 1988**

A Constituição de 1988 retornou à tradição republicana, interrompida em 1937, que conferiu excepcionalidade à medida de intervenção federal, só podendo ser autorizada em determinadas hipóteses. A consequência mais importante dessa enunciação negativa se dá no campo da interpretação: como se sabe, normas excepcionais devem ser interpretadas sempre de forma restrita<sup>8</sup>, isto é, não cabe interpretação ampliativa ou analógica das hipóteses de intervenção.

No art. 34 da CF estão elencadas as situações excepcionais em que a União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal: 1) manter a integridade nacional; 2) repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; 3) pôr termo a grave perturbação da ordem pública; 4) garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas Unidades da Federação; 5) reorganizar as finanças da unidade da Federação que suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo por motivo de força maior, ou que deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias, dentro dos prazos estabelecidos em lei; 6) prover a execução de lei, ordem ou decisão judicial; 7) assegurar a observância dos princípios que explicita, como: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; e d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.

A Lei Maior, no artigo 35, preceitua a intervenção dos Estados nos Municípios e a da União naqueles que se localizam em Território

---

<sup>8</sup> MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 199.



Federal, que só pode ocorrer quando: 1) deixar de ser paga sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada; 2) não forem prestadas contas devidas, na forma da lei; 3) não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino; e 4) o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei federal, de ordem ou decisão judicial.

Conforme o artigo 36, I, será de competência do Legislativo, do Executivo impedido ou através de requisição do STF (se a coação for exercida contra o Judiciário), a decretação da medida para garantir o livre exercício dos três Poderes. Já no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, a intervenção será condicionada à requisição do STF, STJ ou do TSE, de acordo com o artigo 36, II. Em contrapartida, segundo artigo 36, III, a intervenção para assegurar a observância dos princípios constitucionais enumerados depende da representação do Procurador-Geral da República e de provimento pelo STF.

De igual modo, à luz do artigo 36, IV, CF, a intervenção na hipótese de recusa à execução na lei federal, é condicionada ao provimento do STF. O decreto de intervenção, que conterà o prazo, as condições de execução e a amplitude da medida, deverá ser submetido ao Congresso Nacional ou à Assembleia Legislativa, dependendo de qual esfera será realizada a intervenção. Em qualquer situação, de acordo com o § 4º do artigo 36, caso os motivos que determinaram a intervenção cessem, as autoridades que anteriormente foram afastadas, retornarão aos seus cargos.

Nesse sentido, percebe-se que os constituintes de 1988 reduziram a margem discricionária das autoridades interventoras em relação às Constituições anteriores. No entanto, a Carta Magna foi mais cautelosa ao criar a hipótese de intervenção para assegurar o respeito de princípios constitucionais, como, por exemplo, o direito da pessoa humana. Outrossim, houve uma maior disciplina no que tange à intervenção dos Estados nos Municípios em

comparação com a Constituição de 1969, o que demonstra a tendência descentralizadora do Federalismo brasileiro, que favorece a autonomia dos Estados e Municípios.

Registre-se, ainda, a edição, em 2012, da Lei 12.562, que trata do processo e julgamento da representação interventiva (hipótese do art. 36, III da Constituição Federal).

#### **4 A intervenção no Estado do Rio de Janeiro em 2018: em busca do debate jurídico perdido**

Como já narrado acima, em 16/02/2018, foi decretada, pela primeira vez sob a égide da Constituição de 1988, uma intervenção federal no Brasil.

O Decreto 9.288, de 16/02/2018, curiosamente, não fez qualquer menção ao seu fundamento constitucional. Após a decretação da intervenção no art. 1º, porém, seu § 2º esclareceu tratar-se de “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” (art. 34, III da Constituição Federal).

A expressão “grave comprometimento da ordem pública”, como salta aos olhos, contém dois conceitos jurídicos indeterminados: o de “ordem pública” – clássico exemplo dessa categoria – e o de “grave comprometimento”.

A pergunta óbvia, então, é: a quem cabe avaliar a existência desse comprometimento e sua gravidade?

Penso que a Constituição oferece claramente a resposta. No art. 36, encontram-se as hipóteses em que a intervenção depende de algum procedimento prévio, de órgãos distintos da Presidência da República, ou seja, as hipóteses dos incisos IV, VI e VII do art. 34, analisados no capítulo anterior<sup>9</sup>. Em consequência, foram deixadas

---

<sup>9</sup> Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:

*I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;*

*II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;*

à avaliação política do Presidente da República – neste particular, agindo como chefe de Estado e não de Governo – as hipóteses dos incisos I, II, III e V<sup>10</sup>.

Tal afirmação não deveria causar espanto. Em diversas passagens, a Constituição reserva à discricionariedade, ora do Executivo, ora do Legislativo, diversos atos políticos. Malgrado a atual hipertrofia do Poder Judiciário, que vem sendo cada vez mais chamado a resolver conflitos políticos, o fato é que o conceito, de longa tradição nas Constituições, não perdeu seu espaço fundamental.

Evidentemente, num sistema de freios e contrapesos, tal discricionariedade não é absoluta. Por se tratar de um juízo político, sua (re)apreciação deve ser realizada também por um órgão político. Assim se expressa a doutrina especializada no tema, como Ricardo Lewandowski:

A intervenção configura, em sua substância, um ato político ou de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade, inobstante seja desencadeado para o atingimento de fins constitucionalmente pré-ordenados e sujeitar-se ao controle político do Legislativo, sem prejuízo do controle de legalidade por parte do Judiciário<sup>11</sup>.

Cabe divergir, neste particular, da parte final do excerto: se é certo que o Judiciário pode, pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, apreciar qualquer ato concreto praticado no âmbito da intervenção, por outro lado, a sua decretação, em si, no que concerne ao juízo político dos incisos I a III do art. 34, não pode ser

---

*III - de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.*

<sup>10</sup> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

*I - manter a integridade nacional;*

*II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;*

*III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;*

<sup>11</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: RT, 1994, p. 140.

submetida à revisão judicial, por ser ato político atribuído com exclusividade ao Chefe de Estado.

Em todo caso, mesmo que se avançasse sobre tal avaliação política, é certo que a situação concreta que motivou a intervenção não se afasta do conceito constitucional. Sobre o conceito de “grave comprometimento da ordem pública”, esclarece ainda Lewandowski:

Medida extrema que é, posto que fere a autonomia constitucionalmente assegurada aos entes federados, ela somente se justifica caso não possa a desordem ser debelada pelas autoridades locais ou se estas, por qualquer razão, não queiram fazê-lo<sup>12</sup>

Já Bilac Pinto Filho, escrevendo ainda em 2002, já descreveu com clareza situação que se amoldaria, sem dúvida, ao que ocorre hoje no Rio de Janeiro:

A ordem pública é aquela que pressupõe que todos os poderes do Estado estejam em seu funcionamento habitual e que todos os seus cidadãos não estejam sendo perturbados por fatos, atos ou coisas que as autoridades estaduais não possam impedir ou controlar. Verbi gratia, uma greve de policiais duradoura, que esteja prejudicando a vida dos cidadãos, com aumento do número de furtos e roubos, depredação do patrimônio público, ameaça à vida e autoridades, etc.<sup>13</sup>

E prossegue o autor, citando fatos concretos ocorridos em 1997 e 2001 que, em sua opinião, deveriam ter deflagrado a intervenção federal nos Estados de Minas Gerais, Bahia e Tocantins. Manifesta-se aqui não apenas a concordância com tal consideração, mas também se acrescenta situações ocorridas posteriormente àquela publicação, como na Bahia em 2011 e no Espírito Santo em 2016.

---

<sup>12</sup> LEWANDOWSKI, *op. cit.*, p. 93.

<sup>13</sup> PINTO FILHO, Francisco Bilac M. *A Intervenção Federal e o Federalismo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 333.

Pode-se antecipar, então, a refutação a uma das críticas que têm sido feitas à intervenção, no sentido de que “em vários casos semelhantes, ou mesmo mais graves, a intervenção não foi decretada”. Este argumento nada tem de jurídico. O fato de uma norma não ser aplicada repetidas vezes – ainda mais quando depende de um juízo político *stricto sensu* – não torna ilegítima a sua incidência, quando configurada a hipótese prevista na Constituição.

Os demais dispositivos do Decreto têm natureza meramente operacional, dispondo sobre “a amplitude, o prazo e as condições de execução” e a nomeação do interventor, tal como determinado no § 1º do art. 36 da Constituição Federal. Não se vislumbra, nestes dispositivos, qualquer contrariedade ao texto constitucional.

Inobstante esta conclusão preliminar sobre a legitimidade do Decreto de intervenção, cumpre dialogar com os argumentos levados, ao Supremo Tribunal Federal, por opositores da medida, como se fará a seguir.

## **5 A ADIn 5915 e seus argumentos**

A ADIn 5915 foi proposta, em 14/03/2018, por um partido político, requerendo a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 9.288. Há um pedido subsidiário para recebimento como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), caso o STF entenda como incabível a ação direta.

Os argumentos de natureza formal desenvolvidos na petição inicial são, em síntese, os seguintes:

- falta de justificativa ou motivação da intervenção;
- ausência de consulta ao Conselho da República e ao Conselho de Defesa Nacional;
- falta de especificação das medidas interventivas;

Quanto aos supostos vícios materiais do ato, são apontados os seguintes:

- desvio de finalidade do ato;
- caráter militar da intervenção;
- atribuição de poderes civis de Governador a um General do Exército.

Antes de apresentar tais supostos vícios, a petição faz uma exposição de nove pontos que constituiriam um programa do partido para a segurança pública. Trata-se de programa que merece reflexão, tratando-se de propostas consistentes e, em sua maioria, oportunas, num momento em que o debate sobre o tema é tão superficial e limitado. Nada obstante, assim como o objetivo deste artigo está circunscrito a uma análise jurídica do ato de intervenção, tais propostas teriam seu campo de discussão próprio no âmbito das políticas públicas e, portanto, no Legislativo e no Executivo, não sendo a arena judicial apta a tal intento.

Quanto à falta de justificativa formal do ato, parece ter razão o Partido, quando alega que o Decreto deveria vir acompanhado de justificativa idônea para sua edição, até mesmo para possibilitar a apreciação pelo Congresso Nacional. Nada obstante, entendo que tal vício não tem o alcance que se pretende dar, isto é, não levaria *tout court* à inconstitucionalidade do Decreto. O autor da ação direta traz inúmeros excertos doutrinários e jurisprudenciais sobre a necessidade de motivação dos atos administrativos, que não pode ser tomada, sem maiores cautelas, para os atos políticos. O ônus da ausência de justificativa formal, decerto, recairá sobre o próprio Poder Executivo, na medida em que o Congresso Nacional poderia rejeitar o Decreto exatamente em razão disso. É oportuno, neste ponto, um paralelo com as medidas provisórias: o juízo de *relevância e urgência*, salvo situações excepcionais, é feito pelo Presidente da República, sujeito ao controle do Congresso Nacional. Em termos práticos, eventual ausência de justificativa da relevância e da urgência poderá levar, como “sanção”, à rejeição de plano da medida provisória pelo Congresso Nacional. O ato é político, o controle é político e, exatamente por isso, a sanção também teria natureza

política, consubstanciando-se na rejeição do ato, por um órgão político. Não há nada, neste *iter*, que possa ser submetido à apreciação judicial, assim como não o são a relevância das medidas provisórias ou o juízo condenatório do Presidente da República em crimes de responsabilidade.

Prosseguindo, como narra, corretamente, a inicial, “a edição do Decreto aconteceu em 16 de fevereiro e a reunião (consulta) com os Conselhos de Defesa e República deu-se posteriormente, 3 dias depois, em 19 de fevereiro”. De fato, o Decreto de intervenção foi editado numa sexta-feira, e a consulta aos Conselhos só ocorreu no dia útil seguinte, isto é, na segunda-feira.

A redação dos dispositivos constitucionais aplicáveis, todavia, não é clara a respeito do momento da consulta, como se pode ver a seguir:

Art. 90. Compete ao Conselho da República pronunciar-se sobre:

I - intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio;

Art. 91. (...)

§ 1º Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;

É possível a interpretação de que tal consulta possa se dar após a edição do Decreto, porém antes da apreciação pelo Congresso Nacional. Nesta hipótese, o pronunciamento dos Conselhos deve ser levado em conta na apreciação a ser efetuada pelo Congresso, que poderia inclusive rejeitar o Decreto na hipótese de ausência dessas manifestações, à semelhança do que foi exposto acima sobre a ausência de justificativa formal pelo Presidente da República.

No que tange à alegada falta de especificação das medidas interventivas, parece não ter qualquer razão a impugnação. O papel do Decreto não é tecer detalhes quanto aos atos que serão praticados pelo interventor, mas tão somente, nos termos do § 1º do art. 36 da Constituição, especificar a amplitude, o prazo e as condições de

execução, além de nomear o interventor. Tudo isto está previsto no referido Decreto, como já analisado no capítulo anterior.

Merece reflexão detida, também, a alegação de que a intervenção estaria eivada de “desvio de finalidade”. Segundo a inicial, o ato incidiria em desproporcionalidade, além de “*intenções eleitorais, desrespeito aos direitos humanos, gastos excessivos, desnecessidade, ineficácia*”. A alegação é instruída com vários *links* que remetem a notícias publicadas na imprensa sobre tais aspectos.

Inicialmente, há que se notar que nenhum destes aspectos pode ser extraído do confronto direto entre o Decreto impugnado e a Constituição, de modo que seria impossível fazer um juízo abstrato sobre a legitimidade do ato, do ponto de vista estritamente jurídico.

Nada obstante, ainda que se avance sobre a apreciação de tais questões fáticas, a análise se reconduz, ao final, à distinção entre os atos administrativos *stricto sensu* e os atos políticos. Aos primeiros se reconhecia, no passado, alguma margem de discricionariedade (que originou o jargão “oportunidade e conveniência”), gradativamente reduzida pela jurisprudência, até sua quase extinção, segundo visões mais radicais do tema. Quanto aos últimos, porém, não é possível negar que a margem de discricionariedade – entenda-se bem, não no sentido de arbítrio, mas no de apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados contidos na Constituição – deve ser preservada, por ser da própria essência da separação de poderes.

Destarte, se a finalidade declarada do ato – pôr termo a grave comprometimento da ordem pública – está em consonância com o previsto na Constituição, não cabe ao Judiciário perquirir outros efeitos fáticos que possam advir do ato, tampouco sua aptidão para atingir a finalidade proposta. Se fosse assim, a simples inauguração de uma universidade ou hospital federal no Estado “A” e não no Estado “B” poderia ser tida como tendo “fins eleitorais” e, portanto, com “desvio de finalidade”. A tanto não pode chegar o controle judicial dos atos do Poder Executivo, sob pena de se atingir de morte o núcleo essencial da separação dos poderes.



Por fim, os dois últimos argumentos estão intrinsecamente relacionados e merecem apreciação conjunta. Diz-se que a intervenção teria “caráter militar” e que não seria possível atribuir a um general do Exército os poderes civis do governador do Estado. Também se relaciona a esta questão a perplexidade, manifestada na inicial, de que o próprio Governador teria participado de reunião em que foi decidida a intervenção.

Está implícito, neste questionamento, o problema de saber se a intervenção pode ser “parcial”, isto é, se pode abranger apenas parte das competências do Estado-membro ou de suas políticas públicas, sem afastamento do governador. A Constituição não o diz diretamente, mas dá algumas indicações: o § 3º do art. 36, embora voltado às hipóteses do art. 34, VI e VII, dispõe que o decreto pode limitar-se “à suspensão do ato impugnado”, enquanto o § 4º diz que “as autoridades afastadas” (portanto, não necessariamente todas,) voltarão a seus cargos quando cessados os motivos da intervenção. Ademais, ao determinar que o decreto estipule a “amplitude” da intervenção (art. 36 § 1º), parece o constituinte ter permitido tal intervenção parcial.

De fato, não faria sentido que a intervenção somente pudesse ocorrer sob o “tudo ou nada”, isto é, com o afastamento de todas as autoridades ou de nenhuma. Sendo instituto excepcional, como visto acima, e exceção à autonomia do Estado-membro, é até recomendável que a intervenção se limite às causas de sua decretação, se isto bastar ao restabelecimento da normalidade.

Aliás, o fato de a intervenção ter contado com a concordância do Governador não deveria causar espanto. Tal hipótese já foi, inclusive, objeto de especulação doutrinária: “(...) *nem sempre a conduta das autoridades locais constitui o motivo determinante da ação interventiva. (...) É de se esperar, inclusive, que estas, em tais hipóteses, sejam responsáveis pelo pedido de auxílio ao órgão tutelar*”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> LEWANDOWSKI, *op. cit.*, p. 133-134.

Dito isto, não é difícil compreender que a intervenção foi, de fato, parcial, limitada à segurança pública. Daí, chega a ser intuitivo que o interventor seja oriundo do Exército, a quem a Constituição atribui relevante papel no âmbito da segurança<sup>15</sup>. Deste fato, não decorre – como insistentemente se tem dito no debate “leigo” sobre o tema – que se trate de uma “intervenção militar”, competente jogo de palavras para evocar memórias traumáticas da repressão ocorrida durante o Regime Militar de 1964-1985. Tal associação de ideias é totalmente equivocada do ponto de vista histórico e normativo, quando não desonesta, do ponto de vista intelectual.

A assunção de funções do governador, pelo interventor, desde que limitada ao escopo da intervenção (segurança pública) não constitui qualquer impropriedade, antes sendo a própria essência da intervenção. Não se compreende em que medida isto poderia representar lesão, pelo Decreto, à Constituição Federal.

## 6 Conclusão

Nesta breve reflexão sobre a intervenção federal decretada no Estado do Rio de Janeiro, à luz da normatividade constitucional sobre o tema, pode-se concluir – a partir de uma análise estritamente jurídica – que não há qualquer vício no Decreto 9.288 que pudesse levar à sua declaração de inconstitucionalidade, total ou parcial.

Destarte, as críticas que se fazem ao referido Decreto, ainda que possam ser pertinentes em alguns pontos, são relevantes para o debate político, a ser tratado no âmbito da sociedade civil, do processo eleitoral e no Congresso Nacional, mas não têm qualquer repercussão jurídica apta a justificar a intervenção do Poder Judiciário para anular a intervenção em si. Por óbvio, atos concretos

---

<sup>15</sup> Art. 144. (...)

§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

praticados no âmbito da intervenção estarão sujeitos à revisão judicial, nas mesmas situações em que estão todos os atos do Poder Público.

## Referências

BARBOSA, Rui. *O art. 6º da Constituição e a intervenção de 1920 na Bahia*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1973.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo, Max Limonad, 1954.

LEAL, Aurelino. *Theoria e Prática da Constituição Federal Brasileira*, vol. I. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1925.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PINTO FILHO, Francisco Bilac Moreira. *A intervenção federal e o federalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5915. Autos eletrônicos disponíveis em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 16/03/2018.



**“Só a União salva o Rio”:  
reflexões políticas e constitucionais sobre a intervenção  
federal no Estado do Rio de Janeiro em 2018**

*Leonam Baesso da Silva Liziero*

### **Introdução**

O ano de 2018 apresentou interessante caso para o estudo do federalismo e do Estado federal brasileiro: a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro para a área de segurança pública. O Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, estabeleceu as regras para a intervenção da União no Estado fluminense e será o objeto a ser analisado deste fenômeno normativo.

Serão feitas algumas considerações sobre a constitucionalidade dos termos deste decreto de intervenção e sobre a particularidade de o Estado a sofrer a intervenção ser justamente o Rio de Janeiro, que por si, é uma unidade ímpar em relação aos demais Estados federados. Este trabalho se propõe a uma análise desta intervenção em conformidade ao sentido de federalismo brasileiro: não é o propósito discutir as condições sociais que levaram à decretação da intervenção ou se a intervenção foi ou não necessária.

Inicialmente serão feitas breves observações sobre o federalismo brasileiro, bem como sobre o Estado federal no Brasil e como estas noções se relacionam com o peculiar Estado do Rio de Janeiro, que tem sua Capital funcionando como um segundo Distrito Federal na prática, mas que não recebe contrapartida alguma da

União por isso, em conformidade com a pesquisa de Christian Lynch. Também se abre algum espaço para considerações sobre se tais problemas atuais são uma consequência do modelo simétrico da Federação brasileira.

Em seguida será analisada a constitucionalidade ou não do decreto que, entre outros aspectos, estabeleceu uma intervenção parcial no Rio de Janeiro. Serão feitas especialmente considerações a respeito do fato do Interventor nomeado ser um militar e sobre a natureza militar do cargo de Interventor, presente no art. 2º, § 2º, do decreto, além de possível crime de responsabilidade do Presidente da República ao fazer o uso desvirtuado desta medida excepcional.

### **A intervenção federal no Brasil: simetria nos deveres dos Estados federados**

O problema da simetria na Federação brasileira e sua inadequação ao federalismo brasileiro<sup>1</sup> é uma questão se relaciona diretamente com a intervenção decretada em fevereiro de 2018. Não é o objeto aqui dissertar sobre a ausência de simetria no federalismo brasileiro ou as consequências que a configuração simétrica do Estado federal no Brasil provoca aos entes subnacionais, sendo o mais icônico deles a centralização excessiva (apesar de em grau menor do que durante tempos mais autoritários, como o Estado Novo ou o Regime Militar).

De fato, o sistema federativo inaugurado pela Constituição de 1988 é demasiadamente centralizador, uma vez que concede à União uma ampla gama de competências e não confere aos Estados e Municípios significativos mecanismos de veto às decisões tomadas a

---

<sup>1</sup> Conforme pesquisa demonstrada em LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. *Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria*. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

nível nacional<sup>2</sup>. Uma ampla gama de poderes da União combinada com poucas formas de defesas a tais decisões por parte dos Estados, agravado ainda por não haver comportamento predominante dos Senadores em favor das bancadas de seus Estados e sim em favor de seu partido político, culminam num sistema em que a União tem forte ingerência nos assuntos dos Estados.

A autonomia dos Estados também é comprometida pelo modo como se organizam. Além de toda simetria do sistema na Constituição de 1988, os Estados reproduzem em seu âmbito as instituições federais, com as devidas adaptações. Isto fica evidente ao se analisar as Constituições dos Estados promulgadas em 1989; em boa parte delas há a reprodução das prescrições da Constituição Federal, apesar de não ser exatamente isto que o art. 25 desta determina. Verifica-se que no Brasil a simetria proporciona uma uniformização não somente nas ordens parciais como também nas duas instituições.

O Poder Judiciário também é agente de centralização. Conforme os argumentos de Marrafon e Liziero, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente um significativo número de ADIs procedentes propostas por Assembleias Legislativas e Governadores, interfere na ordem jurídica dos Estados<sup>3</sup>. Assim, há também por parte das decisões sobre a constitucionalidade de leis estaduais tendência à uniformização. Tal tendência pode ser ilustrada pelo uso do chamado “princípio da simetria”, que não é princípio jurídico em si<sup>4</sup>. Trata-se de mais um recurso retórico do fascínio principialista no Brasil<sup>5</sup> que, sem solidez teórica, busca

---

<sup>2</sup> Conforme demonstrado em ARRETCHÉ, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV/Editora Fiocruz, 2012.

<sup>3</sup> MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Competências constitucionais da União e Supremo Tribunal Federal: fiadores da centralização no federalismo brasileiro. In: FISCHER, Octavio Campos. *Federalismo Fiscal e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014.

<sup>4</sup> ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: O princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.125.

<sup>5</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 190.

apenas defender determinados interesses, no caso, o poderio da União.

Feitas estas considerações, é possível inferir que no sistema federativo brasileiro os Estados federados possuem pouca autonomia em comparação a outras Federações no mundo. Apesar da ordem constitucional de 1988 não tolher tanto a autonomia dos entes subnacionais quanto a ordem anterior, ainda assim os Estados possuem poucas formas de escapar aos desígnios uniformizadores, portanto simétricos, da União em tempos de normalidade.

Assim como normalmente é previsto em Estados federais, a Constituição prevê hipóteses nas quais uma ingerência maior da União além da normalidade se faz necessária, com o objetivo de reequilibrar as relações federativas: a intervenção federal. Em um aspecto de generalidade, Kelsen em seu texto *A Intervenção Federal (Die Bundesexekution)*, publicado originariamente em 1927, observa que a regulamentação da intervenção é inerente ao Estado federal. A intervenção seria “um ato coercitivo com o qual o ordenamento violado reage ao fato ilícito”<sup>6</sup> quando um Estado federado não cumpre os deveres da Constituição Federal. Deste modo, “é condição da intervenção federal que o estado-membro enquanto tal tenha violado seu dever”<sup>7</sup>.

O contexto deste artigo escrito por Kelsen era a análise da Constituição da Áustria de 1920; todavia lança algumas bases teóricas indispensáveis para uma reflexão a respeito da intervenção em Estados federais. Deste modo, geralmente espera-se que as federações existentes tenham alguma previsão e regulamentação do modo como a União poderá proceder a intervenção federal, uma vez

---

<sup>6</sup> KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p.50.

<sup>7</sup>KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 61.



que quase não é possível pensar em Estado federal sem a existência de normas sobre intervenção<sup>8</sup>.

A regulamentação da intervenção federal à *prima facie* pode parecer a normalização do procedimento de como a União poderá ter uma ingerência lícita no Estado. Revela, porém, sob outra perspectiva: a garantia da autonomia do Estado. Não haverá intervenção exceto nos casos previstos e em conformidade com o procedimento previamente estabelecido. As normas que prescrevem a intervenção são a defesa do Estado federado contra uma possível ilicitude no agir da União, que é a parte mais forte da relação federativa, independentemente do quão centralizada seja a federação.

Aqui o raciocínio sobre a questão da simetria se mostra relevante. Em federações assimétricas pode haver maiores mecanismos de defesa de determinadas unidades federativas contra ingerência da União, ainda que lícita por meio de intervenção federal. No Brasil, federação simétrica, qualquer um dos Estados é igual a outro nas hipóteses nas quais poderá sofrer uma intervenção. Independentemente de ser o Estado de São Paulo ou do Piauí, apesar de todas suas diferenças fáticas, são considerados iguais, assim como em outros aspectos, perante a União. Assim, na Federação brasileira, pouco importam as condições particulares de cada um dos Estados; todos podem ser sujeitos à intervenção se seus governos violarem seus deveres perante à federação.

---

<sup>8</sup> Uma exceção a ser mencionada é o Canadá, a segunda maior federação em extensão territorial. O Canadá é uma complexa federação a ser observada por diversas razões. Como membro da *Commonwealth of Nations*, tem o Monarca da Inglaterra como Chefe de Estado e um Governador Geral (*Governor General*) que representa o Monarca em território Canadense. Cada Província possui um Tenente-Governador (*Lieutenant Governor*) indicados pelo Governador Geral, que acabam por ser representantes do Monarca em cada unidade. Além disso, o Canadá é uma federação notavelmente assimétrica, o que diferencia os poderes de determinadas Províncias, como Quebec e Ontário, em relação à União e em relação às demais. Pela sua peculiar formação, parece inadequado olhar a intervenção federal na Federação canadense do mesmo modo como em outros países nas quais há uma regulamentação. Apesar do respeito à autonomia das Províncias, o sistema federativo canadense, parlamentar e monárquico, permite uma natural ingerência no Poder Executivo das Províncias. Além do mais, os poderes do Primeiro-Ministro não possuem delimitação clara, não havendo menção alguma no *Constitution Act* de 1867.

A intervenção está presente nas ordens constitucionais brasileiras desde a Constituição de 1891. Inicialmente seu art. 6º previa apenas quatro hipóteses de intervenção. Entre as quais, “para restabelecer a ordem e a tranquilidade nos Estados, à requisição dos respectivos Governos” (justificativa que se relaciona em certa medida com a intervenção de 2018). Com a Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, houve uma evidente guinada centralizadora no sistema federativo, com a ampliação das possibilidades de decretação de intervenção federal nos Estados. Entre estas possibilidades, a reorganização das finanças de um Estado insolvente.

A previsão de garantia da ordem pública no interior do Estado (que se coaduna com segurança pública), após a reforma de Arthur Bernardes de 1926 o termo utilizado passou a ser guerra civil no interior de um Estado, além do livre exercício dos Poderes Públicos, o que foi mantido pela Constituição de 1934 (art. 12, III e IV). A Constituição de 1937 previa como justificativa para intervenção por fim à ordem gravemente alterada, quando o Estado não pudesse ou não quisesse fazê-lo (art. 9º, “b”). É de se constatar ainda que a Constituição de 1937 foi a primeira a usar o termo “segurança pública” em seu texto. Em seu caráter autoritário e antifederativo, esta Constituição previa em seu art. 16, V, ser de competência privativa da União legislar sobre “o bem-estar, a ordem, a tranquilidade e a segurança públicas, quando o exigir a necessidade de unia regulamentação uniforme”.

A Constituição de 1946 continuou prevendo hipóteses semelhantes à de suas anteriores sobre intervenção, seja para colocar fim à guerra civil, seja para garantir o livre exercício dos Poderes no interior dos Estados (art. 7, III e IV). A garantia da ordem no interior dos Estados permaneceu como hipótese de intervenção na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Nos dois textos, o art. 10, III, prevê ser justificável a intervenção federal para “pôr termo a grave perturbação da ordem ou ameaça de sua irrupção”. Verifica-se que nas Constituições federativas

anteriores à de 1988, a intervenção sempre esteve presente e em diversos momentos foi largamente utilizada pela União para minar a autonomia dos Estados. A ideia de garantia de ordem no interior dos Estados, o que se coaduna diretamente com a segurança pública, sempre foi motivo para decretação de intervenção federal.

A Constituição de 1988, a melhor em redação legislativa, pormenoriza a intervenção federal entre seus arts. 34 e 36. O art. 34 prevê as hipóteses nas quais a União poderá intervir nos Estados e no Distrito Federal, entre as quais, seu inciso III: “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”. Esta hipótese, retomando as lições gerais sobre a intervenção federal delineadas por Kelsen, pode ser considerada uma violação de dever do Estado para a Constituição Federal, ainda que seja uma violação por ineficácia.

O Distrito Federal e os 26 Estados possuem o dever de garantir a ordem pública no âmbito de seus territórios. Incialmente, não é demais recordar que segurança é direito social do cidadão. Portanto, é obrigação positiva do Poder Público prover segurança à população e entre as formas de garantir a segurança, a segurança pública. Este significado se esclarece no art. 144 da Constituição, que dispõe ser a segurança pública um dever de Estado. O termo “Estado” no caput deste artigo deve melhor ser interpretado como Estado no sentido amplo, ou seja, o Brasil, e não como “Estado federado”. Assim, é dever do Poder Público brasileiro como um todo. O caput ainda menciona ser a segurança direito de todos, com a preservação da incolumidade física e das pessoas e de seu patrimônio.

Por exemplo, é possível pensar que conjugado ao direito de liberdade de locomoção, o cidadão tenha o direito de ter sua segurança, de seu corpo e de seu patrimônio, provida pelo Estado. Assim, parece incompleto o exercício da liberdade de locomoção em tempos de paz nacional se não há eficácia de segurança ostensiva do Poder Público. Obviamente a segurança pública não deve servir somente para garantir o incólume exercício da liberdade de

locomoção, mas parece ser a ilustração mais evidente de como é essencial para o exercício de outros direitos fundamentais.

No âmbito dos Estados a segurança pública, especificamente a preservação da ordem pública, é dever da polícia militar do Estado (art. 144, §5º). A polícia militar, assim como o corpo de bombeiros e a polícia civil, são subordinadas aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal (art. 144, §6º). Se são subordinadas aos Estados, logo é dever do Estado federado a manutenção de suas forças policiais, inclusive possibilitando em termos financeiros e estruturais condições para o exercício de seus deveres constitucionais.

Tem-se aqui um problema que retroalimenta os problemas do sistema federativo brasileiro. A segurança pública, em especial em relação às atividades da polícia ostensiva, em um primeiro momento, é responsabilidade do Estado federado. Esta responsabilidade é indiretamente compartilhada com a União. O porquê desta afirmação? O Estado federal do Brasil, como já mencionado, é centralizador. Muitos Estados dependem financeiramente dos repasses da União. A falta de recursos para as polícias militares, como é notório, não é apenas um problema de gestão dos governos estaduais. Também é consequência da dependência financeira de Estados.

A partir dos anos 1990 o sistema federativo se tornou ainda mais centralizado. A afirmação de que os Estados são reprimidos financeiramente pelas decisões da União pode ser exemplificada pela Emenda Constitucional nº 3/1993. Apenas 5 anos após a promulgação da Constituição, a Câmara dos Deputados e o Senado aprovaram a inclusão do § 4º no art. 167. Este dispositivo deu poder para a União reter créditos de impostos estaduais e municipais no montante necessário para a prestação de garantia ou contragarantia, além da vinculação para pagamento de débitos. Além de vincular os impostos dos Estados e do Distrito Federal (art. 155), com esta emenda, a União também recebeu o poder de vincular

os recursos previstos no art. 157 e no art. 159, I, “a” e II, pertencentes aos Estados e ao Distrito Federal.

Essa centralização da União acaba por tornar alguns Estados mais pobres dependentes de seus recursos. E entre os Estados há larguíssima diferença de indicadores socioeconômicos. Veja-se o PIB: O maior entre os Estados brasileiros é o de São Paulo, seguido de Rio de Janeiro e Minas Gerais<sup>9</sup>. Apenas entre os dois primeiros colocados, a desigualdade já se mostra evidente: O PIB de São Paulo é quase três vezes maior do que o PIB do Rio de Janeiro. Como se já não fosse suficiente, os cinco Estados mais bem colocados concentram quase dois terços do PIB, enquanto os cinco mais pobres não somam nem ao menos dois por cento.

Essa breve demonstração de indicador econômico já deixa um forte indício de que há notória desigualdade entre os Estados federados, uma assimetria em elevado grau. Ainda assim, o sistema federativo brasileiro é simétrico e tal simetria repercute na segurança pública: todos os Estados têm o igual dever de garantir a segurança de seus cidadãos; todos os Estados sofrem as restrições econômicas provocadas pela União. O dever com o cidadão é o mesmo; as condições entre os Estados são bem diferentes.

Um fato, porém, deixa o estudo da Federação brasileira ainda mais intrigante: a primeira intervenção federal sob a égide da Constituição de 1988 ter sido justamente no Rio de Janeiro que, como dito anteriormente, não é um Estado pobre. O objetivo aqui não é refletir sobre os problemas que levaram à crise de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro. O que se pretende é demonstrar que o Rio de Janeiro tem uma particularidade em relação aos demais Estados, sobretudo em sua relação com a União. Não que esta particularidade tenha levado à crise de segurança pública, mas em certa medida os problemas atuais são conseqüências da conturbada

---

<sup>9</sup> IBGE. Contas Regionais de 2010 a 2013. Sala de Imprensa. Disponível em <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=3038>. Acesso em 13 de fev. 2018.

tensão entre o Estado do Rio de Janeiro (e, especialmente, sua Capital) com a União.

### **O Rio de Janeiro e sua complicada relação com a União: “só a União salva o Rio”**

A cidade do Rio de Janeiro tem servido ao Brasil como seu principal símbolo<sup>10</sup>. Como única cidade imperial das Américas após as independências, a cidade do Rio de Janeiro e, por consequência, o Estado fluminense, tem particularidades que remontam sempre à análise de sua história. Como primeira Capital do Brasil enquanto Estado independente e primeira Capital do Brasil enquanto Estado federal, a cidade do Rio de Janeiro guarda ainda vínculos específicos com a União e problemas não resolvidos até a atualidade.

O Rio de Janeiro evidentemente não é um Estado como outro qualquer perante à União. É o que desenvolve Christian Lynch em dois artigos publicados em 2017 que, apesar de escritos antes da intervenção, demonstram o porquê da especificidade de alguns dos problemas do Rio de Janeiro. As razões que levaram à intervenção podem melhor ser compreendidas com a leituras destes dois trabalhos acadêmicos. O Estado, como menciona Lynch, “apresenta uma crise específica, muito mais profunda e duradoura. Suas causas são históricas e não apenas econômicas, mas também políticas”<sup>11</sup>. O Rio de Janeiro “tem uma história e uma cultura política muito particulares, que tornam seu funcionamento mais complexo e disfuncional, fato que ajuda a explicar sua decadência econômica e política”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.20.

<sup>11</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.20.

<sup>12</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.21.

O fato de o Rio de Janeiro ter sido o Distrito Federal de 1891 até 1960 trouxe consequências para sua história social e política. Diferentemente de outros Estados e Capitais, o Rio de Janeiro não criou uma identidade própria, específica: culturalmente o Rio de Janeiro era a síntese do Brasil. O Rio de Janeiro como uma Capital de Estado, do Estado homônimo, data de 1974, com a extinção do então Estado da Guanabara, que correspondia à área do atual Município. A fusão ocorreu pela Lei Complementar nº 20. Percebe-se que, apesar de ter sido fundada em 1565, exerce a função de Capital de uma unidade federativa há menos de 50 anos.

A mudança da Capital federal para o planalto central, realizada durante o mandato de Juscelino Kubistchek, conforme se verifica na pesquisa de Lynch, muito além da motivação de desenvolvimento do interior do País, era interessante para a perpetuação das oligarquias brasileiras, especialmente aos membros do PSD, partido do Presidente e que era o mais oligárquico dos existentes até então<sup>13</sup>.

Apesar da inauguração de Brasília em 21 de abril de 1960, a então cidade-Estado da Guanabara continuou sediando diversas atividades do Poder Federal. Apenas com a ditadura militar o processo de transferência para a nova Capital foi acelerado, com muitos ministérios e órgãos da administração indireta começando a funcionar em meados dos anos 1970.

Segundo observa Lynch, durante o governo Médici, há enorme esforço para modificar culturalmente o Estado da Guanabara; a pretensão era esvaziar a cultura de Capital da País e transmuta-la em uma cultura estadualista<sup>14</sup>. Deste modo, o interesse da União era que a Guanabara se tornasse culturalmente um Estado como os demais. Todavia, as complexas relações federativas brasileiras, dotadas do já mencionado elevado grau de assimetria,

---

<sup>13</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.23.

<sup>14</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.25.

levaram a União a provocar mais um duro golpe na população carioca.

Na década de 1970, São Paulo já despontava como o grande centro populacional e financeiro do Brasil, com grande influência nacional. Para deter o avanço do Estado bandeirante e equilibrar as relações no Sudeste, especialmente em relação a Rio de Janeiro e Minas Gerais, a eliminação do Estado da Guanabara estava presente na estratégia geopolítica do governo Geisel<sup>15</sup>.

Sem consulta popular, a fusão dos Estados da Guanabara e do Rio de Janeiro se deu com a Lei Complementar nº 20 de 1974, executada por meio de Interventor, o almirante Floriano Peixoto Faria Lima, escolhido diretamente por Geisel para organizar a novo Estado formado, o Estado do Rio de Janeiro, cuja Capital deixaria de ser Niterói para ser o Município do Rio de Janeiro, área correspondente ao antigo Estado da Guanabara e ao antigo Distrito Federal. Além de ser uma lei complementar de caráter autoritário, em seu teor não foi concedida nenhuma compensação ou indenização, tanto ao Município do Rio de Janeiro, quanto ao restante do Estado.

A partir da década de 1960 observa-se a decadência da Cidade do Rio de Janeiro. Durante o tempo em que foi Capital, o Rio de Janeiro se manteve como a cidade mais populosa do País. Apenas após a transferência para a Capital para Brasília é que a população do Município de São Paulo ultrapassa a do Rio de Janeiro em crescente progressão. A partir da década de 1980, após a ida dos principais órgãos da Administração Direta para Brasília, iniciou-se a debandada do setor financeiro para São Paulo<sup>16</sup>.

Os recentes problemas de gestão pública do Estado do Rio de Janeiro são consequências da história relação de dependência possui em relação à União, o que põe em xeque a crença de Geisel de que o

---

<sup>15</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.25.

<sup>16</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.27.



Estado seria um dia um Estado como outro qualquer, tais quais São Paulo ou Minas Gerais. Uma vez que o Rio de Janeiro foi convertido em Distrito Federal com a República, foi continuamente governado por prefeitos nomeados pelo Presidente da República. Criou-se, deste modo, “uma cultura cívica marcada pela presença do poder federal e por sua interferência contínua no jogo municipal”<sup>17</sup>. Assim, os interesses do Rio de Janeiro sempre se subordinaram aos interesses maiores do Brasil.

### **A intervenção federal de 2018: pontos para reflexão**

O Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, decretou a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro, o primeiro uso formal desta medida desde a vigência da Constituição de 1988. Não caberá aqui uma descrição dos conceitos de intervenção, tampouco a descrição de suas hipóteses de cabimento. Qualquer manual de direito constitucional que seja minimamente razoável traz este tipo de descrição, que geralmente tem pouco a mais a oferecer do que a atenta leitura da Constituição. Será feita a devida alusão às hipóteses de cabimento da intervenção federal no que couber ao objeto específico deste artigo.

Inicialmente o decreto traz os fundamentos nos quais se consubstancia: a decretação de intervenção federal é competência privativa do Presidente da República, conforme dispõe o art. 84, X, da Constituição. O modo como o decreto deve ser estruturado está prescrito pelo art. 36, § 1º. E de fato, o Decreto nº 9.288/2018 atende a tais requisitos.

O decreto de intervenção em um Estado deve especificar a amplitude. De fato, a decretação de intervenção no Rio de Janeiro atende a tal, uma vez que se restringe à área de segurança pública, conforme deixa evidente o § 1º do Decreto 9.288/18. Muito se

---

<sup>17</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.30.

especulou na mídia durante o mês de fevereiro sobre a constitucionalidade desta intervenção em âmbito parcial. Seria constitucional uma intervenção que não seja total?

A Constituição não proíbe a intervenção parcial. Inclusive ela deixa límpido que a amplitude deva estar especificada no decreto interventivo. Não há disposição alguma na Constituição determinando que a intervenção deva ser total. Não há disposição alguma determinando que o Interventor assumir integralmente as funções de Governador de Estado enquanto perdurar o prazo.

O Decreto nº 9.288/18 se limita à área de segurança pública, justificado pelo notório fato de que a ordem pública se encontra seriamente comprometida no Estado do Rio de Janeiro, em especial na região metropolitana. A crise de segurança não é atual; ela é uma das consequências das perdas do Rio de Janeiro com a transferência da Capital do País para Brasília. Todavia, a decretação de intervenção, nesta hipótese, é um poder discricionário do Presidente da República. É justificado pela previsão do art. 34, III, da Constituição. Quando o Estado federado não tiver condições de manutenção da ordem pública, a União pode intervir para reestabelecer um desejável estado de normalidade.

O Poder Legislativo Federal deve sempre apreciar o decreto de intervenção nesta hipótese. De fato, o decreto foi apreciado e aprovado pela Câmara dos Deputados na madrugada do dia 20 de fevereiro, por 340 votos a 72. Na noite do mesmo dia, por 55 votos a 13, o decreto foi aprovado pelo Senado. Assim, com o aval de cada casa do Congresso Nacional, o Decreto nº 9.288/18, passa a não ter pendências de validade para sua aplicabilidade.

Outro ponto bastante discutido no meio acadêmico é a respeito de Interventor. O decreto de intervenção determina como Interventor o General de Exército Walter Souza de Braga Netto (art. 2º, caput), cujo cargo é de natureza militar (art. 2º, parágrafo único). Sobre cargo de Interventor nesta intervenção ser de natureza militar e pelo fato do nomeado ser um General de Exército, suscitam algumas questões.

Muito tem sido discutido nas mídias sociais a respeito da constitucionalidade da medida, uma vez que o Presidente da República nomeou um Interventor militar e o decreto estabelece que o cargo de Interventor poderia ser de natureza militar. São duas questões diferentes.

Não há inconstitucionalidade pelo fato do escolhido como Interventor ser um General de Exército. Nada na Constituição Federal proíbe isso. Não há legislação infraconstitucional que regulamente os requisitos para alguém ser nomeado como Interventor. A função do Interventor federal, *prima facie*, é substituir o Governador do Estado intervido e, como tal, espera-se que possa cumprir as funções que eram esperadas pelo Chefe do Poder Executivo estadual eleito para o cargo. Se o Interventor cumprirá durante certo tempo o papel do Governador, espera-se então que atenda aos requisitos constitucionais para ele.

Então, quais seriam estes requisitos? Esta é uma questão que exige alguma reflexão que simplesmente não se encontra em manuais de direito constitucional que sejam simplórios. Dizer que por analogia seja necessário que o Interventor tenha as condições de um Governador de Estado para ser eleito se trata de um sincretismo não reflexivo de cargos públicos. Dizer que também não há requisitos, uma vez que a Constituição não determina nenhum diretamente para a função de Interventor, parece também desvirtuar a motivação do ato, já que o propósito da Constituição não é permitir que qualquer um escolhido pelo Presidente da República assumo o cargo. A escolha é um exercício de discricionariedade, mas sem limites, torna-se puro arbítrio, o que desvirtua o federalismo brasileiro e o Estado Democrático de Direito.

Alguns requisitos que geralmente são exigidos para a elegibilidade para que alguém possa concorrer a Governador de Estado podem servir de limitação para a discricionariedade na escolha do Presidente da República. Veja-se o que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, unidade federativa intervida em questão, prescreve em seu art. 137 sobre condições de elegibilidade para o

cargo de Governador: (i) nacionalidade brasileira; (ii) pleno exercício dos poderes políticos; (iii) domicílio eleitoral na circunscrição do Estado pelo prazo fixado pela lei; (iv) filiação partidária; (v) idade mínima de trinta anos. Estes requisitos se coadunam com o que estabelece de um modo geral a Constituição Federal. Todavia, nem todas estas condições parecem coerentemente exigíveis para que alguém assuma o cargo de Interventor.

Inicialmente, algumas condições mínimas para o cargo são razoavelmente exigíveis, uma vez que sempre deve haver limites para a escolha do Presidente da República. A mais evidente delas é que o Interventor seja alfabetizado e tenha as condições necessárias como se fosse assumir um cargo público. Todavia, algumas das condições de elegibilidade de um Governador não parecem fazer muito sentido ser exigidas do Interventor como ter o domicílio eleitoral no Estado intervindo, filiação partidária e a idade mínima de 30 anos. Apesar de o Interventor assumir funções do Governador afastado total ou parcialmente de suas funções, o Interventor não passou por um procedimento eleitoral, não foi votado pelo povo do Estado e não governará em um tempo de normalidade.

O Interventor é uma pessoa escolhida pelo Presidente da República para exercer as funções do Governo estadual enquanto a situação que motivou a intervenção perdurar ou enquanto o tempo que o decreto de intervenção determinar. Para tanto, não precisa de partido político ou domicílio eleitoral, tampouco ter a idade mínima de 30 anos. Novamente, a idade mínima para que alguém possa ser empossado como Governador eleito é de 30 anos (art. 14, § 3º, VI, “b”, da Constituição Federal). Interventor não é eleito, Interventor não é Governador. Não é eleitor pelo povo do Estado, é nomeado pelo Presidente da República. Talvez a analogia de tempo mínimo de vida mais correta possa ser com a de Ministro de Estado, cuja idade mínima é de 21 anos (art. 87 da Constituição). Tanto o Ministro de Estado quanto o Interventor são nomeados pelo

Presidente da República. Porém, pensar desta forma também cria alguns problemas.

Apesar da Constituição permitir que o Presidente possa nomear Ministro de Estado de 21 anos, parece notório que alguém de tão pouca idade possa assumir um cargo com grande responsabilidade. Assim como Interventor não é Governador, Interventor não é Ministro de Estado. Ainda que a Constituição não estabeleça a idade mínima para ser Interventor, é preciso pensar no propósito da intervenção no sistema federativo. A intervenção deve sempre ser decretada como forma emergencial quando o Estado não consegue cumprir o que determina o art. 34. A ideia de nomear um Interventor no decreto, com o pronunciamento do Conselho da República (art. 90, I) e a opinião do Conselho de Defesa Nacional (art. 91, §1º, II), além de depois ter que ser aprovado por cada casa do Congresso Nacional (art. 36, §§ 1º e 2º), já manifesta certa *accountability* sobre este ato do Presidente da República. Assim, diferentemente do Ministro de Estado, que é um cargo auxiliar ao de Presidente e por isso livremente exonerável (art. 84, I), não é possível livremente revogar o decreto de intervenção e fazer outro para mera troca de Interventor, como se fosse um ato administrativo de exoneração e nomeação. Utilizar o cargo de Interventor como propósito de obtenção de apoio político nas bases no Legislativo Federal ou mesmos nos Estados é utilizar indevidamente a intervenção.

O uso partidário da intervenção federal para obtenção de apoio político é atentado gravíssimo aos Poderes constitucionais das unidades da Federação, no caso, o Poder Executivo estadual. É hipótese límpida de crime de responsabilidade do Presidente da República (art. 85, II). O Interventor não é um Ministro de Estado, que para o cargo o Presidente possa nomear livremente para atender a interesses políticos de partidos da base aliada. Não cabe aqui fazer juízo sobre ser bom ou ruim, mas a Constituição não exige conhecimento técnico do Ministro de Estado para o exercício de suas funções. Isso traz algumas consequências nocivas à Administração

Pública. Exemplo claro é o hiato no início de 2018 no cargo de Ministro do Trabalho, em que o Presidente da República com o propósito claro que atender a interesses de um partido da base aliada, nomeou uma deputada federal pelo Rio de Janeiro para o cargo, mas sua nomeação foi suspensa por meio de ação popular na primeira instância da Justiça Federal, entendimento que, semanas após alguns recursos, foi confirmado pela Presidente do STF.

Desse modo, a escolha para o cargo de Interventor não tem tantas amarras quanto para a elegibilidade de um Governador de Estado, tampouco é de livre nomeação quanto os de Ministros de Estado. É possível, de forma técnica, indicar os requisitos para o Interventor federal? Não. O direito brasileiro não pormenoriza esta questão. Também ainda não há precedentes formados que tratem do assunto. Não há ainda como provar que o decreto descumpra a Constituição neste aspecto. O fato do Interventor escolhido ser um General de Exército em nada o desqualifica. Não há impedimento na Constituição Federal que um militar possa assumir um cargo de natureza civil, eletivo ou não, desde que sob certas condições.

Determina, nesse sentido, o art. 142, § 3º, III, da Constituição, que o militar da ativa pode assumir um cargo de natureza civil, temporário e não eletivo. Parece ser o caso do Interventor. O Interventor federal é um cargo de natureza civil, é temporário (já que a intervenção tem data de término definida pelo decreto) e não eletivo (uma vez que é nomeado diretamente pelo Presidente da República. Assim, a crítica acerca da constitucionalidade feita ao caput do art. 2º do Decreto nº 9.288/2018, que nomeia como Interventor o General de Exército Walter Souza Braga Netto, não parece procedente, a não ser no campo ideológico e político. Todavia, como o cargo de Interventor é de natureza civil, o parágrafo único deste art. 2º é claramente inconstitucional.

Esse parágrafo único determina que o cargo de Interventor é de natureza militar. E, de acordo com a Constituição, isto é não é juridicamente possível. O citado art. 142 da Constituição Federal, em seu § 3º, determina que militares são os membros das Forças

Armadas, que por sua vez são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica. Todos os cargos na estrutura das Forças Armadas, são de natureza militar e estão sob autoridade do Presidente da República. Além dos membros das Forças Armadas, são militares, de acordo com o art. 144, § 6º, que os policiais militares e os bombeiros militares, só que são subordinados aos Governadores dos Estados, Distrito Federal ou Territórios. Fora estes cargos, que pela determinação da Constituição são de natureza militar, todos os demais cargos são de natureza civil, inclusive os cargos de órgãos que comandam as forças militares, como o Ministro da Defesa a nível federal e os Secretários de Segurança Pública a nível estadual.

Desse modo, não é pelo fato do Interventor no Rio de Janeiro em 2018 ser um General de Exército que o cargo que está exercendo seja de natureza militar. Novamente é preciso pensar em conformidade com a Constituição: se a Constituição não diz que o cargo é militar, ele é civil. Alias, como é cediço, no Estado Democrático de Direito no Brasil, os cargos de comando máximo de forças num âmbito federativo, são de natureza civil. Não é o fato particular do Interventor escolhido ser militar que torna o cargo de Interventor militar. Um militar pode se eleger Presidente da República; a Presidência da República não se tornará um cargo militar por isso. Neste aspecto, o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 9.288/2018 é flagrantemente inconstitucional.

Uma vez que o Decreto nº 9.288/2018 restringe a atuação do Interventor à área de segurança pública (novamente, a Constituição não obriga que a intervenção federal seja total), os poderes recebidos como se Governador do Estado fosse se limitam a tal área. Deste modo, quando o decreto determina em seu art. 3º que o Interventor recebeu as atribuições previstas no art. 145 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, se refere às ações específicas para a segurança pública. Uma destas atribuições é a nomeação e exoneração de Secretários de Estado.

No uso dessas competências, Braga Netto, em 26 de fevereiro de 2018, nomeou o General de Exército Richard Fernandes Nunes como Secretário de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Este é um exemplo claro que mostra os limites circunstanciais gerados pelo decreto: em todos os aspectos do Poder Executivo do Estado, que não se relacione diretamente com a área de segurança pública, como a Secretaria de Estado de Segurança Pública e a Secretaria de Administração Penitenciária, o comando permanece com o Governador eleito em 2014, Luiz Fernando de Souza (Peção). No que se relacionar à segurança pública, o comando até a data final do decreto é do Interventor General Braga Netto (art. 3, §5º, do Decreto nº 9.288/2018).

As breves reflexões acima se propõem a apresentar o decreto de intervenção de um modo mais técnico; não se buscou enxergar sua constitucionalidade pelos propósitos para os quais foi emitido. Apesar de ser preciso pensar o decreto de modo não ideológico (não a ponto que possa desvirtuar a observação jurídica), é preciso compreender que a crise do Estado do Rio de Janeiro e a eventual necessidade de intervenção na área de segurança pública são consequências de problemas enraizados na transferência da Capital para Brasília. O Rio de Janeiro, em especial sua Capital, possui uma relação peculiar com a União, em aspectos bem diversos do que as demais unidades federativas.

Conforme os argumentos apresentados por Lynch, o Município do Rio de Janeiro funciona como uma segunda Capital de fato<sup>18</sup>. Como símbolo cultural do Brasil, o Rio de Janeiro, pela

---

<sup>18</sup> “O Rio de Janeiro continua a ser um Distrito Federal disfarçado de capital de estado. A União continua sendo a maior proprietária da cidade, com mais de 1.200 imóveis,<sup>13</sup> entre as quais equipamentos icônicos de sua identidade, de grande densidade simbólica e cultural, como a Floresta da Tijuca, a Ferrovia do Corcovado e os antigos palácios ministeriais do Itamaraty, do Exército, do Trabalho, da Educação e Cultura, da Fazenda e da Marinha. No atual município do Rio e arredores, ainda se assentam dezenas de autarquias, fundações e empresas públicas federais de pelo menos 14 ministérios, além de quatro universidades federais. Os dados são impressionantes, porque demonstram que, no ranking das capitais estaduais que mais sediam órgãos federais, o Rio de Janeiro está disparado na frente, possuindo oito vezes mais do que Recife, a segunda colocada”. (LYNCH, Christian Edward



estrutura de sua cidade e sua localização, não era visto como interessante para os defensores do federalismo com viés oligárquico. A mudança da Capital para a recém-construída cidade no interior de Goiás, apressada durante o Governo de Juscelino Kubistchek, possuiu diversas razões, mas a proteção e promoção da democracia não foi uma delas<sup>19</sup>.

## Conclusões parciais

O propósito deste trabalho, como dito na introdução, foi apresentar argumentos sobre o particularismo do Rio de Janeiro em relação ao restante da Federação que motivaram a atuação intervenção na área de segurança pública.

É notório os problemas de segurança que há décadas o Rio de Janeiro enfrenta. A deficiência na segurança pública é uma das diversas consequências dos problemas de gestão do Estado do Rio de Janeiro e descontrole das contas públicas. Não é possível estipular ainda se a intervenção poderá resolver os problemas. Os dados se construirão durante o tempo de permanência do decreto, em que se observará como foi a utilização das Forças Armadas e como foi o comando do Interventor e de seu nomeado Secretário de Segurança.

Não parece científico estipular ainda se a intervenção seria ou não necessária; é uma questão mais política que de direito. O Decreto nº 9.288/2018 apresenta a motivação baseada na Constituição Federal. A inconstitucionalidade do decreto não está nos motivos que levaram esta situação; não é demais lembrar que, fato notório, o próprio Governador eleito pelo povo fluminense em 2014 concordou com a intervenção. A União excepcionalmente interveio no Rio de Janeiro, mas apesar de seguido os procedimentos como se fosse outro Estado qualquer, o Rio de Janeiro tem

---

Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017, p.32).

<sup>19</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. Uma Democracia, duas Capitais: O que o Rio de Janeiro pode fazer pelo Brasil. *Insight Inteligência*. n. 78, p.14-41, 2017, p. 24.

particularismo em sua relação com a União que nenhum outro Estado possui. Há uma evidente dívida histórica da União com o Rio de Janeiro, conforme demonstram os trabalhos de Christian Lynch, cuja leitura é recomendadíssima para a compreensão destes problemas atuais que levaram à intervenção. A transferência da Capital Federal para Brasília, além do grande déficit democrático que gerou, prejudicou imensamente o Município do Rio de Janeiro e, conseqüentemente o Estado do qual é Capital.

Há, todavia, uma inconstitucionalidade evidente nesse decreto de intervenção: a natureza militar do cargo de Interventor. Não há cargos militares além daqueles que a Constituição Federal prevê. Não pode um decreto atribuir a qualificação militar a um cargo que é de natureza civil, tal qual todos os outros cargos de comando do Poder Executivo em todos os níveis, em todas as unidades da Federação brasileira. O cargo de Interventor é de natureza civil; o fato do Interventor nomeado ser um General de Exército não torna o cargo de natureza militar. O Interventor Braga Netto é militar de carreira, possui cargo militar nas Forças Armadas, mas enquanto estiver no exercício do cargo de Interventor, exercerá uma função de natureza civil.

## Referências

- ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Jurisdição Constitucional e Federação: O princípio da simetria na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- ARRETCHE, Marta. *Democracia, federalismo e centralização no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV/Editora Fiocruz, 2012.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. *Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria*. Florianópolis: Empório Modara, 2018.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Questão de Urgência Nacional: O Rio como (2º) Distrito Federal. *Insight Inteligência*. n. 76, p. 18-43, 2017.

\_\_\_\_\_. Uma Democracia, duas Capitais: O que o Rio de Janeiro pode fazer pelo Brasil. *Insight Inteligência*. n. 78, p.14-41. 2017.

MARRAFON, Marco Aurélio; LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. Competências constitucionais da União e Supremo Tribunal Federal: fiadores da centralização no federalismo brasileiro. In: FISCHER, Octavio Campos. *Federalismo Fiscal e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.



## **Federalismo brasileiro e direito à educação: perspectivas, impactos e distorções**

*Ângela Limongi Alvarenga Alves*

### **1 Introdução**

O direito à educação é reconhecido como direito fundamental. Tal é a sua relevância, que o legislador brasileiro lhe dedica parte do texto constitucional e empreende esforços em examinar e legislar sobre o tema nas diversas esferas – autônomas – componentes do federalismo brasileiro.

É o direito fundamental que mereceu o maior número de dispositivos no atual texto constitucional e um dos que mais vêm sofrendo alterações, sempre no sentido de ampliar a proteção e a promoção do direito. E, paradoxalmente, é aquele cuja implementação é mais difícil.

Apesar da ampla proteção legislativa conferida ao direito e do pretense modelo de federalismo cooperativo adotado no Brasil, a prática revela que a autonomia federativa brasileira em matéria educacional é descoordenada e traduz muito mais contrastes e distorções do que substância ao direito.

O presente artigo parte do entendimento de que o direito à educação constitui um direito fundamental, para, a partir daí, analisar o ordenamento jurídico brasileiro sob a égide do modelo de autonomia federativa adotada no Brasil, seu contexto histórico, bem assim a superprodução legislativa sobre esse direito e de como essa prática torna o exercício do direito demasiadamente difícil.

## 2 Direito fundamental à educação

O direito à educação no Brasil tem previsão constitucional específica nos títulos “II – Dos direitos e garantias fundamentais” e “VIII – Da ordem social”, além de outras disposições aspergidas pelo texto constitucional. É reconhecido como o primeiro dos direitos sociais, direito fundamental do cidadão e dever do Estado, da família e da sociedade<sup>1</sup>. Esse direito revela em si natureza constitucional dúplice: constitui direito e dever, sincreticamente, englobando o direito do indivíduo de se educar e o dever do Estado, da sociedade e da família em educar.

Essa peculiaridade do direito à educação no Brasil constrói uma instância de tutela e exercício de direito igualmente dúplice: os sujeitos ativos e passivos do direito à educação são, simultaneamente, uma coisa e outra.

Os seus titulares são os indivíduos ou grupos de indivíduos, considerados de acordo com as suas peculiaridades (a criança, o jovem, o adulto, o idoso, etc) (RANIERI, 2013, p. 67-68). Seu sujeito passivo é o Estado, responsável, por excelência, pelas ações e intervenções que lhe conferem efetividade (RANIERI, 2013, p.67-68). A família, por sua vez, como instituição reconhecida e tutelada pelo direito, atua como co-responsável pelo seu exercício, assumindo a obrigação de se colocar à disposição do processo educativo<sup>2</sup> prestado diretamente pelo Estado ou por ele fiscalizado, ao menos nas hipóteses em que a educação formal se faz obrigatória<sup>3</sup>, para indivíduos entre 4 e 17 anos de idade<sup>4</sup>.

A sujeição ativa, *prima facie*, parece de fácil compreensão. Já a sujeição passiva, como dever de educar, conta com

---

<sup>1</sup> Artigo 227 da Constituição Federal.

<sup>2</sup> Prescrição legal ínsita no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 1634, inciso I do Código Civil Brasileiro.

<sup>3</sup> A oferta da educação obrigatória é dever do Estado, exegese do artigo 208 do Constituição Federal.

<sup>4</sup> Prescrição legal ínsita na Emenda Constitucional nº 59/2009.

desdobramentos, remontando à responsabilização pelo descumprimento do direito inerente ao titular, tanto no caso do Estado como no da família. O Estado, através da responsabilização direta e objetiva do ente estatal ou subjetiva de seus dirigentes e a família, em crime de abandono intelectual, tipificado pelo artigo 244 do Código Penal Brasileiro. Já no caso da sociedade, não há prescrição normativa para a responsabilização por descumprimento do direito, muito embora seja ela também revestida de sujeição passiva.

Se, por um lado, Estado, sociedade e família são sujeitos passivos, e, portanto, devedores da obrigação de educar, são, por outro, beneficiários do direito. A educação como construção e aprofundamento da cidadania, em face dos princípios democrático e federativo, beneficia o Estado e a sociedade (RANIERI, 2013, p. 67-68), *locus* em que a própria família se insere.

Do ângulo de formação da pessoa como indivíduo, trabalhador e cidadão, o Estado como sociedade política e o cidadão individualmente considerado são titulares dos mesmos direitos, diluindo-se, portanto, a verticalidade das relações entre Estado e indivíduo. Isso impossibilita identificar, no que tange ao oferecimento e a fruição do direito à educação, nem a relação de poder *ex parte populi* nem a *ex parte principis*, mas antes, uma relação *inter partes* (RANIERI, 2013, p. 68).

Há, no caso, uma identificação de interesses – público e privado – expressa fundamentalmente pela realização da dignidade humana, em todas as vertentes de desenvolvimento da personalidade, nas condições reconhecidas e constitucionalmente estabelecidas pela sociedade política (RANIERI, 2013, p. 68).

Como se vê, o direito à educação constitui predisposição para todos os outros direitos cuja abrangência levanta importante discussão diante do modelo de autonomia federativa adotada no Brasil e se apresenta como desafio a ser dirimido não apenas para a efetivação do direito, mas para o alargamento da cidadania.

### 3 Federalismo educacional brasileiro: aspectos gerais

Numa primeira acepção, o federalismo designa a teoria do Estado Federal. Numa segunda acepção, refere-se a uma visão global da sociedade, já que o estudo e o conhecimento do Estado não se completam se as características de dada sociedade não são tomadas em consideração. Se, por um lado, a primeira (e tradicional) acepção não é controversa, ela, contudo, se revela reducionista (BOBBIO, 1983, p. 475).

Explica Dalmo Dallari (2012, p. 254-256) que a origem do termo “federação”, do latim *foedus* que significa “pacto”, “aliança” e o Estado Federal representa, efetivamente, uma união de Estados. Em essência, um arranjo federal implica uma parceria, estabelecida e regulada por esse pacto, cujas conexões internas refletem um tipo de divisão de poder entre parceiros, baseada no reconhecimento mútuo da integridade de cada qual no esforço de favorecer uma unidade (ABRUCIO, 2013, p. 207).

Esse pacto, firmado no interior dos Estados, é, no entanto, calcado em um duplo movimento de autonomia e subordinação dos entes periféricos em relação ao poder central que, em tese, é contraditório apenas na aparência, já que limitado constitucionalmente (RANIERI, 2013, p. 137).

Vale registrar que Dalmo Dallari (1986, p. 77-78) observa a dificuldade de uma conceituação uniforme do que seja “Estado Federal”, que se trata de um fenômeno político-social, humano, vale dizer, não sujeito a certezas matemáticas ou a delimitações puramente racionais e previsíveis, ressaltando que reside entre os teóricos do federalismo intensa discussão a respeito do que seja o princípio federativo que deveria ser o ponto de partida ou o núcleo básico para se julgar se determinado Estado é ou não federal, ou para se avaliar se uma particularidade de organização ou funcionamento é ou não compatível com o federalismo.

A partir dessas ideias decorrem considerações sobre a autonomia, decorrente do princípio federativo (GARCIA, 2013, p.



185). Comumente entendida como a “faculdade de se governar por si mesmo, por suas próprias leis, dirigir-se por vontade própria ou ainda, situação de uma coletividade ou de um organismo público dotados de poder e de instituições que lhes permitem gerir seus negócios sem interferência do poder central”, em termos jurídicos, “consiste em uma área de competência, circunscrita pelo direito” (GARCIA, 2013, p. 185).

Assevera Celso Bastos (2010, p. 284) que a regra fundamental do federalismo consiste na subsidiariedade, segundo a qual:

nada será exercido por um poder de nível superior desde que possa ser cumprido pelo interior. Isso significa que só serão atribuídas ao governo federal e ao estadual, aquelas que não possam ser cumpridas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização. Em outras palavras, o município prefere ao Estado e à União. O Estado por sua vez, prefere à União.

Nesta senda, José Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 30) leciona que o princípio da subsidiariedade aplica-se em numerosos domínios do direito. Apesar de sugerir uma função de suplência, compreende a limitação da intervenção de órgão superior ou de coletividade superior, podendo ser interpretado ou utilizado como argumento para conter ou restringir a intervenção do Estado.

Assim, a organização educacional no Brasil acompanha a organização federativa por ele adotada, o que significa dizer que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a descentralização normativa e executiva, exercida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com a repartição de competências legislativas e materiais promovidas pela Constituição Federal e pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) – Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

O tema das competências no Estado Federal é dos mais relevantes, senão o fundamental (RANIERI, 2000, p. 92). Relaciona-se com a instituição de um governo compatível com as exigências e necessidades da União, além de influir diretamente no equilíbrio do

pacto federativo, determinando o grau de tensão entre o poder central e as unidades periféricas, no que diz respeito à descentralização e controle – aspectos fundamentais na área da educação em face das disposições da LDB que, mesmo assegurando ampla liberdade de conteúdo e forma no oferecimento, para todos os níveis de ensino, impõe um padrão de controle sistemático e periódico das atividades públicas e privadas na educação, em razão da supremacia do interesse público (RANIERI, 2003, p. 362).

Isso implica afirmar que no federalismo educacional quanto mais ampla a competência dos órgãos centrais, mais restrita será a dos órgãos periféricos e maior o grau de centralização; inversamente, quanto maior a competência dos órgãos periféricos, menor a do órgão central e maior o grau de descentralização (RANIERI, 2003, p. 362).

Assim, a descentralização do poder central no federalismo educacional supõe graus quantitativamente variáveis, determinados pela proporção relativa do número e da importância das normas centrais e locais na ordem jurídica. Resulta da combinação de critérios funcionais espaciais, bem como de técnicas de repartição horizontal e vertical de competências que operam segundo os estágios hierárquicos da ordem jurídica e quantidade de matérias a serem regulamentadas. A ideia subjacente é permitir que os níveis de estatalidade, central e periféricos, funcionem autônoma e concomitantemente (RANIERI, 2003, p. 362).

No caso da educação, cabe à União legislar privativamente sobre as bases e diretrizes gerais da educação nacional e concorrentemente, com os Estados e o Distrito Federal, sobre normas gerais de educação, conforme prescrição do artigo 24 da Constituição Federal. Daí resulta a centralização da matéria, com a possibilidade dos Estados a suplementarem a fim de atender suas peculiaridades, apenas nessa última hipótese.

No plano dos encargos, adverte Nina Ranieri (2003, p. 362-363) que o quadro de competências fixado na Constituição Federal atua, de modo geral, em favor de competências concorrentes,

apontando para um modelo federativo de cooperação, mais preocupado com a colaboração dos entes federados do que com a sua separação e independência recíprocas.

Para o federalismo cooperativo educacional, com efeito, a coordenação das ações é tão essencial quanto a uniformização de certos interesses. Assim, toda matéria que extravase o peculiar interesse de uma unidade periférica seja porque é comum a todas as outras ou porque, se particularizada num âmbito autônomo, engendraria conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria principiológica, conforme leitura do artigo 205 da Constituição Federal (RANIERI, 2003, p. 363).

Há, em tese, a exigência de colaboração entre os entes federativos na área educacional, seja na organização dos sistemas de ensino (artigo 211, *caput*, da Constituição Federal), atribuição redistributiva e supletivas à União, a fim de garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino (artigo 211, § 1º, da Constituição Federal), integração das ações do poder público que conduzam à melhoria da qualidade do ensino, através do Plano Nacional de Educação (artigo 214, III, da Constituição Federal) e, ainda, a conjugação de esforços para a universalização do financiamento ao ensino fundamental (artigos 208, I e 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) e progressiva uniformização do ensino médio (artigo 208, II, da Constituição Federal).

Todas essas disposições reclamam e evidenciam a necessidade de organização e coordenação das unidades federativas em relação à educação, sobretudo a sua normatização e regulamentação.

A realidade brasileira, todavia, revela exatamente o contrário: a normatização do direito à educação pelos entes federados diante de uma pretensa autonomia conduz a uma superprodução legislativa. Além disso, a descoordenação de ações entre os entes convola um cenário de um modelo artificial de federação.

Com a particularidade da inclusão dos municípios como entes federados, o federalismo adotado no Brasil torna a estrutura

federativa complexa e com entidades superpostas (SILVA, 2006. p. 250), que atua como entrave no desenvolvimento educacional (BUCCI; VILARINO, 2013. p. 119).

Além disso, esses problemas têm raízes históricas, como demonstra o paradigmático estudo de Fernando Luiz Abrucio (2010), ao qual recorre-se a fim de demonstrar como a estrutura superposta do federalismo educacional brasileiro prejudica o desenvolvimento da educação e do ensino.

#### **4 Educação e problemas do federalismo brasileiro: breve histórico**

O Império brasileiro optou, desde a Lei Geral de 1827, pela seguinte divisão de funções: caberia às províncias a responsabilidade pela educação primária e ao poder central, o ensino superior. Essa legislação tinha um enfoque nacional e havia previsto a gratuidade da educação primária. Só que essa ficaria a cargo dos governos subnacionais que tinham menos recursos tributários e menos autonomia administrativa (devido à forte centralização vigente). E, além disso, esses governos subnacionais eram administrados por oligarquias escravocratas que não tinham interesse em expandir a instrução para a maioria da população (ABRUCIO, 2010, p. 53).

Esse arranjo intergovernamental do Império produziu um modelo favorecedor da elite social, dada a primazia do ensino superior. Daí nasceu no Brasil um modelo bastante *sui generis*: no campo educacional, foi construída uma coalizão mais forte em prol das universidades do que aquela vinculada à educação básica. Essa lógica se sedimentou e só começou a ser efetivamente combatida com a Constituição Federal de 1988 (ABRUCIO, 2010, p. 53).

O modelo imperial inaugurou a duplicidade de redes, dando maior autonomia aos governos estaduais quanto à definição da gratuidade e da obrigatoriedade do ensino primário (CURY, 2006. p. 119).

Esse cenário contava com a oligarquização do poder e com a existência de uma estrutura federativa assimétrica, o que provocou o aumento da desigualdade entre as unidades federativas ao longo do período. A soma desses dois fatores redundou no (quase) abandono da política educacional por vários governos estaduais e no aumento da diferença entre eles na política, uma vez que somente alguns entes federativos brasileiros como São Paulo e Rio Grande do Sul, usaram sua autonomia para melhorar o sistema de ensino. Os municípios eram bastante dependentes e frágeis, o que gerou a pequena atuação na educação (ABRUCIO, 2010, p. 53).

O período varguista aumentou a participação nacional na definição dos rumos educacionais, criando uma pasta ministerial para a área, apesar de não ser um ministério exclusivo no assunto (Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública). Deu-se, então, um período reformista, sobretudo para o ensino secundário, mas que ainda deixou a educação básica, que chamaríamos hoje de ensino fundamental, sem maiores alterações (ABRUCIO, 2010, p. 53).

Na realidade, o período varguista promoveu uma série de reformas estatais, sobretudo no desenvolvimento do país, mas esse processo transformador não contemplou a educação primária e ginásial da época (ABRUCIO, 2010, p. 53), perpetrando uma educação para uma elite social.

O período de 1946-1964 promoveu um pouco mais o federalismo brasileiro e a democracia, e pela primeira vez no plano constitucional, houve uma preocupação, ainda que incipiente, com a coordenação federativa e com a defesa da descentralização, inclusive no que se refere à bandeira municipalista, com a posição de líderes educacionais, como Anísio Teixeira, em prol da municipalização do ensino (ABRUCIO, 2010, p. 54).

No entanto, a promulgação da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em 1961, não expressou os apelos do movimento municipalista no sentido da consolidação de sistemas de ensino de bases locais (ARAÚJO *apud* ABRUCIO, 2010, p. 55).

No período militar, a educação seguiu o modelo geral de políticas públicas montado na época, com forte centralização decisória tecnocrático-autoritária, reduzindo ao clientelismo a atuação dos governos subnacionais, principalmente os menos desenvolvidos, a fim de uniformizar a implementação de políticas públicas por toda a federação (ABRUCIO, 2010, p. 56).

Nesse sentido, o governo federal aumentou seu poder de normatização, para além do que a Lei de Diretrizes e Bases havia definido antes da ditadura militar. Continuou atuando no campo universitário, com forte expansão da oferta pública, também incentivando o setor privado e realizando uma ampla reformulação administrativa nas universidades (inclusive expulsando os “inimigos do regime”) e instituindo, como novidade, o sistema de pós-graduação no Brasil (ABRUCIO, 2010, p. 56).

Na educação básica, o governo federal ampliou a sua intervenção e alterou a sua organização, aumentando-a para oito anos e denominando-a de ensino de primeiro grau (DRAIBE *apud* ABRUCIO, 2010, p. 57). Ainda nesse ciclo educacional, ocorreu o aumento de recursos federais (como exemplifica a instauração do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, em 1968) e de tributos e transferências obrigatórias destinadas a estados e municípios.

O intervencionismo da União na educação teve como resultados uma combinação entre nacionalização da política e descentralização tutelada da execução, além de uma complexificação maior do funcionamento do setor, com mais ações sendo feitas e mais questões contempladas. Essa maior complexificação atingiu em cheio as relações intergovernamentais, criando novos pontos de contato entre os entes federativos. Enquanto a ditadura conseguiu controlar plenamente Estados e municípios, essa realidade mais complexa da política não foi problema, mas quando os militares começaram a perder força política, e, sobretudo, com a redemocratização, a necessidade de coordenação entre governos se tornou essencial (ABRUCIO, 2010, p. 56).

Deu-se então, a desconcentração da política, que é relevante nesse período. Foi mantido o predomínio estadualista na provisão do ensino de primeiro grau, mas o regime atuou também em favor da municipalização do ensino, pela vinculação de recursos do Fundo de Participação dos Municípios e pela ação de programas federais para ajudar técnica, administrativa e financeiramente as prefeituras (ARAÚJO *apud* ABRUCIO, 2010, p. 57). O intuito descentralizador estava presente na Lei 5.692/1971, que reorganizou o ensino brasileiro.

Uma leitura mais atenta, no entanto, demonstra que o modelo descentralizador, na realidade, estava atrelado a uma forte centralização do governo federal, o que implicou a perda de autonomia dos governos subnacionais. A obtenção de recursos era vinculada à obediência ao regime e a articulação entre redes clientelistas: em locais em que a rede municipal cresceu mais frente à estadual, nos Estados mais pobres, a municipalização do ensino significou, muitas vezes, reforço da desigualdade (ABRUCIO, 2010, p. 58).

Com a redemocratização, reagir ao centralismo autoritário era a palavra de ordem. Com esse pano de fundo, a educação, assim como outras políticas sociais, foi dominada, nos primeiros anos da redemocratização, pelo discurso da descentralização traduzida principalmente pela municipalização (ABRUCIO, 2010, p. 59) e pela criação de diversos subsistemas educacionais que persiste até os dias atuais. Esse cenário, entretanto, acabou por impactar sobremaneira a normatização do direito à educação, dificultando o seu desenvolvimento.

## **5 Normatização do direito à educação no Brasil: problemas do federalismo brasileiro, impactos e distorções**

A Constituição Federal compõe um complexo sistema de distribuição de competências legislativas, encargos e rendas às unidades federadas para fazer frente ao direito à educação, através de competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22, XXIV); competência

concorrente da União, dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação mediante normas gerais (artigo 24, IX); organização federativa dos sistemas de ensino em regime de colaboração (artigo 211); discriminação de competências prioritárias por nível de ensino, em graus de generalidade crescente (artigo 211); indicação de percentuais mínimos de aplicação de receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (artigo 212), ressalvada a proibição de vinculação de impostos a órgãos, fundos ou despesas (artigo 167, IV); proibição de instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços das instituições de educação sem fins lucrativos (artigo 150, VI, “c”); estabelecimento de Plano Nacional de Educação (atual Lei 13.005/2014) visando à erradicação do analfabetismo, à universalização do atendimento escolar, à melhoria da qualidade de ensino, à formação para o trabalho, à promoção humanística, científica e tecnológica do país (artigo 214).

O direito à educação no Brasil, além da previsão constitucional específica conta com desdobramentos, compondo uma complexa teia normativa ínsita nas Constituições e leis ordinárias estaduais, leis orgânicas e ordinárias municipais e em diversas leis federais, tais como Código Civil Brasileiro, Plano Nacional de Educação (Lei 13.005/2014), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei. 8.069/90), Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei 9.394/96), Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), Lei de Improbidade Administrativa (Lei 1.79/50), Decreto-lei 201/67, além de outras disposições constantes no Código de Processo Civil, do Mandado de Segurança e da Ação Popular.

A extensa e complexa teia normativa que regulamenta a educação no Brasil caracteriza-se pela multiplicidade e provisoriedade de suas regras, bem como pela variabilidade das fontes normativas: o Congresso Nacional, o Presidente da República, o Ministério da Educação, o Conselho Nacional de Educação, as Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, os Conselhos Estaduais de Educação, os Conselhos Municipais de Educação, dificultando o seu entendimento e sua aplicação (RANIERI, 2013, p.



100) e produzindo impactos sobre a oferta e a qualidade da educação nos sistemas educacionais<sup>5</sup>.

A princípio, é necessário analisar o federalismo educacional brasileiro de *per si*. No Brasil, há uma *sui generis* sobreposição de níveis de governo, remontando à própria tradição centralizadora do federalismo brasileiro (ABRUCIO, 2012, p. 19-20), em que pese o regime de colaboração inerente ao próprio princípio federativo, bem como a sua horizontalidade. A União e os Estados, muitas vezes criaram, ao longo da história, uma relação de dependência ou de comando direto sobre os municípios, ferindo a autonomia dos entes federativos.

A educação básica é constituída, em grande medida, por uma duplicidade de redes de ensino convivendo num mesmo território: as escolas municipais e estaduais. No caso do ensino médio, é possível contar ainda com instituições federais, que tendem a crescer nesse ciclo por conta da necessária expansão das escolas técnicas. Em razão dessa configuração, há também sobreposições e discrepâncias qualitativas, tendo em vista a falta de diálogo e colaboração entre as redes de ensino (ABRUCIO, 2013, p. 212).

A duplicidade de redes e responsabilidades facilitou a construção de um modelo perverso no qual as ações mais importantes favorecem o ensino superior, ao passo que a educação básica teve – e tem – um espaço de desenvolvimento muito mais dificultoso. Como resultado, instituiu-se uma estrutura elitista de provisão do serviço educacional, inobstante a oferta de educação de qualidade tenha, ao menos em tese, se universalizado a partir no marco constitucional instituído pós-1988 (ABRUCIO, 2013, p. 212).

A duplicidade de redes, por si só não é ruim (CURY, 2007, p. 118), pois muitos Estados federativos têm funcionamento semelhante (ABRUCIO, 2013, p. 212). O problema é que à duplicidade se somou, ao longo da história brasileira, a falta de

---

<sup>5</sup> No caso do Brasil a educação é oferecida por sistemas de educação atinentes aos três níveis de governo, federal, estadual e municipal, conforme previsão da Lei 9.394/96 (LDB).

articulação e coordenação entre as redes de ensino, num ambiente de grande desigualdade no plano subnacional, sobretudo em função das diferenças financeiras e institucionais nas regiões brasileiras. Enquanto os estados do Sul e Sudeste assumiram a responsabilidade pelo sistema educacional, nos estados do Norte e Nordeste, essa responsabilidade foi assumida pelos municípios (OLIVEIRA E SOUZA, 2010; ABRUCIO, 2013, p. 212).

Esse argumento ganha relevo quando considerada a análise do Ideb – Índice de Desenvolvimento da Educação Básica<sup>6</sup>, de 2015, que revelou a existência de dois “mundos” completamente diferentes e apartados: a educação estadual e a educação municipal. A educação básica é constituída, em grande medida, por uma duplicidade de redes convivendo num mesmo território: as escolas municipais e estaduais. No caso do ensino médio, é possível contar ainda com instituições federais. O que aparentemente poderia ser contextualizado como “autonomia”, revela, na prática, total desarticulação entre esses entes, porque os sistemas de ensino coexistem, mas não dialogam entre si.

Em razão dessa configuração, há também sobreposições e discrepâncias qualitativas, tendo em vista a falta de interlocução e colaboração entre as redes de ensino (ABRUCIO, 2012, p. 20), além das desigualdades regionais evidentes no caso brasileiro.

A desigualdade é a maior marca do federalismo brasileiro, tanto no plano das regiões como na comparação entre os municípios (ABRUCIO, 2012, p. 20). O fenômeno da desigualdade se expressa em dois aspectos distintos, mas interligados: na capacidade de

---

<sup>6</sup> O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb) foi criado pelo Instituto Anísio Teixeira (Inep) em 2007 e representa a iniciativa pioneira de reunir em um só indicador dois conceitos igualmente importantes para a qualidade da educação: fluxo escolar e médias de desempenho nas avaliações. Ele agrega ao enfoque pedagógico dos resultados das avaliações em larga escala do Inep a possibilidade de resultados sintéticos, facilmente assimiláveis, e que permitem traçar metas de qualidade educacional para os sistemas de ensino. O indicador é calculado a partir dos dados sobre aprovação escolar, obtidos em outros instrumentos de mensuração educacional, tais como o Censo Escolar, as avaliações do Inep, o Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb) (para as unidades da federação e para o país) e a Prova Brasil (para os municípios). (BRASIL, 2018).

gerenciar a política pública e nos resultados educacionais atinentes à qualidade. Com a descentralização impulsionada pela nova ordem democrática, é patente que a maioria dos municípios e mesmo alguns Estados, não conseguem por si mesmos gerir os respectivos sistemas de educação e atingir as metas educacionais (ABRUCIO, 2012, p. 20), sobretudo as mensurações de qualidade mínima, levando à conclusão de que no caso da educação básica, tem-se no Brasil um verdadeiro “cipoal” legislativo, tendo a descoordenação referendada pelo “regime de colaboração”, em que as três instâncias (nacional, estadual e municipal) podem escolher onde desejam (ou não) atuar. Como resultado, não há uma instância de poder público que seja responsável e responsabilizável pelo cumprimento da política pública educacional (ABRUCIO, 2012, p. 214).

O levantamento escolar sobre o Ideb, de 2015, revelou a heterogeneidade entre as regiões e os Estados. A trajetória de reformas dos Estados e políticas educacionais nos diferentes níveis de governo contribuiu para a discrepância dos números. Todavia, o elemento crucial para esse cenário é a repartição tributária deficiente, muito embora a Constituição tenha buscado a universalização e a equidade, em particular nos serviços públicos da área social.

A estrutura de financiamento da educação é mista e complexa, com a maior parte dos recursos provenientes do aparato fiscal, o caso típico dos recursos provenientes da vinculação de impostos. Essa vinculação, garantida desde a Emenda Complementar 24/1983, garante a vinculação mínima de recursos financeiros à educação (à época, 13% pela União e 25% pelos Estados, frente aos atuais 18% pela União e 25% pelos Estados, garantido pela Constituição Federal de 1988). Uma vez respeitado o índice nacional, os percentuais podem variar regionalmente, de acordo com as Constituições ou Leis Orgânicas dos Estados, Distrito Federal e municípios. Mesmo reconhecendo a possibilidade de esses entes ampliarem o valor do índice mínimo fixado pela Constituição

Federal, essa variabilidade conduz muito mais a distorções do que a efetiva ampliação.

Daí então o diagnóstico coincidir com a descrição de Araújo e Oliveira *apud* Abrucio, 2013, p. 214:

No caso da educação básica, temos uma torre de Babel protegida sob o conceito politicamente conveniente de ‘regime de colaboração’. Segundo esse conceito, as três instâncias podem operar (ou não) redes de ensino; podem financiar (ou não) a educação; e podem escolher onde desejam (ou não desejam) atuar. Resultado: não existe uma instância de poder público que seja responsável (e responsabilizável) pela oferta (ou não) de ensino fundamental. Cada instância faz o que pode e o que quer, supostamente em regime de colaboração.

A falta de definição dos papéis dos entes federativos em relação a certos objetivos e interesses comuns revela a existência do problema apontado por Hannah Arendt (2004, p. 9), em relação à coletivização das responsabilidades: quando as responsabilidades são co-implicadas, corre-se o risco de que de fato, elas não sejam assumidas por ninguém. A realidade brasileira convola um cenário de um modelo artificial de federação, que atua como entrave no desenvolvimento educacional, o que compromete, sobremaneira, o exercício do direito.

## **6 Conclusão**

O direito fundamental à educação encontra-se sedimentado na Constituição Federal e encontra previsão em diversos outros dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da ampla proteção conferida ao direito e do pretense modelo de federalismo cooperativo adotado no Brasil, a prática revela que a autonomia federativa brasileira em matéria educacional é descoordenada e traduz muito mais contrastes e distorções, perfazendo uma estrutura complexa e superposta, que remonta a raízes históricas e que dificultam o desenvolvimento da educação brasileira.

Esse cenário revela disparidades, desigualdades e torna dificultosa a responsabilização dos entes federativos acerca das políticas públicas educacionais. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro sob a égide do modelo de autonomia federativa convola uma superprodução legislativa sobre o direito caracterizada pela multiplicidade e provisoriedade de suas regras, bem como pela variabilidade das fontes normativas, revelando, por fim, que essa prática torna o exercício do direito à educação demasiadamente complexo, problemático e espinhoso.

## Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Associativismo territorial para a coordenação intergovernamental. In: ABRUCIO, Luiz Fernando; RAMOS, Mozart Neves. *Regime de colaboração e associativismo territorial: arranjos de desenvolvimento da educação*. São Paulo: Fundação Santillana, 2012.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo e educação no Brasil: trajetória recente e principais desafios. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento: escritos morais e éticos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. Federalismo verbete. In: BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986.
- BRASIL. *Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP*, disponível: <<http://portal.inep.gov.br>>. Acesso em 13 de Mar 2018.
- BUCCI, Maria Paula Dallari; VILLARINO, Marisa Alves. A ordenação federativa da educação brasileira e seu impacto sobre a formação de políticas públicas educacionais. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Federalismo político e educacional. In: FERREIRA, Naura Syria Carapeto. *Políticas públicas e gestão da educação*. Brasília: Líber Livro, 2007.

DALLARI, Dalmo. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.

DALLARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Maria. Federalismo e autonomia dos entes federados em relação ao direito à educação. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: do Estado de direito ao Estado democrático de direito*. Barueri: Manole, 2013.

RANIERI, Nina. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-103.

RANIERI, Nina. Federalismo cooperativo e garantia de padrão de qualidade de ensino: o caso dos estabelecimentos de educação infantil jurisdicionados ao sistema escolar do Estado de São Paulo. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v.98, 2003.

RANIERI, Nina. *Educação superior, direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases*. São Paulo: EdUSP, 2000.

**A crise do federalismo fiscal brasileiro  
e o poder municipal:  
a descentralização financeira e o consorciamento  
intermunicipal como alternativas viáveis**

*Giovani da Silva Corralo*

**1 Introdução**

O presente estudo tem por escopo refletir sobre a crise da Federação brasileira diante dos desafios enfrentados pelas municipalidades. Trata-se de assunto de grande atualidade e pertinência, uma vez que a crise fiscal é evidente e assola estados e municípios nesta quadra histórica.

A problemática reside na necessidade de encontrar alternativas capazes de enfrentar a crise fiscal que assola os entes integrantes do pacto federativo nacional e que remetam a uma efficientização administrativa. A hipótese perquerida é uma maior descentralização financeira com percentuais maiores de repasse do Fundo de Participação dos Municípios – FPM – condicionada ao alcance de metas pelos municípios e à constituição de consórcios intermunicipais administrativos. Utiliza-se, por conseguinte, o método hipotético dedutivo.

Para o presente desiderato discute-se a federação e o federalismo brasileiro, especialmente as suas particularidades, como a forte simetria constitucional e a condição municipal enquanto entes integrantes do pacto federativo. Na sequência, considera-se a crise fiscal da Federação brasileira, a assolar a União, estados e

municípios. Por fim, perscrutam-se alternativas para a minimização deste quadro, como a criação de consórcios regionais intermunicipais de caráter administrativo e uma maior descentralização administrativa via repasses do FPM.

Estudar a federação é estudar o Estado brasileiro, temática crucial para a superação do quadro institucional de crise que assola a sociedade pátria e que não pode ficar distante das reflexões jurídicas, até mesmo porque Direito e Estado se complementam como elos de uma mesma corrente ou faces de uma mesma moeda. É nesse diapasão que se busca trilhar o caminho proposto.

## **2 Federalismo e Federação no Brasil: entre a condição municipal e a simetria constitucional**

A federação brasileira é instituída após a proclamação da República, ocorrida em 1889, fruto de um golpe de Estado, que seguiu o modelo norte-americano, paradigmático na época.

De toda a sorte, até mesmo em razão do processo ocorrido em 1889, não é possível afirmar que o federalismo brasileiro se desenvolveu como resultado de um processo histórico e linear de maturação e desenvolvimento institucional. Ocorreu o fracionamento de um Estado Unitário, em processo de descentralização, motivo pelo qual se afirma o caráter centrífugo do federalismo pátrio. Como um reflexo do arranjo norte-americano, surge como um federalismo dual, mudando, gradualmente, para um federalismo de cooperação. Por fim, desde os primórdios até os dias de hoje, sob o marco de 6 constituições republicanas, persiste a forte simetria constitucional.

Tais características não significam um problema, até mesmo porque federalismo e federação não são sinônimos. O primeiro denota um conjunto de princípios e valores que perseguem a unidade na diversidade (CROISAT, 1992, p.15-16; KING, 1982, p. 74-75), passível de consideração enquanto princípio informante da própria sociedade a equilibrar as tensões entre a liberdade a



autoridade (PROUDHON, 2002, p. 45-49). Nesse contexto, o próprio federalismo já foi compreendido enquanto possibilidade de concretização da paz perpétua entre os povos (KANT, 1995; BAKININ, 1980).

As federações, por sua vez, se constituem enquanto uma das aplicações possíveis do federalismo aos arranjos estatais, talvez aquela em que mais ocorra a efetivação dos seus princípios informadores e da sua finalidade primordial. Traduz a busca da unidade onde a diversidade deve ser acomodada (ELAZAR, 1991, p.40). Significa a corporificação, numa realidade estatal, dos postulados do federalismo. É por isso que cada federação é fruto de um processo histórico próprio, singular, que deve levar em consideração as particularidades e singularidades históricas, políticas, econômicas, geográficas e sociais.

O processo histórico-político nacional é eivado de avanços e retrocessos institucionais, tanto que, das 6 constituições republicanas 2 foram outorgadas – 1937 e 1969, entremeadas das outras 4 que foram promulgadas – 1891, 1934, 1946 e 1988. Essa trilha histórica acabou por relevar, especialmente as constituições promulgadas, um considerável protagonismo municipal – com exceção da Constituição de 1891, tanto que em 1988 os municípios foram içados à condição de partícipes do pacto federativo, particularidade única dentre os arranjos federais contemporâneos e que se choca com a clássica consideração das federações enquanto uma união de estados. A construção brasileira reforça a pluralidade de caminhos possíveis para a constituição de federações, distante de fórmulas prontas e acabadas.

Por consequência, a Constituição de 1988 avançou no processo de repartição de competências, cuja coluna vertebral se encontra nos art. 21 a 30 da Constituição. Ao lado das competências expressas à União – art. 21 e 22 – residem as competências dos municípios – art. 29 e 30. A seguir a lógica clássica, define-se a competência residual aos estados – art. 25. Por fim, para concretizar o federalismo de cooperação, há a afirmação de competências

comuns para todos os entes – art. 23 – e competências concorrentes entre a União, Estados e Distrito Federal<sup>1</sup> – art. 24 da Constituição Federal.

Por decorrência dessas competências afirma-se um plexo de autonomias resultantes aos entes locais: política, auto-organizatória, legislativa, administrativa e financeira. A autonomia política resulta da eletividade dos governantes locais: prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, bem como a possibilidade de cassação dos seus mandatos pelo parlamento local. A autonomia auto-organizatória denota o empoderamento para a elaboração da Lei Orgânica Municipal, que figura no vértice do sistema normativo municipal. A autonomia legislativa a elaboração do sistema normativo local composto por leis complementares, leis ordinárias, medidas provisórias, leis delegadas, resoluções e decretos legislativos. A autonomia administrativa traduz a capacidade de conformação da estrutura administrativa local e das mais diversas atividades administrativas: serviços públicos, fomento, regulação, polícia administrativa e intervenção na atividade econômica. Por fim, a autonomia financeira, que denota a instituição, arrecadação e aplicação dos tributos próprios, bem como das transferências constitucionais (CORRALO, 2014, p. 171-234). As competências municipais e respectivas autonomias conformam o que pode ser denominado de poder municipal (CORRALO, 2015, p. 128-139).

O desenvolvimento do estado federal brasileiro nas diversas constituições que permearam o final do séc. XIX e todo o séc. XX, a incluir mesmo aquelas que desnaturaram o próprio federalismo – como é o caso da Constituição de 1937 –, foi pautado por uma forte simetria constitucional, que significa um tratamento constitucionalmente igualitário aos entes que integram a federação, inobstante as assimetrias fáticas (LIZIERO, 2017, p. 174-175). Todos os 27 Estados e todos os 5.570 municípios, por mais díspares que sejam

---

<sup>1</sup> O Distrito Federal, pela sua singularidade, exerce competências distritais próprias, estaduais e municipais, a salientar o Art. 32 da Constituição Federal.

nas suas realidades, possuem um mesmo regramento constitucional, seja quanto à representatividade, seja quanto às competências, sejam quanto aos demais aspectos financeiros e organizacionais dispostos na ordem constitucional, não obstante as regiões de desenvolvimento possuírem um tratamento diferenciado com base no art. 43, 151, I e 159, I, “c” da Constituição Federal, a abranger mais enfaticamente as regiões do Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

A simetria constitucional tem sido uma das fortes marcas do federalismo pátrio, o que tem levado a importantes reflexões daqueles que se propõe a estudá-lo, o que, de alguma forma, repercute nas considerações desse estudo.

### **3 A crise da Federação brasileira: antecedentes e quadro atual**

As crises, mais ou menos intensas, são usuais e cíclicas no estado moderno, a fazer com que períodos de prosperidade sejam entremeadas por declínios nos indicadores econômicos e sociais e até mesmo por rupturas institucionais. É assim no Brasil e em grande parte, senão na totalidade, dos países com os quais seja possível analisar o desenvolvimento das suas respectivas instituições.<sup>2</sup> Em outras palavras, as crises, que nada mais são do que o resultado da dificuldade do sistema em resolver os problemas insurgentes, fazem parte da própria genealogia do Estado contemporâneo.

A Constituição de 1988 foi uma resposta da sociedade brasileira a um cenário de desenvolvimento histórico permeado por gritantes desigualdades e exclusão, afinal de contas, a história nacional pode ser compreendida como um processo de dominação e exploração de uma grande maioria da população por uma elite detentora do poder (RIBEIRO, 1995). Os resultados encontram-se escancarados no ainda profundo abismo social e na efetiva disparidade de oportunidades para o desenvolvimento humano

---

<sup>2</sup> Poucos países podem ostentar um longo período histórico de desenvolvimento institucional, como é o caso da Dinamarca (Svendsen, G. L. H.; Svendsen, G. T.; GRAEFF; 2012, p. 351-367).

quando em comparação os estratos sociais com menor poder aquisitivo com os que possuem maior poder econômico.

A ordem constitucional vigente significou a busca de um Estado minimamente garantidor de direitos básicos a todos, a fim de possibilitar o desenvolvimento máximo das potencialidades de cada pessoa. Por essa razão se afirma o caráter emancipador do texto constitucional, concretizador, ao menos normativamente, de direitos sociais, mesmo que tardiamente.

A pressão por maiores garantias para a seguridade social, que inclui maiores recursos de financiamento, foi um dos direcionamentos marcantes na Constituição de 1988. Maiores recursos para minimizar as gritantes disparidades sociais com a elevada concentração desses recursos na União, ente considerado o mais efetivo para a concretização de tais políticas. Par e passo esteve a pressão em prol de uma maior autonomização dos municípios, que também requereu, ao lado das competências esposadas e consequente autonomia, maiores recursos financeiros, tanto que é possível corroborar o entendimento de Fernando Rezende (2013, p. 17): “(...) a bandeira da descentralização e da autonomia fiscal que pautou a luta dos estados na Constituinte se transformou, na prática, em um forte processo de municipalização.”. Não obstante as dificuldades fiscais dos municípios brasileiros na atualidade, observa-se um considerável avanço, sem paralelo na história, de aportes financeiros aos entes locais.

Nesse diapasão, observa-se a posição coadjuvante dos Estados, que além de ficarem com uma posição fragilizada quanto à aferição de recursos financeiros, deixaram de efetivar um real protagonismo na definição das grandes políticas nacionais, tanto que inexistem instâncias reconhecidas de articulação do poder estadual para o debate das grandes questões nacionais.<sup>3</sup> Para Sérgio

---

<sup>3</sup> Fernando Rezende (2013, p. 15) sintetiza a frágil posição dos Estados nas seguintes perspectivas: “a) a tributária, que se revela na queda da fatia dos estados na repartição do bolo fiscal; b) a orçamentária, que se traduz na perda de graus de liberdade no uso dos recursos, em função de vinculações constitucionais, transferências vinculadas, regulação de programas, controle de endividamento, etc.;

Prado (2013, p. 137), o Senado deveria efetivar essa função, a pressupor “(...) que exista, em algum grau, coordenação política entre executivos estaduais e representantes regionais no Senado, de forma a que a câmara alta se torne um espaço de negociação entre governos”. O Senado há muito não cumpre com este desiderato, com os senadores a desempenhar um papel muito próximo daquele desenvolvido pelos deputados federais.

O quadro atual é de uma elevadíssima concentração de receitas na União, de uma melhora histórica da condição municipal – mesmo que ainda insuficiente para todas as novas atribuições conferidas aos entes locais, e de uma precária posição financeira e de importância dos estados-membros. A participação no total de recursos disponíveis – receitas correntes e de capital – dos municípios, em 2012, alcança a 14,47%, enquanto que os Estados ficam com 18,91% e a União com 66,62% (BREMEAKER, 2015). Dados mais recentes mostram que em 2015 o percentual aos entes locais chegou a 15,30% (BREMAEKER, 2017). Tamanha concentração de recursos na União pode transmutar o federalismo brasileiro de centrífugo para centrípeto (RAMOS, 2000, p. 184).

O mais grave é que periodicamente ressurgem discursos acerca da redefinição do pacto federativo, que chegam a alcançar alguma notoriedade midiática, entretanto, nada de efetivo e concreto ocorre. A Federação brasileira se encontra numa gravíssima crise financeira e fiscal, a requerer uma urgente repactuação acerca da organicidade, funcionalidade e redistribuição das receitas públicas.

---

c) a legislativa, que aponta para o reduzido papel desempenhado pelos legislativos estaduais; d) a regulatória, que é sufocada pela proliferação de normas emanadas do governo central; e) a política, que se manifesta sob a forma da incapacidade de os dirigentes estaduais influenciarem o voto de seus representantes no Congresso Nacional, que aderem à agenda do governo federal mesmo quando o comando dos estados está na oposição.”

#### **4 O problema do federalismo fiscal na perspectiva dos municípios, a descentralização financeira e a regionalização através de consórcios intermunicipais administrativos**

O foco do federalismo fiscal é a compatibilização das atribuições de competências dos entes que integram o pacto federal com os necessários recursos financeiros para a concretização desses deveres (BOVO, 2000, p. 39; BORDIN, 2004). O descompasso é evidente e notório. A solução perpassa pela repactuação entre os entes integrante do pacto federativo nacional: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Porém, não parece esta questão se encontrar na pauta de prioridades da agenda política.

Como o foco dessa pesquisa reside na problemática municipal, resta questionar o caminho da forte descentralização que tem se efetivado mais enfaticamente no decorrer das últimas três décadas, a abranger as matérias da competência exclusivamente municipal<sup>4</sup> e aquelas descentralizadas às municipalidades.<sup>5</sup> Não parece que o caminho da revisão desse quadro seja o mais adequado diante da estruturação resultante das administrações municipais.

Talvez o redimensionamento da distribuição da receita pública nacional seja uma alternativa. Nesse quesito, importa trazer à colação reflexão já feita acerca da dificuldade de os municípios, especialmente os de pequeno porte,<sup>6</sup> aumentarem por si, a receita municipal, por mais que se aprimore e se eficientize a administração fazendária. Isso porque os tributos de indubitável maior importância – o imposto predial e territorial urbano e o imposto sobre serviços – possuem algum relevo nos municípios com elevada densidade urbana ou com particularidades próprias, como a forte presença econômica do turismo.

---

<sup>4</sup> Execução da política urbana, elaboração do Plano Diretor, assuntos referentes ao interesse local, instituição e arrecadação dos tributos próprios, dentre outras.

<sup>5</sup> Ensino fundamental, ações básicas de saúde, ações de assistência social, entre outras.

<sup>6</sup> A lembrar que aproximadamente 50% dos municípios brasileiros possuem menos de 10.000 habitantes.

Como não parece ser possível incluir na pauta nacional a criação de um novo tributo, até porque a sociedade brasileira já arca com o impacto de uma carga tributária que alcança os 37% do PIB, resta refletir sobre a repartição das receitas existentes. Sobre isso já se defendeu que a melhor alternativa ainda seria aportar mais recursos aos entes municipais via FPM – Fundo de Participação dos Municípios. Isso porque o FPM repousa em impostos federais e, conforme já demonstrado, a União é o ente em que há a maior concentração de recursos. Além disso, o incremento nesses repasses impactaria mais fortemente os municípios usualmente mais vulneráveis, logo, os de pequeno e médio porte em razão dos critérios utilizados para o seu rateio.

A fragilidade das administrações municipais também resta demonstrada com o índice FIRJAN de Gestão Fiscal (2017, p. 6), cuja análise das municipalidades com base no ano de 2016 ficou prejudicada pelo fato de 18,4% dos entes locais terem apresentado dados inconsistentes ou não disponibilizados nos prazos legais. Tal percentual, por si, já demonstra uma considerável precariedade administrativa. Este índice analisa a receita própria (capacidade de arrecadação com base na relação da receita própria com a receita corrente líquida), gastos com pessoal (percentual da receita corrente líquida), investimentos (percentual da receita líquida real), liquidez (suficiência de caixa, com fulcro na proporção entre os restos a pagar e a receita corrente líquida) e custo da dívida (custo dos juros e amortização com base na receita corrente real), com uma pontuação final que varia de 1 (melhor situação) a 0 (pior situação). Os quatro primeiros indicadores correspondem, cada um, a 22,5% do índice final, enquanto que o custo da dívida participa com 10%. O conceito de A, de excelência, requer resultado superior a 0,8 pontos; B, de boa gestão, resultado de 0,6 a 0,8 pontos; C, de gestão em dificuldade, entre 0,4 e 0,6 pontos; e D, gestão crítica, inferior a 0,4 pontos.

A crise é tão aguda que “Dos 4.544 municípios analisados, 3.905 (85,9%) apresentaram situação fiscal difícil ou crítica (Conceito C ou D no IFGF), apenas 626 (13,8%) boa situação fiscal

(Conceito B) e tão somente 13 (0,3%) excelente situação fiscal (Conceito A). Assim, 2016 foi o ano com o maior percentual de prefeituras em situação fiscal difícil e com o menor número em situação excelente de toda a série do IFGF, iniciada em 2006” (FIRJAN, 2017, p. 6).

Dos municípios analisados 3.905, o que corresponde a 85,9%, se encontram em situação crítica – conceito C ou D –, 626, correspondente a 13,8% em situação fiscal boa – conceito B –, e somente 13, equivalente a 0,3% em situação fiscal ótima – conceito A. A análise dos indicadores deduziu pela a elevada dependência dos municípios das transferências da União e dos Estados, somado ao elevado comprometimento com gastos de pessoal. Os restos acabar acabam por se transformar em fonte de autofinanciamento pelos entes locais. A equação é simples: baixa arrecadação de tributos próprios com elevados gastos com pessoal e conseqüente baixo nível de investimentos com excelente resultado para o custo da dívida – os municípios não tem tido esta opção de endividamento –, logo, faz-se o auto-financiamento via restos a pagar com uma baixíssima liquidez. (FIRJAN, 2017, p. 7).

A capacidade de aprimoramento da gestão pública e, mais especificamente, da gestão fazendária dos municípios de maior porte repercute no fato de a nota média das capitais ser 31,7% superior à média nacional (FIRJAN, 2017, p. 9). O ano de 2016, em análise pelo índice referido, foi o pior da série história iniciada em 2006, mesmo com o reforço dos recursos extras oriundos da Lei de Repatriação, que chegou a impactar, em média, em 4% a mais nas receitas locais (FIRJAN, 2017, p. 6 e p. 10).

A realidade demonstrada em números remete à necessidade de melhora da condição fiscal da Federação brasileira, no caso em estudo, a englobar as municipalidades, que se encontram em estado crítico. Ao lado da escassez de recursos e da já comentada dificuldade ou impossibilidade de melhoras significativas dos resultados da arrecadação municipal via tributos próprios dos entes de pequeno e



médio porte, exsurge a necessidade de aperfeiçoamento da capacidade de governo e de administração em nível local.

Defende-se uma descentralização da receita pública nacional, especialmente pelo repasse de percentuais maiores do FPM – Fundo de participação dos Municípios, para as municipalidades, em percentuais que possam ser ampliados gradativamente, até que se possa alcançar ou superar os 30% dos valores do respectivo fundo.<sup>7</sup> O atual quadro de desequilíbrio fiscal da União não pode ser desconsiderado, porém, com o elevado percentual da receita pública concentrada no Palácio do Planalto é muito mais factível a possibilidade dos ajustes necessários, por mais que penosos. De toda a sorte, é preciso melhorar a eficiência e eficácia das gestões municipais, pois também não é possível repassar mais recursos para serem geridos insatisfatoriamente. Não significa, obviamente, perseguir algum tipo de tutela sobre as municipalidades e mérito das suas políticas públicas, totalmente descabível pela ordem constitucional vigente.

Denota, outrossim, a possibilidade de condicionar o repasses a mais desses percentuais do FPM à obrigatoriedade de os municípios de pequeno e médio porte – critério a ser definido populacionalmente – estarem articulados em consórcios intermunicipais focados, também, no aprimoramento da gestão pública, organizacionalmente e funcionalmente, o que atualmente está previsto no art. 37 do Decreto regulamentar 6.017/2007 quanto às transferências voluntárias. Também seria possível e altamente recomendável condicionar o repasse desses percentuais para todos os entes locais, conjuntamente, à persecução de resultados concretos de gestão no decorrer dos anos, com base no índice FIRJAN ou outros critérios que possam ser definidos, especialmente no tocante aos gastos com pessoal, investimentos e liquidez. Isso levaria a uma nova *accountability*, horizontal nas relações entre os entes partícipes do pacto federativo nacional.

---

<sup>7</sup> Estudos mostram que cada percentual de acréscimo poderia levar a mais de 3 bilhões de reais ao ano (CORRALO; CARDOSO; 2016, p. 108). Atualmente o repasse é de 24,5% do FPM às municipalidades.

Esse regramento pode ocorrer via alteração da Constituição Federal ou mediante lei federal. No primeiro caso se teria uma assimetria no próprio federalismo, com assento constitucional, o que poderia conduzir a novas (re)pactuações capazes de aprofundar transformações no pacto federalismo nacional, talvez pautadas pela assimetria.

Tal possibilidade não significa a retomada do federalismo de regiões apregoado pelo jurista Paulo Bonavides, que tinha por base o desenho das grandes regiões brasileiras – Norte, Nordeste, Centro-Oeste, Sul e Sudeste. O processo de regionalização aqui defendido tem por base a articulação intermunicipal, mesmo em grandes regiões, que usualmente compreenderá a articulação de municípios de um mesmo Estado, sem obstar a utilização de consórcios já existentes para essa finalidade. Reafirma-se que não se busca minimizar ou diminuir as competências municipais e respectivas autonomias consagradas na Constituição, até porque há a possibilidade de compreendê-las como normas de organização de direito fundamental.

O essencial é a busca de alternativas para o aprimoramento da Federação brasileira, sob pena de se aprofundar a crise do federalismo pátrio, transformando-o “(...) numa realidade maculada pelo desrespeito a garantias que possuem fundamentação constitucional” (BITTAR, 2009, p. 268). Descentralizar financeiramente é preciso, mas por si, não basta. É preciso que a alocação de mais recursos para os entes locais seja acompanhada de administrações municipais concretizadoras do direito fundamental à boa administração pública, logo, com padrões razoáveis de eficiência e eficácia, o que também significa perseguir o primado do direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2009).

## **5 Considerações finais**

O federalismo brasileiro possui não mais do que 128 anos num contexto de desenvolvimento histórico marcado por crises e rupturas institucionais. Assim, o amadurecimento das próprias

instituições restou comprometido, pois avanços são seguidos de retrocessos e vice-versa.

Esses quase 30 anos da Constituição Federal de 1988 também não conseguiu ajustar o pacto federativo de forma a resguardar um efetivo papel de protagonismo a todos os entes integrantes da federação. Ainda há uma elevada concentração de competências e recursos públicos na União, a comprometer os Estados e as municipalidades.

Ao lado de um tratamento simétrico às unidades subnacionais federativas conferido pela ordem constitucional está uma tímida descentralização financeira que melhorou a condição municipal. Entretanto, além de obnubilar ainda mais a posição dos Estados, não foi suficiente para que as novas competências municipais possam ser efetivadas a contento. O resultado é uma aguda crise que, não obstante seja mais visível nos Estados, que chegam até mesmo a sofrer com o atraso no pagamento dos salários dos seus servidores, atinge com vigor os entes locais. Os dados coletados pelo indicador criado pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro – FIRJAN – a mensurar a condição municipal, demonstram a gravidade da crise, que nunca atingiu o poder local com tamanha intensidade.

Como o foco do presente estudo é o poder municipal, reflete-se sobre as alternativas viáveis. Aprimorar o federalismo fiscal brasileiro com o maior aporte de recursos aos municípios é uma alternativa. Isso porque não há espaço fiscal para aumentar a já elevada carga tributária nacional, razão pela qual sequer se cogita na criação de novo imposto ou contribuição. De outro lado, dentre os tributos da competência municipal, o IPTU e o ISS conseguem impactar com algum efeito, salvo exceções, os grandes centros urbanos, a mostrar que a imensa maioria dos municípios brasileiros, de pequeno porte, sequer conseguiriam melhorar a sua condição com a eficientização máxima das suas políticas fazendárias. Por consequência, dentre as transferências constitucionais, a que mais se destaca é o repasse do FPM – Fundo de Participação dos

Municípios, seja porque tem por escopo tributos federais, seja porque atinge com mais ênfase os municípios menores.

Assim, aumentar o repasse de valores do FPM para os entes locais se constitui em alternativa viável. Contudo, não basta repassar recursos para que estes escoam no ralo de administrações fragilizadas e com limitadíssima capacidade de governo. É preciso buscar a otimização máxima dos recursos públicos.

É nesse caminho que se considera a possibilidade de condicionar o aumento dos repasses do FPM ao alcance de indicadores precisos de gestão que levem em conta, minimamente, os gastos com pessoal, os investimentos públicos e liquidez. Ao lado de municípios que não teriam problemas porque possuem gestões adequadas ter-se-iam municipalidades para as quais se fixariam prazos para a melhora gradual dos indicadores. Ademais, também seria possível requerer o consorciamento aos municípios de pequeno e médio porte, também a ser definido de acordo com critérios populacionais – talvez para os municípios com população inferior a 100.000 habitantes, com o objetivo de maximizar a funcionalidade e organização das administrações municipais, sem óbices para a utilização de consórcios existentes, desde que viável a conjugação com essas outras finalidades e que possam abranger regiões consideráveis a fim de minimizar o seu custeio. Os municípios com densidade populacional maior tem condições de ajustar, por si, as suas máquinas administrativas a fim de perseguir as metas que forem fixadas.<sup>B</sup>

Simplesmente descentralizar financeiramente pode ser a receita para uma maior precarização no uso dos recursos públicos e para desvios de todo o gênero, algo sistêmico na administração pública brasileira. É preciso primar ao máximo pela concretização do direito fundamental à boa administração pública, o que pode ser perseguido com um considerável acréscimo na transferência constitucional via FPM e com o condicionamento à persecução de metas concretas de gestão nos gastos com pessoal, investimentos e liquidez, associado ao consorciamento intermunicipal focado no aprimoramento da administração pública, em moldes a serem delineados.

## Referências

- BAKUNIN, Michael Alexandrovich. *Textos Anarquistas*. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1980.
- BITTAR, Eduardo C.B. *O Direito na Pós-Modernidade*. 2º Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BORDIN, Luis Carlos Vitali. *Centralização Fiscal: nem o regime militar ousou tanto!* Disponível em: <<http://federativo.bndes.gov.br/>>. Acesso em: 15 jan. 2004.
- BOVO, José Murari. *Federalismo Fiscal e Descentralização de Políticas Públicas no Brasil*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2000.
- BREMAEKER, François E. J. de. *As finanças municipais em 2014*, 2015. Disponível em: <[http://www.oim.tmmunicipal.org.br/abre\\_documento.cfm?arquivo=\\_repositorio/\\_oim/\\_docum111entos/1D3C8013-9D69-1A28-A93A2B87A7F4CD8323122015014323.pdf&i=3005](http://www.oim.tmmunicipal.org.br/abre_documento.cfm?arquivo=_repositorio/_oim/_docum111entos/1D3C8013-9D69-1A28-A93A2B87A7F4CD8323122015014323.pdf&i=3005)>. Acesso em 20 jan 2016.
- BREMAEKER, François E. J. de. *As finanças municipais em 2016*, 2017. Disponível em: <[http://www.oim.tmmunicipal.org.br/abre\\_documento.cfm?arquivo=\\_repositorio/\\_oim/\\_documentos/9F6A7C79-0659-5E1C-8463455A1979EDF402102017075943.pdf&i=3095](http://www.oim.tmmunicipal.org.br/abre_documento.cfm?arquivo=_repositorio/_oim/_documentos/9F6A7C79-0659-5E1C-8463455A1979EDF402102017075943.pdf&i=3095)> . Acesso em 02 jan. 2018.
- CORRALO, Giovani da Silva. *Curso de Direito Municipal*. São Paulo: Atlas, 2011.
- CORRALO, Giovani da Silva. *Município: autonomia na Federação brasileira*. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014.
- CORRALO, Giovani da Silva. O poder municipal na federação brasileira: reflexão sobre a autonomia municipal e o federalismo. *História: Debates e Tendências*, v. 15, p. 128-139, 2015.
- CORRALO, Giovani da Silva; CARDOSO, Bruna Lacerda. Autonomia financeira e poder municipal: a crise do federalismo brasileiro, as políticas públicas locais e alternativas fiscais. In: André Leonardo Copetti Santos, Maria Creusa De Araújo Borges, Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini. (Org.). *Filosofia e Teoria do Estado*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2016, v. I, p. 95-115.

CROISAT, Maurice. *Le Fédéralisme dans les Démocraties Contemporaines*. Paris: Montchrestien, 1992.

ELAZAR, Daniel. *Exploring Federalism*. Tuscaloosa: The University of Alabama Press, 1991.

Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro - FIRJAN: IFGF 2017 ÍNDICES FIRJAN DE GESTÃO FISCAL. Ano base 2016. Recorte municipal, p. 6. Disponível em: <<http://publicacoes.firjan.org.br/ifgf/2017/files/assets/basic-html/page-1.html>> . Acesso em 05 mar 2018.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2009.

KING, Preston. *Federalism and Federation*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1982.

LIZIERO, Leonam Baesso da Silva. *Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria*. Tese de Doutorado (Universidade do Estado do Rio de Janeiro), 2017.

PRADO, Sérgio. A “Federação inconclusa”: o papel dos governos estaduais na Federação brasileira. In: *Federalismo brasileiro em seu labirinto*. Fernando Rezende, Org. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

PROUDHON, Pierre Joseph. *Do Princípio Federativo*. São Paulo: Editora Imaginário, 2001.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo Assimétrico*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

REZENDE, Fernando. A crise do federalismo brasileiro: evidências, causas e consequências. In: *Federalismo brasileiro em seu labirinto*. Fernando Rezende, Org. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SVENDSEN, Gunnar Lind Haase ; SVENDSEN, Gert Tinggaard ; GRAEFF, Peter: Explaining the emergence of social trust: Denmark and Germany. In: *Historical Social Research* 37 (2012), 3, pp. 351-367. URN: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ss0ar-378690>.

## **Federalismo fiscal e competição financeira entre municípios pela participação na arrecadação do ICMS**

*Daniel Vieira Marins*

*Gustavo da Gama Vital de Oliveira*

### **1 Introdução**

Há muitos anos, a guerra fiscal domina o cenário do federalismo fiscal brasileiro. Leis e decretos estaduais que concediam benefícios e incentivos fiscais do ICMS foram objeto de ações diretas de inconstitucionalidades, revelando que a disputa pela manutenção ou realocação de empresas em seus próprios domínios era o foco principal dos Estados para tentar aumentar a atividade econômica, gerando empregos e permitindo uma contínua arrecadação de tributos. Situação análoga ocorreu com os municípios que, ao diminuírem as alíquotas do ISS ou ao criar deduções na base de cálculo do tributo, tentavam atrair empresas para os seus territórios.

Contudo, no caso dos municípios, a Emenda Constitucional nº 37/02 criou dificuldades para a ocorrência da guerra fiscal. Instituiu-se que a fixação da alíquota mínima do ISS caberia à lei complementar (art. 156, §3º, inc. I, da CR/88), sendo que, segundo o novo art. 88 do ADCT/88, enquanto a lei complementar não disciplinar o tema, o ISS teria a alíquota mínima de 2% (dois por cento). Estabeleceu-se ainda que o imposto não poderá ser objeto de concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais, que resulte, direta ou indiretamente, na redução da alíquota mínima

estabelecida no inciso I do parágrafo terceiro do art. 156 da Constituição Federal.<sup>1</sup>

A Lei Complementar n° 157/2016, alterando a LC 116/03, também tornou ainda mais difícil a prática da guerra fiscal entre municípios, ratificando a alíquota mínima de 2% e tornando nula a lei ou ato do Município que não respeite tal percentual (art. 8º-A). Considerou ainda ato de improbidade administrativa (modificando a Lei n° 8.429/92) a concessão de benefício fiscal em desacordo com tais parâmetros.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 190<sup>2</sup>, fixou a tese da inconstitucionalidade de lei municipal que veicule exclusão de valores da base de cálculo do ISS fora das hipóteses previstas em lei complementar nacional, bem como a inconstitucionalidade de lei municipal que resulte indiretamente na redução da alíquota mínima estabelecida pelo art. 88 do ADCT, a partir da redução da carga tributária.

Uma vez que a competição tributária referente ao ISS foi severamente limitada, torna-se ainda mais relevante para o município a possibilidade de aumento de receita promovida pela busca por maior participação na arrecadação do ICMS. Ou seja, o cenário atual torna possível cogitar de intensa competição financeira entre os entes locais na busca pela maior participação na distribuição do ICMS.

## **2 O esforço fiscal dos municípios e a busca pela competição financeira**

Sob a ótica do federalismo fiscal cooperativo, existem três eixos pelos quais os municípios podem aumentar a sua arrecadação,

---

<sup>1</sup> Para análise da constitucionalidade da EC 37/02 em face da cláusula pétrea da forma federativa de Estado, ver OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. A alíquota mínima do ISS e a guerra fiscal entre municípios no federalismo fiscal brasileiro. *Temas de federalismo fiscal brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 73-93.

<sup>2</sup> ADPF 190, rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29.09.2016, DJe-087 divulgado em 26.04.2017 e publicado em 27.04.2017.



conferindo efetividade à sua autonomia financeira: (i) o exercício da competência tributária própria; (ii) a participação financeira em tributos estaduais; e (iii) o recebimento de valores decorrentes do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

Quanto ao exercício da sua competência tributária, os municípios se veem limitados por problemas de ordem técnica, política, fiscalizatória e legislativa, que envolvem desde a dificuldade em se aprovar leis que aumentem as alíquotas do ISS e do IPTU e atualizem as plantas de valores dos imóveis até a precariedade da estrutura física e a falta de servidores habilitados para desenvolver a atividade de fiscalização.<sup>3</sup>

Por outro lado, os valores recebidos por meio do Fundo de Participação dos Municípios (FPM) dependem do nível de arrecadação de tributos pela administração pública federal, de modo que o governo local fica a mercê do desempenho da economia nacional, uma vez que, apesar de os critérios de distribuição dos valores serem predeterminados, não se sabe de antemão qual o montante a ser dividido entre os municípios. Ademais, o Supremo Tribunal Federal já firmou a tese, em sede de repercussão geral, de que não há obrigação de a União Federal compensar eventuais perdas de arrecadação experimentadas pelos municípios com benefícios fiscais em relação ao IR e ao IPI.<sup>4</sup>

Diante dessa realidade, a tentativa de aumento da arrecadação municipal a partir da participação financeira em tributos estaduais também poderia ser encarada como uma medida difícil, haja vista que os parâmetros para a distribuição das quantias são fixados pela CF, tal como ocorre com o FPM.

O parágrafo único do art. 158 da CF estabelece que, no mínimo, três quartos das parcelas de receita pertencentes aos municípios, oriundas do ICMS, são distribuídos na proporção do valor adicionado

---

<sup>3</sup> MARINS, Daniel Vieira. *O esforço fiscal dos municípios e as transferências intergovernamentais*. Rio de Janeiro: Gramma, 2015.

<sup>4</sup> RE 705423, rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 23.11.2016, DJe-020 divulgado em 02.02.2018 e publicado em 05.02.2018.

(art. 158, parágrafo único, inc. I, da CR/88), enquanto que até um quarto dessas parcelas é distribuído de acordo com o que dispuser lei estadual (art. 158, parágrafo único, inc. I, da CR/88).

Ao contrário do que acontece com o imposto de renda (IR) incidente sobre rendimentos pagos pelos municípios ou suas autarquias (art. 158, inc. I, da CR/88), com o imposto sobre a propriedade territorial rural (ITR) quando ainda cobrado pela União (art. 158, inc. II, da CR/88) e com o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA) licenciados nos territórios de cada município (art. 158, inc. III, da CR/88), a distribuição do produto da arrecadação do ICMS possui uma regra complementar, cujos critérios remetem à identificação da realidade econômica regional e local (distribuição na proporção do valor adicionado) e à lei estadual, que poderá fixar outros parâmetros.

Nesse ponto, observe-se que as diretrizes constitucionais foram concretizadas pela Lei Complementar n° 63/1990. Segundo o diploma legal, da parcela de 25% (vinte e cinco por cento) da receita do ICMS devida aos municípios, (a) pelo menos três quartos serão distribuídos na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios e (b) até um quarto de acordo com o que dispuser lei estadual (art. 3°, incisos I e II, da LC n° 63/90). Vale dizer, na prática, a distribuição do montante é feito da seguinte forma: (a) três quartos de acordo com o Índice do Valor Adicionado – IVA e (b) um quarto pelos critérios estaduais.

Assim, dependendo do nível de atividade econômica formalmente reconhecida no município e do atendimento à lei estadual que vier a tratar das parcelas restantes, cada governo local conseguirá, ou não, receber uma proporção maior do montante a ser distribuído. Isto é, será necessária a efetiva adoção de políticas públicas, por parte do município, para que o governo local aumente sua arrecadação proporcional quanto às parcelas da receita do ICMS, seja com base no inciso I (três quartos das parcelas distribuídas na proporção do valor adicionado), seja com fulcro no inciso II (um

quarto das parcelas distribuído de acordo com os critérios da lei estadual), ambos do parágrafo único do art. 158 da Constituição.

Verifica-se, portanto, que os critérios estabelecidos pelo parágrafo único do art. 158 da Constituição estimulam uma espécie de competição financeira entre os municípios localizados no mesmo Estado. E a razão é bem simples: aqueles governos locais que não buscarem melhorar os parâmetros que formam os índices de quantificação do valor adicionado (leia-se, melhora do nível de atividade econômica formalmente reconhecida pela legislação estadual e municipal) e que não atenderem aos critérios da lei estadual que define a distribuição das parcelas restantes perderão proporcionalmente receita, o que provavelmente levará a uma arrecadação menor a título de participação no produto do ICMS.

A própria LC 63/90 reconhece a importância dos Municípios no acompanhamento da distribuição dos recursos do ICMS, assegurando o direito às informações sobre o cálculo do valor adicionado, bem como possibilitando a impugnação dos valores divulgados pelo Estado (art. 3º e parágrafos).

Cumprir observar que o atendimento aos critérios estabelecidos pelo parágrafo único do art. 158 da Constituição não enseja necessariamente um aumento na arrecadação, pois, frise-se, o montante de 25% (vinte e cinco por cento) do produto da arrecadação do ICMS é variável, dependendo da capacidade fiscal do próprio Estado-membro, além da atividade econômica regional e nacional. Contudo, tendo em vista que o atendimento da repartição descrita no art. 158 da Constituição é obrigatório para todos os Estados, os municípios sempre receberão valores a título de ICMS, de modo que, ao fim e ao cabo, a participação percentual maior no montante a ser distribuído entre os governos locais gerará uma arrecadação maior – mesmo que seja maior em termos proporcionais e não absolutos, em comparação a anos anteriores.

Por conseguinte, percebe-se que a competição financeira pela participação no produto do ICMS é algo intrínseco ao sistema de repartição das receitas tributárias desenhado pelo legislador

constituente. Isto porque as parcelas das receitas pertencentes aos municípios, no que tange ao imposto estadual sobre o consumo, necessariamente serão distribuídas de acordo com as normas do parágrafo único do art. 158 da Constituição, as quais permitem uma flexibilização do montante final a ser dividido entre os municípios.

No que concerne à normatização do inciso I parágrafo único do art. 158 da Constituição, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu que o cálculo do valor agregado deve ser feito por meio de lei complementar federal – atualmente, a Lei Complementar n° 63/1990 – e nunca pela legislação estadual. Neste aspecto, veja-se o julgamento da ADI n° 1423/SP:

“CONSTITUCIONAL. FINANCEIRO. PARTILHA DO PRODUTO ARRECADADO COM A INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – ICMS. FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. OPERAÇÕES DE GERAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. USINA. NORMA ESTADUAL QUE DISPÕE SOBRE O CÁLCULO DO VALOR AGREGADO (LEI 9.332/1995, DO ESTADO DE SÃO PAULO). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 158, IV, E PARÁGRAFO ÚNICO, I E 161, I, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Viola a reserva de lei complementar federal, prevista no art. 161, I, da Constituição, norma estadual que dispõe sobre o cálculo do valor agregado, para fins de partilha da arrecadação do ICMS, nos termos do art. 158, IV, e parágrafo único, I, da Carta Magna. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente.”

(STF, ADI 1423 / SP, rel. Ministro Joaquim Barbosa – Tribunal Pleno, unânime, j. em 16.05.2007, DJe-032 divulgado em 06.06.2007, publicado em 08.06.2007)

Por outro lado, no que tange ao inciso II parágrafo único do art. 158 da Constituição, a Corte Constitucional já decidiu que a matéria não se insere na reserva da lei complementar prevista no art. 161 da CR/88, de modo que não há impedimento para o legislador estadual cuidar dos critérios de rateio do ICMS neste ponto. Quanto ao tema, assim decidiu o STF no julgamento do RE n° 379013 ED/SP:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DE DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 284 DESTA CORTE. INAPLICABILIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. REPARTIÇÃO DE RECEITAS TRIBUTÁRIAS. ICMS. PARCELA PREVISTA NO ART. 158, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DA CONSTITUIÇÃO. REPARTIÇÃO CONFORME CRITÉRIOS PREVISTOS EM LEI ESTADUAL. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NA LEI COMPLEMENTAR A QUE ALUDE O ART. 161, I, DA CONSTITUIÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

II – O art. 161 da Carta Política, no que tange ao ICMS, reservou à lei complementar apenas o que diz respeito aos critérios de apuração do valor adicionado e às formas de acompanhamento do cálculo e da liberação dos repasses desse imposto devidos aos municípios.

III – A Lei Paulista 8.510/1993 disciplinou os critérios de rateio do valor de ICMS referido no art. 158, parágrafo único, II, da Constituição, cujos parâmetros não se inserem na reserva da lei complementar prevista no art. 161 da CF.

IV – Agravo regimental improvido.”

(STF, RE 379013 ED / SP, rel. Ministro Ricardo Lewandowski – Segunda Turma, unânime, j. em 29.11.2011, DJe-236 divulgado em 13.12.2011, publicado em 14.12.2011)

Apresentadas as linhas gerais da competição financeira entre municípios, passa-se a analisar alguns dados relativos ao Estado do Rio de Janeiro.

### **3 A competição financeira no Estado do Rio de Janeiro**

No caso do Estado do Rio de Janeiro, uma quarta parte dos 25% previstos no inciso II do art. 3º da Lei Complementar nº 63/1990, deve ser distribuída com base (i) na população, (ii) na área geográfica, (iii) na receita própria, (iv) na cota mínima, (v) no ajuste econômico e (vi)

na conservação ambiental (art. 1º da Lei Estadual nº 2.664/1996, com as alterações promovidas pela Lei Estadual nº 5.100/2007). Assim, para a divisão da receita, deve-se criar uma tabela de cálculos se utilizando do Índice de Participação dos Municípios – IPM, cuja fixação também terá por base o Índice do Valor Adicionado – IVA, calculado de acordo com o disposto na Lei Complementar nº 63/1990 (art. 2º da Lei Estadual nº 2.664/1996).<sup>5</sup>

Sob a ótica do sujeito passivo, todos os contribuintes, exceto os optantes pelo regime tributário do Simples Nacional, inscritos até 31 de dezembro do ano-base no segmento de inscrição obrigatória do Cadastro de Contribuintes do ICMS (CAD-ICMS), deverão apresentar a DECLAN-IPM<sup>6</sup>, o que torna a inscrição no Cadastro de Contribuintes do ICMS uma medida obrigatória (art. 2º do Anexo X da Resolução SEFAZ nº 720/2014).<sup>7</sup>

Tendo em vista os critérios fixados pelo legislador para distribuir os 25% (vinte e cinco por cento) do ICMS arrecadado pelo Estado, indaga-se: como poderiam os municípios aumentar a sua participação no ICMS arrecadado?

Quanto à questão, existem dois caminhos distintos: (a) um referente aos três quartos distribuídos na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas

---

<sup>5</sup> “Art. 2º Na fixação do índice de Participação dos Municípios - IPM, para o exercício de 1997, serão acrescidos, ao índice do Valor Adicionado calculado de acordo com o disposto na Lei Complementar Federal nº 63, de 11 de janeiro de 1990, os percentuais constantes do Anexo III, em substituição aos critérios estabelecidos pela Lei nº 1689, de 06 de agosto de 1990.”

<sup>6</sup> Eis o conceito da DECLAN-IPM, segundo o Anexo X da Resolução SEFAZ nº 720/2014 do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 1.º A Declaração Anual para o IPM - DECLAN-IPM é o documento que se destina à apuração do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços alcançados pela incidência do ICMS, realizadas no Estado, visando a compor o cálculo dos IPM na arrecadação do ICMS, conforme disposto na Lei Complementar federal n.º 63/90.”

<sup>7</sup> Assim dispõe o art. 2º, *caput*, do ANEXO X – DA DECLARAÇÃO ANUAL PARA O ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (DECLAN-IPM) da Resolução SEFAZ n.º 720/14 do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 2.º A DECLAN-IPM deverá ser apresentada obrigatoriamente pelos contribuintes que estiveram inscritos no CAD-ICMS, por qualquer período do ano-base, com inscrições estaduais na faixa de numeração 70.000.000 a 89.999.999, em regimes tributários que não o do Simples Nacional, ainda que no referido período não tenham sido realizadas operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços com incidência do ICMS.”

prestações de serviços realizadas nos territórios dos municípios; e (b) outro concernente ao valor de um quarto distribuído de acordo com o que dispuser lei estadual. Dependendo da fonte de receita escolhida, dentre as previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 158 da Constituição, as medidas administrativas a serem tomadas serão distintas.

#### **4 A distribuição do ICMS na proporção do valor adicionado e a competição financeira entre municípios**

No primeiro caso, que envolve o aumento do Índice do Valor Adicionado – IVA e do Índice de Participação dos Municípios – IPM, seria importante que a administração pública local promovesse a fiscalização sobre o maior número possível de contribuintes. Isto porque, quanto maior e melhor forem as declarações prestadas pelos contribuintes do ICMS, maior a probabilidade de o município aumentar a sua porcentagem sobre o montante repassado com base no art. 3º, inc. I, da Lei Complementar nº 63/90.

Na esteira do raciocínio esposado acima, destaque-se que o Município de Niterói, por exemplo, aumentou a fiscalização sobre os contribuintes localizados em seu território, melhorando, por consequência, a elaboração da DECLAN-IPM. No caso, o repasse aumentou em 18% (dezoito por cento) entre 2016 e 2017, índice bem superior ao de outras cidades fluminenses importantes, como Duque de Caxias (+5,9%) e Campos (+9,1%). Em sentido contrário, os municípios de Angra dos Reis (-17,48%), Macaé (- 3,09%) e o Rio de Janeiro (- 2,69%) tiveram queda nos repasses de ICMS.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Os dados foram apresentados pela Secretaria de Fazenda de Niterói, que, em seu portal, publicou, em 06.09.2016, a notícia “Repasse de ICMS para a cidade terá alta em 2017”, da qual destacamos o seguinte trecho: “Em 2017, o Índice de Participação dos Municípios (IPM) de Niterói deverá ser 18% superior ao índice de 2016, o que representa aumento do repasse de recursos oriundos do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS). Tal incremento é decorrente do trabalho de acompanhamento da DECLAN-IPM (Declaração Anual para o IPM é o documento que se destina à apuração do valor adicionado nas operações de circulação e prestações de serviços sujeitos à

O impacto do potencial de aumento de arrecadação decorrente do repasse dos três quartos distribuídos na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços realizadas nos territórios dos municípios é ainda mais impressionante quando se analisa um período um pouco mais longo. Quando comparado o repasse entre os anos de 2009 e 2017, nota-se que o Município de Niterói conseguiu uma variação de 61% (sessenta e um por cento) do IPM, índice bem maior do que o de Macaé (+7%), Campos (-4%), Duque de Caxias (-8%), Rio de Janeiro (-10%) e Angra dos Reis (-24%).<sup>9</sup>

Logo, percebe-se que a competição financeira existente no Estado do Rio de Janeiro já vem gerando consideráveis aumentos de receita em favor dos municípios que, compreendendo a dinâmica de distribuição estabelecida pelo art. 158, parágrafo único, inc. I, da CF, têm buscado identificar e estimular a formalização do máximo de operações comerciais referentes à circulação de mercadorias e a prestações de serviços realizadas nos seus territórios.

## **5 O “ICMS Ecológico” (ou “ICMS Verde”): a nova modalidade de competição financeira entre municípios**

Por outro lado, no que tange ao valor de um quarto distribuídos de acordo com o que dispuser lei estadual, o grande destaque na obtenção do aumento na participação do ICMS repassado aos municípios é o chamado “ICMS Ecológico” (também

---

incidência do ICMS, realizadas no Estado) e da contratação do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Institucional (IBRADI).

Na contramão de Niterói, grandes municípios do Estado como Angra (-17,48), Macaé (- 3,09) e Rio de Janeiro (- 2,69) tiveram queda nos repasses de ICMS, enquanto outras cidades como Duque de Caxias (+5,9) e Campos (+9,1) tiveram aumento tímido – ao comparar 2017 com 2016.

Somente nos primeiros oito meses deste ano, o Governo do Rio de Janeiro repassou aos cofres de Niterói R\$ 142.321,356,12 milhões, distribuídos de acordo com o IPM do município. A estimativa é que até o final do ano, Niterói arrecade 39,7% a mais, ao confrontar com o valor arrecadado em 2013.” (PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI).

<sup>9</sup> Vide gráfico da variação do IPM elaborado pela Secretaria de Fazenda de Niterói.



chamado de “ICMS Verde”), cuja origem envolveria a identificação de “[...] alternativas para o financiamento público em municípios cujas restrições ao uso do solo são fortes empecilhos ao desenvolvimento de atividades econômicas clássicas [...]” (SCAFF; TUPIASSU, 2004, p. 171).

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a inovação foi estabelecida pela Lei Estadual nº 5.100/2007, que acrescentou um sexto critério ao art. 1º da Lei Estadual nº 2.664/1996, qual seja, a conservação ambiental. Consoante o art. 2º, §2º, da Lei Estadual nº 5.100/2007, os recursos que sigam o parâmetro da conservação ambiental serão divididos entre os componentes do critério ambiental previsto no inciso VI do artigo 1º da Lei Estadual nº 2.664/96, da seguinte forma: (i) 45% (quarenta e cinco por cento) com base na área e na efetiva implantação das unidades de conservação das Reservas Particulares do Patrimônio Natural – RPPN, sendo que, desse percentual, 20% (vinte por cento) serão computados para áreas criadas pelos municípios (art. 2º, §2º, inc. I); (ii) 30% (trinta por cento) com base no índice de qualidade ambiental dos recursos hídricos (art. 2º, §2º, inc. II); e (iii) 25% (vinte e cinco por cento) com base na coleta e disposição adequada dos resíduos sólidos (art. 2º, §2º, inc. III).

Para se elaborar o cálculo dos repasses do ICMS Verde, é utilizado o valor que o município recebeu pelo “ICMS integral”. A seguir, é necessário consultar na tabela do Índice Final de Conservação Ambiental (IFCA), relativo ao IPM, o indicador percentual do “ICMS Verde” e aplicá-lo sobre o valor repassado do “ICMS integral”.<sup>10</sup>

Paralelamente, o Índice Final de Conservação Ambiental (IFCA), que indica o percentual do “ICMS Verde” correspondente a

---

<sup>10</sup> Vide portal da Secretaria de Estado do Ambiente – SEA do Estado do Rio de Janeiro, na seção “ICMS Verde”, cuja matéria “Prefeituras que investem em meio ambiente recebem maiores repasses do Imposto sobre Circulação de Mercadorias” afirma que a “Lei do ICMS Verde” tem provocado uma revolução ecológica nos municípios fluminenses, haja vista o aumento dos investimentos na preservação ambiental.

cada município, é composto por seis subíndices: (i) Tratamento de Esgoto (ITE), com peso de 20%; (ii) Destinação de Lixo (IDL), também com peso de 20%; (iii) Remediação de Vazadouros (IRV), com peso de 5%; (iv) Mananciais de Abastecimento (IrMA), com peso de 10%; (v) Áreas Protegidas – todas as Unidades de Conservação – UC (IAP), com peso de 36%; e (vi) Áreas Protegidas Municipais (IAPM), com peso de 9%. Ou seja, os três componentes do critério ambiental previsto no art. 1º, inc. VI, da Lei Estadual nº 2.664/96 (unidades de conservação ambiental, recursos hídricos e resíduos sólidos) foram decompostos em seis grupos: (i) áreas protegidas, correspondentes ao componente de unidades de conservação ambiental, cuja soma dos pesos equivale a 45%; (ii) tratamento de esgoto e mananciais de abastecimento, correlacionados ao componente dos recursos hídricos, cuja soma dos pesos é 30%; e (iii) destinação do lixo e remediação de vazadouros, referente aos resíduos sólidos, somando 25%.

Apesar de o atendimento dos critérios fixados pelo art. 1º, inc. VI, da Lei Estadual nº 2.664/96 exigir um razoável investimento por parte dos municípios, os valores envolvidos nos repasses do “ICMS Verde” são expressivos. Em 2012, por exemplo, foram transferidos 172 milhões de reais a título de distribuição do “ICMS Ecológico”, com destaque para os municípios de Silva Jardim (mais de 7,9 milhões de reais), Rio Claro (mais de 7,2 milhões de reais), Cachoeiras de Macacu (mais de 6,9 milhões de reais), Nova Iguaçu (mais de 5,9 milhões de reais) e Angra dos Reis (mais de 5,9 milhões de reais). No ano de 2013, os valores sofreram um pequeno aumento, com repasses estimados em 177,7 milhões de reais, sendo o município de Silva Jardim, mais uma vez, o líder do *ranking*, recebendo mais de 8,4 milhões de reais, seguido de Cachoeiras de Macacu (mais de 6,9 milhões de reais), Rio Claro (mais de 6,9 milhões de reais), Miguel Pereira (mais de 5,6 milhões de reais) e Angra dos Reis (mais de 5,2 milhões de reais). Por fim, em 2014, houve um aumento dos repasses para 195 milhões de reais, o que

consolidou o “ICMS Verde” como uma nova fonte de arrecadação por parte dos municípios fluminenses.<sup>11</sup>

A criação do “ICMS Ecológico” fez com que os municípios aumentassem os seus gastos em investimentos relacionados ao meio ambiente, de modo a tentar obter uma fatia maior dos repasses. As ações buscando a preservação ambiental aumentaram entre os anos de 2008 e 2010, tais como se vê nos municípios de Nova Iguaçu, Niterói, Teresópolis, Duque de Caxias, Pinheiral e Rio das Ostras, o que evidencia que a nova legislação alcançou parte dos objetivos.<sup>12</sup>

Contudo, como o principal parâmetro para a distribuição do “ICMS Verde” envolve a criação de áreas protegidas, em regra, os municípios com melhor colocação no *ranking* são justamente aqueles de regiões com mais unidades de conservação, bem como aqueles localizados em regiões mais propícias à criação de novos parques e reservas ambientais. Em todo caso, é plenamente possível que municípios sem grandes vantagens prévias relativas a unidades de conservação façam investimentos eficazes dirigidos ao aumento dos seis subíndices que compõem o Índice Final de Conservação Ambiental (IFCA), de modo a ampliar o repasse do “ICMS Ecológico”.

Nesse ponto, convém destacar o Município de Petrópolis que, em dois anos, passou da 14<sup>a</sup> para a 9<sup>a</sup> posição no “ICMS Verde” em 2014. No caso, segundo o Secretário de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, além da melhora da coleta e da destinação do lixo, houve o licenciamento de novos biodigestores e estações de tratamento de esgoto e a implantação de unidades de conservação como o Parque Natural Padre Quinha e da Pedra do Elefante.<sup>13</sup> Com a melhora de desempenho na competição financeira pelos repasses do “ICMS Ecológico”, a Prefeitura de Petrópolis

---

<sup>11</sup> Vide tabelas, com as estimativas de distribuição de “ICMS Ecológico” em 2012, 2013 e 2014, elaboradas pela Secretaria de Estado do Ambiente do Rio de Janeiro.

<sup>12</sup> Vide Nota Técnica 02/2012 “ICMS Verde – Repartição do produto da arrecadação do ICMS por critérios de conservação ambiental” da Secretaria Estadual de Fazenda do Rio de Janeiro.9

<sup>13</sup> Vide matéria “Petrópolis, RJ, sobe cinco posições no *ranking* do ICMS Verde em 2014”, publicada em 15.11.2014 no portal G1.

conseguiu, ao mesmo tempo, contribuir com a preservação ao meio ambiente e enfrentar de maneira mais equilibrada os problemas de arrecadação do ISS decorrentes das dificuldades econômicas do Estado do Rio de Janeiro.

## 6 Conclusão

Com a diminuição da possibilidade competição tributária relativa ao ISS, em razão das limitações criadas pela EC n° 37/2002, os municípios foram obrigados a buscar novas formas de aumento da sua receita. Dentre as possibilidades existentes, a busca por uma maior participação na arrecadação do ICMS vem ganhando destaque. Quer pelo aumento na participação da distribuição do ICMS na proporção do valor adicionado, quer pelo acréscimo no repasse do “ICMS Ecológico”, os municípios têm se engajado em uma espécie de competição financeira. Ao invés de promoverem o esforço fiscal por meio da sua capacidade tributária própria (*e.g.*, IPTU, ISS), os municípios têm buscado aumentar sua participação nos valores distribuídos a título de ICMS, o que enseja a aplicação de políticas públicas e de fiscalização bastante diferentes das alterações legislativas direcionadas à alteração de alíquotas ou redução da base de cálculo de tributos municipais.

A principal diferença entre a competição tributária e a competição financeira é que, na primeira, o ente federativo promove alterações legislativas concernentes às alíquotas e à base de cálculo dos tributos próprios, enquanto na segunda o governo subnacional deve aplicar políticas públicas que incentivem a regularização dos contribuintes de tributos exigidos por outra esfera de governo, bem como atender às exigências legislativas estaduais ou federais que aumentem a sua participação no repasse financeiro.

Sob esse prisma, as diretrizes constantes da Lei Complementar n° 63/1990 concernentes à distribuição dos 25% (vinte e cinco por cento) da receita do ICMS podem servir como base inicial para a competição financeira a ser exercida pelos municípios.

Para tanto, basta que os governos locais, além de atender às regras da legislação complementar, observem as leis e os decretos estaduais que tratam da aplicação do art. 158, inc. IV, da CR/88, se beneficiando não só da melhora do seu Índice do Valor Adicionado – IVA como também do Índice Final de Conservação Ambiental (IFCA), nos Estados em que haja o “ICMS Ecológico”.

Sendo adotadas essas mudanças na aplicação de políticas públicas e na fiscalização de contribuintes, é possível que as municipalidades aumentem a sua receita sem precisar aumentar a carga tributária local – o que gera um desgaste político e fiscal menor entre a administração pública e os contribuintes locais.

## Referências

BRASIL. Constituição da República de 1988. *Art. 156, §3º, inciso I; art. 158, inciso IV.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 jan.2017.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 37/2002.* Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc37.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc37.htm)>. Acesso em: 26 jan.2017.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 63/1990. Art. 3º, caput e incisos I e II.* Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp63.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp63.htm)>. Acesso em: 26 jan.2017.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Assembleia Legislativa. *Lei Estadual nº 2.664/1996. Art. 1º e 2º.* Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/d59484fb516cof13032564fbo05eccc2f?OpenDocument>>. Acesso em: 26 jan.2017.

\_\_\_\_\_. *Lei Estadual nº 5.100/2007. Art. 1º e 2º.* Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/o/edd5f699377a00078325736b006d4012>>. Acesso em: 26 jan.2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Estado do Ambiente. *Estimativa de distribuição de ICMS Ecológico em 2012.* Disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/721476/DLFE-44535.pdf/estimativa\\_2012.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/721476/DLFE-44535.pdf/estimativa_2012.pdf)>. Acesso em: 9 fev.2017.

- \_\_\_\_\_. Secretaria de Estado do Ambiente. *Estimativa de distribuição de ICMS Verde em 2013*. Disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1403784/DLFE-59334.pdf/ICMSVerde2013Estimativa\\_v2.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1403784/DLFE-59334.pdf/ICMSVerde2013Estimativa_v2.pdf)>. Acesso em: 9 fev.2017.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Estado do Ambiente. *Estimativa de distribuição de ICMS Verde em 2014*. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1878866/DLFE-70133.pdf/estimativadistribuicao2014.pdf>>. Acesso em: 9 fev.2017.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Estado do Ambiente. Projetos & Programas. *ICMS VERDE: Prefeituras que investem em meio ambiente recebem maiores repasses do Imposto sobre Circulação de Mercadorias*. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/sea/exibeconteudo?article-id=164974>>. Acesso em: 26 jan.2017.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Estado de Fazenda. *NOTA TÉCNICA 02/2012. ICMS Verde – Repartição do produto da arrecadação do ICMS por critérios de conservação ambiental*. Disponível em: <[http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1403784/DLFE-59681.pdf/NOTA02de2012\\_ICMS VERDE.pdf](http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1403784/DLFE-59681.pdf/NOTA02de2012_ICMS_VERDE.pdf)>. Acesso em: 9 fev.2017.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Estado de Fazenda. *Resolução SEFAZ n° 720/2014. ANEXO X – DA DECLARAÇÃO ANUAL PARA O ÍNDICE DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (DECLAN-IPM). Art. 1° e 2°*. Disponível em: <[http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portallapp/pages/navigation-renderer.jspx?\\_afLoop=2095283715757876&data source=UCMServer%03dDocName%03AWCC223424&\\_adf.ctrl-state=nnl57soa4\\_71#sub\\_I\\_sec\\_I\\_cap\\_I](http://www.fazenda.rj.gov.br/sefaz/faces/oracle/webcenter/portallapp/pages/navigation-renderer.jspx?_afLoop=2095283715757876&data source=UCMServer%03dDocName%03AWCC223424&_adf.ctrl-state=nnl57soa4_71#sub_I_sec_I_cap_I)>. Acesso em: 26 jan.2017.
- G1. *Petrópolis, RJ, sobe cinco posições no ranking do ICMS Verde em 2014*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rj/regiao-serrana/noticia/2014/11/petropolis-rj-sobe-cinco-posicoes-no-ranking-do-icms-verde-em-2014.html>>. Acesso em: 9 fev.2017.
- MARINS, Daniel Vieira. *O esforço fiscal dos municípios e as transferências intergovernamentais*. Rio de Janeiro: Gramma, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. A alíquota mínima do ISS e a guerra fiscal entre municípios no federalismo fiscal brasileiro. *Temas de federalismo fiscal brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016, p. 73-93.

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI. Secretaria de Fazenda. *Repasse de ICMS para a cidade terá alta em 2017*. Disponível em: <<http://fazenda.niteroi.rj.gov.br/site/repasse-de-icms-para-a-cidade-tera-alta-em-2017/>>. Acesso em: 26 jan.2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Fazenda. *Gráfico da variação do IPM de 2009 a 2017*. Disponível em: <<http://fazenda.niteroi.rj.gov.br/site/wp-content/uploads/2016/09/Grafico-IPM-ICMS-variacao-1.jpg>>. Acesso em: 24 jan.2017.

SCAFF, Fernando Facury; TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. Tributação e políticas públicas: o ICMS ecológico. *Verba Juris*, ano 3, n. 3, jan./dez. 2004, p. 154-190.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1423/SP*. Relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgada em 16.05.2007, DJe-032 divulgado em 06.06.2007, publicado em 08.06.2007.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2728/AM*. Relator Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 28.05.2003, DJ 20.02.2004, p. 16.

\_\_\_\_\_. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3262 MC/MT*. Relator Ministro Carlos Brito, Tribunal Pleno, julgado em 02.09.2004, DJ 04.03.2005, p. 10.

\_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 190*. Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29.09.2016, publicado em 27.04.2017.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 379013 ED/SP*. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 29.11.2011, DJe-236 divulgado em 13.12.2011, publicado em 14.12.2011.

\_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 705423*, Relator Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 23.11.2016, publicado em 05.02.2018.





## Vida Longa à Guerra Fiscal

*Antônio Guimarães Sepulveda*

*Igor de Lazari*

### 1 Introdução

O constituinte derivado e o legislador ordinário, com a finalidade de combater a guerra fiscal<sup>1</sup> travada entre Estados e o Distrito Federal, promoveram, nos últimos anos, interessantes alterações normativas na estrutura da legislação do Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação (ICMS).

Embora as estruturas federativas básicas do Estado brasileiro estejam postas e consolidadas na Constituição Republicana e que não são muitas as possibilidades de alteração ou substituição das macroestruturas estatais, intervenções de pequena escala de ordem institucional são sempre necessárias – além de menos onerosas - ao aprimoramento do atual desenho institucional<sup>2</sup> no intuito de

---

<sup>1</sup> “Guerra Fiscal” trata-se, em termos econômicos, da disputa fiscal no contexto federativo, ou seja, refere-se à intensificação de práticas concorrenciais extremas e não-cooperativas entre os entes da Federação, no que diz respeito à gestão de suas políticas industriais. Assim, manipular as alíquotas de determinados tributos torna-se o elemento fundamental das políticas relacionadas à atração de empresas”. (FERNANDES & WANDERLEI, 2000, p. 6).

<sup>2</sup> “Why focus on institutional design writ small? The principal reason is that “[d]emocracy is inherently a device for regulating marginal political conflicts.”<sup>4</sup> This reads as an essentialist claim about the very concept of democracy; in context, however, it is a claim about the insuperable costs of changing the large-scale structures of an ongoing democratic order on which the whole society has

resolver os graves problemas que acometem o sistema<sup>3</sup>. Todavia, não obstante a guerra fiscal represente patologia que mina o sistema e ponha em xeque a higidez do Federalismo brasileiro<sup>4</sup>, o constituinte derivado e o legislador ordinário optaram por enfrentar tal disfunção institucional por meio de pontuais e estreitas intervenções normativas. Em razão dessa postura tímida, as mudanças normativas, veiculadas pela Emenda Constitucional nº 87, de 16 de abril de 2015, e pela Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, revelam-se insuficientes, uma vez que não criaram mecanismo institucional apto a aplacar, de forma direta e célere, os malefícios causados pela competição fiscal predatória travada entre Estados e Distrito Federal<sup>5</sup>. Adotaram-se estritamente instrumentos de constrangimento indireto que, a despeito de contribuir, dificilmente resolverão o grave problema da guerra fiscal.

## 2 A Guerra Fiscal e as recentes alterações legislativas

A guerra fiscal inicia-se comumente a partir do momento em que Estados e o Distrito Federal – vale ressaltar, vinte e sete potenciais produtores normativos – lançam mão de ilegítimos

---

coordinated. The fact is that in most democratic polities, the basic constitutional arrangements are no longer up for grabs” (VERMEULE, , 2007, p. 2).

<sup>3</sup> “There are always two levels of aggregation in the picture: from individuals to institutions, and from institutions to an overall constitutional order. I use the term systems to designate such aggregates” (VERMEULE, 2011, p. 3).

<sup>4</sup> Vários estudiosos defendem que a ordem jurídica brasileira adota o modelo de federalismo cooperativo. No Brasil, cumpre citar, por todos, José Maurício Conti (2007, p. 24). Entre teóricos estrangeiros, cumpre mencionar Anwar Shah: “[f]inally, in a model of cooperative federalism with independent spheres of government, all orders of government enjoy autonomous and equal status and coordinate their policies horizontally and vertically. Brazil is the only federation practicing this form of federalism” (SHAH, 2007, p. 6).

<sup>5</sup> “[...] Administrações Tributárias são competidoras desconfiadas e estão imbuídas das mesmas pretensões: atração de investimentos e/ou manutenção da arrecadação necessária. Instalou-se, entre nós, uma guerra fiscal sem precedentes que, em lugar de reduzir a carga e a regressividade do sistema, acentua-os. Entre os estados federados, ela tem contribuído para disseminar a prática da substituição tributária “para a frente”, das antecipações e das retenções de imposto que imantam o ICMS – descaracterizando-o como tributo de mercado (DERZI, 2014, p.53).

expedientes<sup>6</sup> para favorecer o desenvolvimento regional, fomentar o mercado de trabalho ou distribuir renda em detrimento dos demais entes federativos, em afronta aos ditames constitucionais e legais. Medidas dessa natureza provocam reação dos Estados prejudicados, culminando na debilitante “corrida ao fundo do poço”<sup>7</sup>, vale citar: “guiados pelo impulso desenvolvimentista de expansão econômica de seu próprio território, os entes subnacionais concederiam incentivos e cortes na tributação de seus tributos, reduzindo os custos e atraindo maior oferta de capital” (CARVALHO, 2010, p. 170). Em razão da demora de uma efetiva solução, Estados prejudicados procuram, mediante ações igualmente *contra legem* (“legítima defesa”), neutralizar os espúrios expedientes, na tentativa de restaurar o *status quo*. Ainda que o Supremo Tribunal Federal, como árbitro imparcial da contenda, procure decidir de forma célere as inúmeras ações de inconstitucionalidade, várias outras remanescem, por muitos anos, à espera de julgamento, em claro prejuízo ao Estado e à sociedade brasileira.

Os tribunais e a mídia rotineiramente noticiam que Estados-membros e Distrito Federal vêm concedendo, ao longo das últimas décadas e por meio de medidas unilaterais, grande variedade de ilegítimas isenções tributárias, benefícios e incentivos fiscais, sempre em contrariedade às expressas normas constitucionais e

---

<sup>6</sup> *In casu*, aborda-se apenas medidas de natureza fiscal, não sendo objeto de estudo outros tipos de medidas, tais como de caráter regulatório (v.g., restrições e exigências de natureza ambiental sobre a produção industrial).

<sup>7</sup> Embora significativa parcela de estudiosos da Teoria do Federalismo defendam a competição fiscal entre entes federativos como mecanismo promotor de eficiência dos fatores de produção e alocação de recursos, há literatura que denuncia, para o setor público, que a competição fiscal possa prejudicar a adequada prestação de serviços públicos: “[i]t seems a little strange on first glance to find economic competition cast in the role of the villain. With certain important qualifications of course, economists typically praise the workings of competition as a mechanism that encourages efficiency in the production and in resource allocation more generally. In a setting of private markets with profit-maximizing agents, competition (working through Adam Smith’s famous invisible hand) guides individual decision in ways that promote socially beneficial outcomes. In the case of the public sector, however, we are told that competition undermines the adequate provision of public services. What’s going on here? Is there really a race to the bottom, or can competition among governments, in fact, be welfare-enhancing?” (OATES, 2001, p. 507).

legais. Dada a dificuldade de aprovação prévia de tais favores fiscais, Estados-membros afrontam a regulação estipulada pela alínea 'g' do inciso XII do artigo 155 da vigente Constituição Republicana, que dispõe que lei complementar regulará a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções tributárias, incentivos e benefícios fiscais relacionados ao ICMS serão concedidos e revogados.

Diante da alínea 'g' do inciso XII do artigo 155 da Lei Maior<sup>8</sup>, reconhece-se, no plano constitucional, que atos normativos estaduais podem gerar externalidades negativas sobre outras jurisdições e, por isso, nada mais razoável do que criar restrição à ação de governo estadual ou distrital<sup>9</sup> que procure externalizar custos de programas que gerem desarrazoados benefícios internos ao ente político concedente. Por essa razão, a Lei Complementar n<sup>o</sup> 24, de 1975<sup>10</sup>, determina que depende de aprovação unânime dos representantes estaduais no âmbito do Conselho Nacional de Políticas Fazendárias (CONFAZ) a concessão de isenções tributárias, benefícios e incentivos fiscais.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Embora o atual desenho demande profundas e diversas alterações normativas para enfrentamento da guerra fiscal entre Estados e Distrito Federal, adota-se como premissa a regra insculpida na alínea 'g' do inciso XII do artigo 155 da Constituição Republicana, sem a pretensão de julgar seu mérito, de avaliar possíveis efeitos causados sobre a competição fiscal ou de avaliar o impacto sobre o experimentalismo da forma federativa – “laboratory federalism” (OATES, 2008, p. 326).

<sup>9</sup> Embora referente a subsídio, o seguinte trecho é esclarecedor quanto ao ponto: “[...] recognize that some decentralized activity can have extramural effects and seek to ensure that those effects are either realized (when decentralized activity can generate positive externalities) or **constrained (when decentralized activity can generate negative externalities)**.” (GILLETTE, 2012, p. 105).

<sup>10</sup> Lei Complementar n<sup>o</sup> 24, de 7 de janeiro de 1975: Art. 2<sup>o</sup> - Os convênios a que alude o art. 1<sup>o</sup>, serão celebrados em reuniões para as quais tenham sido convocados representantes de todos os Estados e do Distrito Federal, sob a presidência de representantes do Governo federal. § 1<sup>o</sup> - As reuniões se realizarão com a presença de representantes da maioria das Unidades da Federação. § 3<sup>o</sup> - Dentro de 10 (dez) dias, contados da data final da reunião a que se refere este artigo, a resolução nela adotada será publicada no Diário Oficial da União. § 2<sup>o</sup> - A concessão de benefícios dependerá sempre de decisão unânime dos Estados representados; a sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos, pelo menos, dos representantes presentes. [...]

<sup>11</sup> Lei Complementar n<sup>o</sup> 74, de 7 de janeiro de 1975: Art. 1<sup>o</sup> - As isenções do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias serão concedidas ou revogadas nos termos de convênios celebrados e ratificados pelos Estados e pelo Distrito Federal, segundo esta Lei. Parágrafo único - O disposto neste artigo também se aplica: I - à redução da base de cálculo; II - à devolução total ou parcial, direta ou indireta,

Visando conferir maior controle sobre decisões estaduais e distrital, mas sem conferir eficazes instrumentos, o legislador, na tentativa de evitar competições fiscais predatórias, centralizou as deliberações no CONFAZ como medida preventiva de combate à potencial desestabilização federativa<sup>12</sup>. Entre descentralizar e centralizar, ponderou-se (*trade off*) que a descentralização<sup>13</sup> das decisões relativas à concessão de isenções tributárias, benefícios e incentivos fiscais poderia trazer danosos efeitos à Federação.<sup>14</sup>

Uma vez que, em matéria de concessão de favor fiscal de ICMS, a obtenção de unanimidade na deliberação intergovernamental dos Estados e Distrito Federal é difícil, muitos entes federativos passaram a conceder unilateralmente isenções tributárias, benefícios e incentivos fiscais em desrespeito ao disposto no ordenamento jurídico. O exagero de concessões desses instrumentos fiscais, sem consenso no âmbito do CONFAZ,

---

condicionada ou não, do tributo, ao contribuinte, a responsável ou a terceiros; III - à concessão de créditos presumidos; IV - à quaisquer outros incentivos ou favores fiscais ou financeiro-fiscais, concedidos com base no Imposto de Circulação de Mercadorias, dos quais resulte redução ou eliminação, direta ou indireta, do respectivo ônus; V - às prorrogações e às extensões das isenções vigentes nesta data.

<sup>12</sup> Não há pretensão de realizar qualquer juízo de valor acerca dos benefícios da centralização ou descentralização no federalismo fiscal, mesmo porque estudos empíricos sobre a matéria são, em grande medida, inconclusivos: “[t]he case for harmonizing measures to restrain fiscal competition is not wholly compelling; there remains, in fact, a good case for the benefits from such competition (OATES, 2001, p. 507).

<sup>13</sup> “Fiscal decentralization promotes experimentation with new ideas for public policy, experimentation that can benefit the larger polity in terms of learning what kinds of measures work and do not work. This is so-called “laboratory federalism” (OATES, 2008, p. 318). Quanto ao ponto, Craig Volden, cita as esclarecedoras palavras do *Justice* Louis Brandeis, escritas em 1932: “There must be power in the States and the Nation to remould, through experimentation our economic practices and institutions to meet changing social and economic needs [...] Denial of the right to experiment may be fraught with serious consequences to the Nation. It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country (CRAIG, 1997, p. 79).

<sup>14</sup> No Federalismo, decidir se centraliza ou descentraliza determinada matéria é questão recorrente: “[...] the nature of the problem remains essentially the same: the issue is one of a tradeoff between the capacity of a centralized solution to provide “coordination” of local outputs (i.e., internalize spillovers effects) and the ability of a decentralized system to tailor outcomes to the preferences (and to other circumstances including differing cost functions) of the local jurisdiction” (OATES, 2008, p. 329).

culminou em uma política exacerbada, intitulada como guerra fiscal, traduzindo-se em verdadeiro leilão de favores fiscais.

Embora a competência tributária seja um “importante instrumento do federalismo, uma vez que confere ao ente federado uma fonte independente de recursos, indispensável para garantir sua autonomia financeira” (CONTI, 2010, p. 24), o ordenamento jurídico não oferece efetivos mecanismos de contenção às ações estaduais e distrital que extrapolam o poder conferido a cada ente federativo. Nessa temática, a contenção institucional tem se dado de forma diferida, o que tem criado desarmonia entre as unidades subnacionais descentralizadas.

Ao invés de preservarem a higidez do pacto federativo, os favores fiscais concedidos à margem da Legalidade enfraquecem a República Federativa do Brasil, uma vez que ensejam danos, em termos globais, ao Erário público, suscitam conflitos federativos e impõem desequilíbrios concorrenciais<sup>15</sup>. Objetivando apaziguar os ânimos de parcela dos entes regionais e a fim de instituir incidência tributária no Estado de consumo, o constituinte derivado, por meio da Emenda Constitucional nº 87, de 2015, alterou a sistemática de apuração nas operações interestaduais destinadas a consumidor final, em detrimento dos Estados produtores (origem). Previu-se assim que, a partir de 2019, os Estados consumidores (destino) “passarão a receber a totalidade da diferença entre a alíquota interna do Estado de destino e a [alíquota] interestadual, reservando-se ao Estado de origem apenas a alíquota interestadual” (*Valor Econômico*, p. E2, 15 mar. 2018).

Posteriormente, o legislador ordinário conferiu outra arma aos Estados-membros para o combate de ilegítimos favores fiscais. Além de poderem decretar a (i) “nulidade do ato concessivo e a ineficácia do crédito atribuído ao estabelecimento recebedor da

---

<sup>15</sup> “Subnational governments, in their pursuit of labour and capital, may indulge in beggar-thy-neighbor policies and, in the process, erect barriers to goods and factor mobility. Thus, decentralization of government regulatory functions creates the potential for disharmonious economic relations among subnational units” (SHAH, 2007, p. 11).

mercadoria” e a (ii) “exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente”<sup>16</sup>, a Lei Complementar nº 160, de 2017, possibilitou sujeitar (iii) a unidade federada responsável aos impedimentos previstos nos incisos I, II e III do § 3º do art. 23 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelo prazo em que perdurar a concessão ou a manutenção das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais.<sup>17</sup>

A esse arsenal, acrescentam-se as ações de inconstitucionalidade. Por se revelar, majoritariamente, arsenal de pouca eficácia em termos temporais, econômicos e financeiros, propõe-se redesenho institucional de pequena escala que viabilize a resolução de potencial guerra fiscal de forma ágil, célere e tempestiva, em ordem a evitar efeitos contagiosos sobre os demais entes da Federação. Embora a Lei Complementar nº 160, de 2017, preveja repercussões de natureza financeira, tais repercussões são dependentes de acolhimento de representação ao Ministro da Fazenda, decisão ministerial que pode levar até 120 (cento e vinte) dias (30 dias para resposta e 90 dias para decisão). Além de a influência indireta sobre os Estados ser ainda incerta, há de se considerar que neste prazo a lei inconstitucional e seus benefícios irregulares serão preservados.

---

<sup>16</sup> Confira o artigo 8º da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975: Art. 8º - A inobservância dos dispositivos desta Lei acarretará, cumulativamente: I - a nulidade do ato e a ineficácia do crédito fiscal atribuído ao estabelecimento receptor da mercadoria; II - a exigibilidade do imposto não pago ou devolvido e a ineficácia da lei ou ato que conceda remissão do débito correspondente. Parágrafo único - As sanções previstas neste artigo poder-se-ão acrescer a presunção de irregularidade das contas correspondentes ao exercício, a juízo do Tribunal de Contas da União, e a suspensão do pagamento das quotas referentes ao Fundo de Participação, ao Fundo Especial e aos impostos referidos nos [itens VIII e IX do art. 21 da Constituição Federal](#).

<sup>17</sup> Confira o parágrafo 3º do artigo 6º da Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017: § 3º Não alcançada a redução no prazo estabelecido, e enquanto perdurar o excesso, o ente não poderá: I - receber transferências voluntárias; II - obter garantia, direta ou indireta, de outro ente; III - contratar operações de crédito, ressalvadas as destinadas ao refinanciamento da dívida mobiliária e as que visem à redução das despesas com pessoal.

Desonerar o assoberbado Poder Judiciário de inúmeras demandas<sup>18</sup>, prover pronta deliberação e decidir com base na *expertise* de integrantes de colegiado especializado e representativo são razões que motivam propor uma solução de índole institucional. Propõe-se, assim, de *lege ferenda*, alocar suficiente poder decisório no próprio CONFAZ, de forma a torná-lo capacitado para prevenir ou debelar potenciais guerras fiscais.

### 3. Necessidade de intervenção institucional

Alterações estruturais de grande escala são difíceis e custosas. Modificar estruturas como, por exemplo, a Separação de Poderes e o Federalismo, “devido a sua reiterada e contínua utilização pelos agentes institucionais e à forte associação entre eles e o regime democrático promovida pela população, não podem ser extintos sem que haja uma profunda resistência ou grandes questionamentos” (RANGEL, 2016, p. 218). Embora não signifique que um desenho institucional de larga escala não possa ser passível de alteração ao longo da história, em democracias consolidadas como a brasileira, em que não mais se discute a importância e a necessidade do Federalismo, o que resta, em termos estratégicos, são ajustes em mecanismos institucionais de pequena escala (VERMEULE, 2011, p. 2).

---

<sup>18</sup> CONCESSÃO DE ISENÇÃO, INCENTIVO E BENEFÍCIO FISCAL EM TEMA DE ICMS: A celebração dos convênios interestaduais constitui pressuposto essencial a válida concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos ou benefícios fiscais em tema de ICMS. Esses convênios - enquanto instrumentos de exteriorização formal do prévio consenso institucional entre as unidades federadas investidas de competência tributária em matéria de ICMS - destinam-se a compor os conflitos de interesses que necessariamente resultariam, uma vez ausente essa deliberação intergovernamental, da concessão, pelos Estados-membros ou Distrito Federal, de isenções, incentivos e benefícios fiscais pertinentes ao imposto em questão. O pacto federativo, sustentando-se na harmonia que deve presidir as relações institucionais entre as comunidades políticas que compõem o Estado Federal, legitima as restrições de ordem constitucional que afetam o exercício, pelos Estados-membros e Distrito Federal, de sua competência normativa em tema de exoneração tributária pertinente ao ICMS (Confira STF, ADI nº 1247/PA, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 17.08.1995, DJ 08.09.1995, p. 28.354).



Ainda que o Federalismo brasileiro apresente sérios problemas e disfunções de difícil reparação (v.g., guerra fiscal), não se pode afirmar que o Princípio Federativo deva ser suprimido e permutado por outro arranjo institucional substitutivo (v.g., Estado unitário, confederação).<sup>19</sup> Institucionalmente, a saída estratégica para superar as dificuldades funcionais que emergem da dinâmica interinstitucional dos entes estaduais baseia-se fundamentalmente em intervenções institucionais de pequena escala que salvaguem a macroestrutura constitucional.<sup>20</sup>

Sustenta-se assim, a hipótese institucional, ou seja, instituições importam (ACEMOGLU et. al., 2001, p. 1.369), instituições, em grande medida, moldam tanto o comportamento de indivíduos quanto influenciam outras instituições<sup>21</sup>. Sociedades que possuem boas instituições<sup>22</sup> encorajam investimentos, aperfeiçoam o capital humano e desenvolvem melhores tecnologias, conseqüentemente, Estados detentores de boas instituições tendem a alcançar a prosperidade (ACEMOGLU, 2003, p. 27).

---

<sup>19</sup> “The persistence of institutions and potential resistance to reform do not mean that institutions are unchanging. There is often significant institutional evolution, and even highly dysfunctional institutions can be successfully transformed” (ACEMOGLU, 2003, p. 30).

<sup>20</sup> “Why focus on institutional design writ small? The principal reason is that ‘[d]emocracy is inherently a device for regulating marginal political conflicts.’ This reads as an essentialist claim about the very concept of democracy; in context, however, it is a claim about the insuperable costs of changing the large-scale structures of an ongoing democratic order on which the whole society has coordinated. The fact is that in most democratic polities, the basic constitutional arrangements are no longer up for grabs” (VERMEULE, 2011, p. 2).

<sup>21</sup> Para Lopez (2010, p. 1), instituições são tidas como mediadoras para o cálculo estratégico dos agentes, visto que estes decidem, ou melhor, escolhem racionalmente, sob o peso das “regras do jogo”.

<sup>22</sup> “Good institutions have three key characteristics: enforcement of property rights for a broad cross section of society, so that a variety of individuals have incentives to invest and take part in economic life; constraints on the actions of elites, politicians, and other powerful groups, so that these people cannot expropriate the incomes and investments of others or create a highly uneven playing field; and some degree of equal opportunity for broad segments of society, so that individuals can make investments, especially in human capital, and participate in productive economic activities. These good institutions contrast with conditions in many societies of the world, throughout history and today, where the rule of law is applied selectively; property rights are nonexistent for the vast majority of the population; the elites have unlimited political and economic power; and only a small fraction of citizens have access to education, credit, and production opportunities” (ACEMOGLU, 2003, p. 27).

Reconhecer a importância das instituições e seu constante aperfeiçoamento é o primeiro passo. Se quer compreender o cenário sócio-econômico de determinado país, deve-se olhar com mais ênfase para as instituições que estruturam determinado Estado do que para sua geografia, clima ou localização global (ACEMOGLU, 2003, p. 29). Nesse sentido, deve-se proceder tanto a uma análise positiva dos mecanismos institucionais instalados em determinado desenho (o que é, como os atuais mecanismos institucionais funcionam, por exemplo, diante da guerra fiscal) quanto uma análise normativa (o que deve ser, como deveriam operar novos mecanismos), com vistas a possibilitar inclusive a formulação de novo desenho institucional.

A expressão “intervenção institucional” denota o conjunto de medidas necessárias, avaliadas conscientemente, para redefinição intencional de certo desenho, na busca de resultados potencialmente melhores. A partir da verificação de disfunções ou produção de resultados subótimos apurados a partir da análise do desenho institucional previamente estabelecido, almeja-se, por meio da intervenção institucional, o delineamento de ajustes ou de novo desenho (redesenho institucional), com vistas à obtenção de certo prognóstico (SEPULVEDA, 2012, p. 30.).

A imprecisa definição de determinado desenho ou a ocorrência de mudanças circunstanciais significativas, que tornem a regulação ineficaz, defasada ou anacrônica, enseja a intervenção do desenhista institucional, no intuito de substituir ou modificar os mecanismos que não produzem os resultados esperados ou desejados (SUNSTEIN, 1990, p. 91). Nessa empreitada, o saldo apurado do balanço, apurado do confronto de vantagens e desvantagens do modelo (*trade off*), à moda da teoria econômica, é dos melhores conselheiros para tomada de decisão quanto à redefinição do desenho institucional.

Sustenta-se que o desenho institucional não é neutro<sup>23</sup>, pois os incentivos e as restrições institucionais são fatores influenciadores do comportamento dos agentes sociais (v.g., agentes políticos, magistrados, intérpretes). Por meio de seus mecanismos institucionais, o contexto imposto pelo desenho das instituições concorre na estruturação das escolhas e no condicionamento das informações de que dispõem os agentes submetidos à esfera de relativo controle e monitoramento institucional. Quer dizer, as instituições interferem nas escolhas, nos recursos disponíveis, nas preferências bem como promovem o aumento de poder de alguns em detrimento de outros (PIERSON, 2006, p. 143). Inseridas sob a lógica das consequências, as instituições moldam as interações sociais, restringindo o curso de ação individual (ou colegiado), com a finalidade de obter resultados potencialmente melhores<sup>24</sup>.

Tais intervenções podem se efetivar sobre os mais variados acordos sociais que coordenam a conduta dos indivíduos e das instituições. Mais especificamente no campo jurídico, é possível o direcionamento do foco analítico às instituições jurídicas, constitucionais e legais - desde que consideradas as circunstâncias contemporâneas à implementação do redesenho, as possíveis variações posteriores à intervenção (adaptabilidade) assim como os resultados potencialmente visados. A depender da situação, deverão ainda ser levados em linha de consideração as correspondentes

---

<sup>23</sup> O impacto causado pelo desenho institucional, por determinado contexto, como fator influenciador da agência, afasta terminantemente a possibilidade de se cogitar que a conduta do decisor possa ocorrer no “vazio institucional” (LECOURS, 2005), ou, dito de melhor forma, no vácuo institucional.

<sup>24</sup> Define-se incentivo como “something that induces a person to act, such as the prospect of a punishment or a reward” (MANKIWI, 2011, p. 7). Diz-se, a propósito, que “os incentivos são a pedra de toque da vida moderna”. Destaque-se que “incentivos não passam de meios para estimular pessoas a fazer mais coisas boas e menos coisas ruins” e “a economia é, em essência o estudo dos incentivos” (LEVITT; DUBNER, 2012, p. 26: 30). Neste mesmo sentido, Michael Sandel afirma que “a economia não diz respeito apenas à produção, à distribuição e ao consumo de bens materiais, mas também à interação humana em geral e aos princípios que regem a tomada de decisões pelos indivíduos”. Isto se justifica porque “em todas as esferas da vida, o comportamento humano pode ser explicado partindo-se do princípio de que as pessoas decidem o que fazer sopesando os custos e benefícios das opções à sua frente e escolhendo aquela que acreditam ser capaz de lhes proporcionar maior bem-estar ou que tenha maior utilidade”. (SANDEL, 2014, pp. 50: 85).

“capacidades institucionais”, servindo de parâmetros os “limites de sua *expertise* e [a] experiência” (BINENBOJM, 2006, p. 41) do órgão, e perscrutados os potenciais “efeitos dinâmicos<sup>25</sup>” da decisão adotada.

Instituições vigentes nem sempre são projeções do que se delineou normativamente, pois estão em progressiva construção ou desenvolvimento (OATES, 2008, p. 330). Daí por que se propor redesenho da legislação de combate à guerra fiscal, haja vista os danosos efeitos que decorrem da prática de concessão unilateral de isenções tributárias e favores fiscais à margem da celebração de convênios intergovernamentais entre Estados e Distrito Federal.

#### 4 Redesenhando o CONFAZ

Se, por um lado, a forma federativa promove a descentralização das decisões e, por isso, enseja maior liberdade de escolha<sup>26</sup>, diversidade de preferências regionais em serviços públicos, participação política, inovação, responsabilidade dos agentes públicos e melhor enfrentamento de conflitos regionais (INMAN; RUBINFELD, 2008); por outro, enseja sobreposições e conflitos em áreas compartilhadas por entes descentralizados. A necessidade de partilhar competências e compor eventuais conflitos e guerras fiscais impõe a criação de “especiais arranjos institucionais que assegurem a segurança nacional, a equidade regional e preservem o mercado interno” (SHAH, 2007, p. 5).

---

<sup>25</sup> A “capacidade institucional” a que se faz alusão encerra a determinação de qual Poder possui maior aptidão para proferir a melhor decisão sobre temas específicos, os quais envolvem aspectos técnicos, a exemplo da fixação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (Selic), ou científicos de extrema complexidade, como é o caso da avaliação da eficácia e segurança de determinados medicamentos. Afastando-se de uma exegese de alto grau de abstração, Sunstein e Vermeule (2002, p. 1) afirmam que não há como proceder a uma interpretação jurídica sem que sejam levadas em conta as considerações institucionais, isto é, as capacidades institucionais (*institutional capacities*) e os efeitos dinâmicos (*dynamic effects*) que possam decorrer da decisão. Segundo os autores, os efeitos sistêmicos ou dinâmicos traduzem as consequências passíveis de afetar, para além do caso concreto, tanto atores privados como públicos, sejam de que sorte forem (2002, p. 46).

<sup>26</sup> A despeito de a liberdade ser limitada pelo desvantajoso Princípio da Simetria, ainda assim remanesce amplo campo para o experimentalismo estadual.

No contexto federativo, o problema de atribuição de poderes e funções<sup>27</sup> é de fundamental importância para o bom funcionamento de qualquer Estado, principalmente no caso específico do ICMS, tendo em vista que, embora se trate de tributo de competência estadual, é imposto de amplas relevância e repercussão nacionais. Emerge daí a necessidade de eficazes mecanismos de combate à guerra fiscal travada entre Estados e Distrito Federal. A experiência vivenciada pelo federalismo brasileiro indica a necessidade de adaptação das instituições vigentes de modo a criar incentivos compatíveis com a ordem delineada pela Constituição.

Várias propostas têm sido oferecidas para o enfrentamento da competição fiscal predatória entre Estados e Distrito Federal. No intuito de prevenir, minimizar ou reparar os efeitos danosos da guerra fiscal do ICMS, haja vista as ineficazes sanções previstas na atual legislação, as intervenções institucionais propostas objetivam remodelar o atual desenho e propor novos mecanismos com vistas a desestimular, em dois distintos níveis, os deletérios comportamentos institucionais que colocam em risco o sistema federativo brasileiro. Nesse sentido, objetivam tanto influenciar as tomadas de decisões dos poderes concedentes quanto dos agentes públicos envolvidos.

Diferentemente das soluções apresentadas atualmente, que perpassam por sanções aos entes políticos concedentes<sup>28</sup>, pela imposição aos agentes públicos das cominações previstas na Lei de Improbidade Administrativa<sup>29</sup> e outras cominações de caráter penal<sup>30</sup>, e visando uma resposta institucional mais célebre quanto à concessão de isenções tributárias e favores fiscais deferidos unilateralmente, segue-se caminho diverso.

---

<sup>27</sup> “The ‘assignment problem’, or the allocation of expenditure, regulatory, and tax functions to various orders of government, is the most fundamental issue in a federation” (SHAH, 2007, p. 9).

<sup>28</sup> Confirma artigo 6º da Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017.

<sup>29</sup> Confirma a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que prevê, dentre outros aspectos, ilícitos administrativos.

<sup>30</sup> Proposta de qualificação como crime, sujeito à reclusão de um a quatro anos, a concessão de favores fiscais à margem da Legalidade. Confirma a Justificação (pág. 3) do Anexo VIII (Projeto de Lei do Senado Federal) do Relatório Parcial da Comissão Especial Externa do Senado criada pelo RQS nº 25, de 2012.

A proposta centra-se na ideia de conferir poder decisório à instância de âmbito nacional e representativa dos entes políticos envolvidos – União, Estados e Distrito Federal - a fim de que o nível nacional (União) coordene a ação dos entes políticos estaduais e distrital, haja vista a transcendência político-econômica das decisões unilaterais das jurisdições descentralizadas<sup>31</sup> que constantemente perseguem perversas políticas mediante o uso de instrumentos fiscais. Esta proposta justifica-se, pois Estados e Distrito Federal “podem causar ineficiências na alocação de recursos ao longo da Federação e iniquidades entre o povo de diferentes jurisdições (SHAH, 2007, p. 20). Para o enfrentamento dessas ineficiências e iniquidades, há de se ministrar apropriado remédio, ou seja: atribuição de competência à instituição permanente, imparcial, especializada, responsiva, colegiada e representativa, que detenha autoridade para dirimir - eficaz e tempestivamente - conflitos federativos. O que se discute não é como os entes políticos devem competir ou cooperar, mas que se assegure a competição sem burla às “regras do jogo” (SHAH, 2001, p. 20). As jurisdições nacional, estaduais e distrital, além de dirimirem conjuntamente eventuais conflitos, poderão alcançar acordos mais factíveis, levando-se em conta as regras do jogo e estabelecer estratégias mais eficazes de coordenação.

E, nesse sentido, propõe-se a estruturação do CONFAZ, de modo que passe a deter competência para declarar a invalidade e decretar a suspensão da eficácia de medidas estaduais e distrital que não observem as normas jurídicas aplicáveis. Na qualidade de órgão republicano, colegiado e representativo de Estados e Distrito Federal, a atribuição de poder decisório ao CONFAZ para dirimir conflitos entre tais entes descentralizados pode garantir a tão pretendida estabilização e harmonia tão cara à República. Só a

---

<sup>31</sup> “Subnational assignment of taxes on mobile factors may facilitate the use of socially wasteful beggar-thy-neighbour policies to attract resources to own areas by regional and local governments” (SHAH, 2007, p. 20).

ameaça de que possa decidir de forma rápida, implicitamente, pode ensejar o condicionamento do comportamento de entes políticos potencialmente desviantes. Não é outra razão que leva Vermeule (2011, p. 101) a afirmar que “regras constitucionais por si só auxiliam a construir o conjunto de potenciais e atuais agentes públicos assim como auxiliam a determinar o comportamento dos atuais agentes públicos”.

Referida atribuição não provocaria prejuízos, porque decisões administrativas do CONFAZ poderiam ser revistas a qualquer tempo pelo Poder Judiciário. Isso se justificaria, ainda, porque a declaração de inconstitucionalidade é meramente declaratória, de modo que a lei inconstitucional é nula e írrita<sup>32</sup>, já havendo o Superior Tribunal de Justiça reconhecido que “o poder executivo deve negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional”.<sup>33</sup> Decerto, possíveis prejuízos advindos da postergação da aplicabilidade da norma seriam menores do que aqueles derivados da imediata aplicação de incentivos inconstitucionais, sendo possível, ainda, imaginar-se reparação do Estado prejudicado nas hipóteses de indevidas suspensões de lei.

## 5 Conclusão

Na conjuntura constitucional atual, relativamente solidificada, modificações de larga escala, relativas aos desenhos básicos do Estado não são desejáveis e possuem resultados imprevisíveis. Por isso, as intervenções institucionais devem ser de pequena escala, atentos a pequenas reformas que promovam melhorias na ordem institucional.

No sistema federativo brasileiro, Estados e Distrito Federal praticam a propalada “guerra fiscal”, marcada por ações

---

<sup>32</sup> Barbosa, Rui. Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo. [Rio de Janeiro], Companhia Impressora, 1893. p. 96-101

<sup>33</sup> REsp 23.121/GO, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/1993, DJ 08/11/1993, p. 23521

individualizadas dos entes políticos regionais para o propósito de se beneficiarem de isenções tributárias, incentivos e benefícios fiscais ilícitos independentemente da autorização do órgão normatizador, o CONFAZ.

Tais práticas são recorrentes, porque, por razão da ausência de ágeis instrumentos institucionais de atuação de revisão dos atos, Estados e Distrito Federal se beneficiam suficientemente por médio e longo prazo, não havendo mecanismos de reconstituição do *status quo* de natureza reparadora.

Por isso, propôs-se neste artigo a reformulação do desenho institucional do CONFAZ, atribuindo-o poderes de ação imediata, suficientes para sustar a aplicabilidade de normas isentivas e concessivas de favores fiscais aprovadas sem a autorização do CONFAZ.

## Referências

- ACEMOGLU, Daron. *Root Causes – A historical approach to assessing the role of institutions in economic development*. Finance & Development, 2003.
- ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon & ROBINSON, James A.. *The Colonial Origins of Comparative Development: An Empirical Investigation*. The American Economic Review, 2001.
- BARBOSA, Rui. *Os atos inconstitucionais do congresso e do executivo*. Rio de Janeiro, Companhia Imprensa, 1893.
- BINENBOJM, Gustavo. *Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil, in Agências Reguladoras e Democracia*. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2006.
- CARVALHO, André Castro. Mecanismos para a otimização do federalismo fiscal brasileiro. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Org.). *Federalismo Fiscal – Questões Contemporâneas*. Florianópolis: Editora Conceito, 2010.



- CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal brasileiro em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Faracy; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco (Org.). *Federalismo Fiscal – Questões Contemporâneas*. Florianópolis: Editora Conceito, 2010.
- CRAIG, Volden. Entrusting the States with Welfare Reform. In: FERREJOHN, John A. & WEINGAST, Barry R. (Org.). *The new federalism: can the states be trusted?* California: Hoover Institution Press – Stanford University, 1997.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Guerra Fiscal, bolsa família e silêncio. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n° 108, 2014.
- FERNANDES, André Eduardo da Silva; WANDERLEI, Nélio Lacerda. A questão da guerra fiscal: uma breve resenha. *Revista de Informação Legislativa*, 37, 148, 2000.
- GILLETTE, Clayton P. *Fiscal Federalism as a Constraint on States*. Harvard Journal of Law & Public, 2012, Vol. 35, Issue 1.
- INMAN, Robert P.; RUBINFELD, Daniel L.. *Why Federalism Matters: Implications for Tax Policy*.
- LÓPEZ, Edward J. *The Pursuit of Justice – Law and Economics of Legal Institutions*. The Independent Institute – Palgrave Macmillan, 2010.
- LECOURS, André (org.). *New institutionalism: theory and analysis*. London: University of Toronto Press, 2005.
- LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. *Freakonomics & Superfreakonomics*. Tradutor: Regina Lyra; Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MANKIW, Gregory N. *Principles of Macroeconomics*. 6th edition. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2011.
- OATES, Wallace E., *Fiscal Competition or Harmonization? Some Reflections*. 54 National Tax Journal 507-12, 2001.
- \_\_\_\_\_. *On The Evolution of Fiscal Federalism: Theory and Institutions*. National Tax Journal, Vol. LXI, N° 2, 2008.

PIERSON, Paul. *The New Politics of the welfare state*. *World Politics*, 48.(2), 2006.

RANGEL, Henrique; FADEL, Alexandre; NERI, Bianca; BOLONHA, Carlos. *Judicialização do federalismo e federalismo formal*. São Paulo: Revista Direito GV, V.12, N.1, Jan-Abr 2016.

SANDEL, Michael. *O Que o Dinheiro Não Compra: Os Limites Morais do Mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SEPULVEDA, Antonio. O Papel das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento: uma análise sob a perspectiva dos Desenhos Institucionais. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio de Janeiro.

SHAH, Anwar. Introduction: Principles of Fiscal Federalism. In SHAH, Anwar. *The Practice of Fiscal Federalism: Comparative Perspectives*. McGill-Queen's University Press, 2007. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=896149](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896149)>. Acesso em: 30 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Interregional Competition and Federal Cooperation: To Compete ou to Cooperate – That Is Not the Question*, 2001.

SUNSTEIN, Cass. *After the Rights Revolution – Reconceiving the Regulatory State*. London: Harvard Press, 1990.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of Democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. *The System of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2011.

## **A contribuição da advocacia pública local para a superação da baixa dimensão institucional dos Municípios brasileiros\***

*Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira  
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha*

### **1 Introdução**

O texto que ora se apresenta tem a finalidade de debater a importância da dimensão institucional dos Entes públicos municipais no federalismo brasileiro. Isso contribui para incluir a questão municipalista no centro das discussões a respeito de como aprimorar a qualidade de políticas públicas diretamente associadas ao dia a dia do cidadão. A propósito, instituições importam. Elas fazem a diferença, não apenas no jogo político, mas também em termos de segurança, prosperidade e eficiência para as sociedades nas quais se encontram efetivamente constituídas. Nada mais apropriado então que estender a discussão ao âmbito das esferas de poder local.

Por exemplo, a efetivação de direitos sociais depende de um trabalho prático que supere o binômio permissão/proibição do Direito e passe a assimilar mecanismos de incentivos<sup>1</sup> e

---

\* Artigo originalmente publicado em *Revista Opinião Jurídica (Fortaleza)*, V. 16, p. 290-309, 2018.

<sup>1</sup> “O uso da palavra incentivos intensificou-se consideravelmente na segunda metade do século XX, à medida que os mercados e a lógica de mercado aumentavam sua influência. De acordo com pesquisa efetuada no Google, a incidência do termo aumentou mais de 400% entre as décadas de 1940 e 1990. (...) Os incentivos (...) são intervenções que o economista (ou o gestor público) concebe, arquiteta e impõe ao mundo. São maneiras de conseguir que as pessoas percam peso, trabalhem mais ou poluam

compensação, assegurando programas que levem ao usuário do serviço público a utilidade pretendida. Ocorre que a formatação de tais mecanismos, a partir de prognoses e empiria, exige instituições bem capacitadas, o que em âmbito municipal ainda é uma realidade limitada a grandes capitais, especialmente pela característica heterogênea que marca, sobretudo em termos fiscais, o municipalismo brasileiro. O investimento em excelência administrativa nos Municípios pouco avança. Mas, antes de a realidade representar um desestímulo à reflexão sobre a importância da dimensão institucional dos Municípios, é possível defender um epicentro institucional de apoio à melhoria das gestões públicas comunais<sup>2</sup>.

Pela leitura da Constituição Federal de 1988, percebe-se que os Municípios foram desenhados pelo Constituinte sem Poder Judiciário, sem Ministério Público e sem Advocacia Pública. Os Municípios também não possuem instituições policiais e Defensoria Pública. Não há previsão de órgão interno controlador das contas públicas, embora o Constituinte tenha previsto um rol importante de tributos e encargos municipais. De fato, a única instituição prevista para os Municípios é a Guarda Municipal, conforme dicção do artigo 144, §8º, da CRFB. Não se deve olvidar que desde 1988 ficou proibida a criação de novos Tribunais de Contas locais, ressalvada a manutenção daqueles já existentes. Assim, nos Municípios as instituições constitucionais típicas são apenas o Poder Executivo e o Poder Legislativo, ambas impregnadas de intensas características políticas.

Ante essa perspectiva institucional minimalista conferida aos Municípios, por onde começar um debate que leve a sério sua dimensão orgânica, apta a entregar políticas públicas de qualidade?

---

menos". SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 86.

<sup>2</sup> Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulação e aplicação / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) : Ipea, 2015. 321p. : il. color. -- (Série pensando o Direito; 56).

A hipótese do artigo é que essa baixa dimensão pode ser contornada a partir do aprimoramento e da releitura do papel da Advocacia Pública no contexto das políticas públicas locais. A ideia é que todos os Municípios possam instituir seus advogados públicos, de forma a resolver não apenas questões contenciosas da administração municipal, mas também promover ações governamentais eficientes dentro da legalidade exigida pelo Estado de Direito.

De fato, a Advocacia Pública local pode ser um elemento catalisador das variadas competências administrativas outorgadas pela Constituição Federal de 1988 aos Entes públicos municipais. Entretanto, a tarefa não é exatamente singela. Ao contrário da Advocacia Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, a Advocacia Pública dos Municípios não consta expressamente do texto constitucional. Assim, vislumbrar a centralidade de um órgão facultativo à luz da leitura literal da Constituição exige um grande desafio, pois muitos gestores, inclusive com eco no Congresso Nacional, relutam em construir Procuradorias municipais republicanas, optando pelo recrutamento duvidoso de advogados privados sem concurso, ou muitas vezes sem licitação<sup>3</sup>.

Mesmo com tantas incertezas, a Advocacia Pública municipal apresenta uma vantagem: ela não é um órgão sujeito à reserva

---

<sup>3</sup> “As instituições definitivamente importam’ é o que dizem, de forma unânime, os estudiosos dedicados ao tema do desenvolvimento. Por conta disso, cada vez mais os debates e controvérsias sobre reforma, evolução e aperfeiçoamento institucional têm sido projetados para o campo dos meios, isto é, para o estudo das formas e mecanismos pelos quais arranjos institucionais funcionais podem ser produzidos ou reproduzidos. Nesse cenário, os estudos realizados quase sempre por economistas procuram, com frequência, descrever casos de sucesso e de fracasso e, com isso, buscam identificar e analisar padrões, regularidades, inovações e variáveis institucionais. Esses estudos também têm se esforçado para criar *frameworks* e métodos de análise que possam ser replicados, dentro de certos limites, em outros contextos e circunstâncias. A maior parte desses estudos, contudo, não chega a aprofundar a análise das estruturas, processos e normas jurídicas que moldam e conformam as instituições e influenciam, não raro de forma decisiva, seu desempenho. Como resultado disso, são raros – pelo menos no Brasil – os estudos de casos voltados à compreensão dos meios pelos quais o direito pode (direta e indiretamente) tanto fortalecer e catalisar, quanto debilitar e paralisar instituições e, por consequência, políticas públicas a ela associadas ou por ela implementadas.” COUTINHO, Diogo R. **O Direito nas Políticas Públicas in** A Política Pública como Campo Multidisciplinar. MARQUES, Eduardo e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. (orgs.). Editora Unesp, 2011, p. 195.

constitucional, como sói acontecer com o Judiciário, com os Tribunais de Contas e até mesmo com as Defensorias Públicas. Nesse sentido, embora exista um silêncio da Constituição quanto à obrigatoriedade de os Municípios constituírem seus órgãos de Advocacia Pública, o direito brasileiro não impede sua institucionalização por legislação infraconstitucional. A sujeição da Administração Pública ao princípio da legalidade e a previsão de um amplo acesso à Justiça acabam, implicitamente, permitindo que os Municípios tenham seu próprio corpo de Procuradores, ainda que sem disciplina na Lei Maior.

Portanto, o interesse é trabalhar a relevância de um órgão jurídico próprio não apenas na defesa em Juízo das causas em que a municipalidade seja demandada ou na busca de recuperação de créditos fiscais, mas na capacidade que a Advocacia Pública retém em relação ao conhecimento de tecnologia jurídica, fator que pode ser muito bem aproveitado extrajudicialmente na melhoria da qualidade das políticas públicas formatadas por inúmeros gestores eleitos. Destarte, é imprescindível um giro institucional, partindo das Procuradorias Municipais, a fim de que as ações governamentais locais ganhem mais consistência prática em relação ao que vem sendo mapeado atualmente<sup>4</sup>.

## **2 A complexidade federativa brasileira e o papel dos Municípios**

A forma de Estado Federal é normalmente atribuída a países com amplas dimensões territoriais. A partir da distribuição espacial do poder político, seria possível melhor equalizar a gestão do interesse público e a entrega de serviços essenciais à população. Isso porque territórios extensos envolvem algum tipo de diversidade, que só é devidamente respeitada se a ela for entregue instâncias de

---

<sup>4</sup> O Supremo Tribunal Federal decidirá se Município que tem procuradoria jurídica pode contratar escritório de advocacia sem licitação. O recurso questiona decisão do Superior Tribunal de Justiça que considerou ilegal a contratação de uma banca por meio de dispensa de licitação. <http://www.conjur.com.br/2016-abr-05/stf-decidir-municipio-contratar-advogado-licitacao>

poder. Em um país com extensões de terra muito significativas, um poder único e central seria inconveniente, sobretudo em função das peculiaridades que cada parcela das regiões acaba por apresentar. Assim, o federalismo funciona em prol de uma melhor gestão de interesses territorialmente distribuídos.

Não ignorando as vantagens da distribuição de poder político em um território extenso, o Constituinte brasileiro de 1988 foi além e inovou no marco institucional federalista. Os Municípios foram alçados à qualidade de Entes federativos, fenômeno até então inédito na história do Brasil. De tal modo, além da União Federal e dos Estados-membros, o Brasil passou a reconhecer ampla autonomia política aos Municípios. O artigo inaugural da Carta de 1988 é categórico quando afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal.

Autorizadas vozes do direito, entretanto, relutam em chancelar essa compreensão do texto constitucional brasileiro. Para a dissidência teórica, o Estado Federal é marcado pela participação das entidades federadas na formação da vontade nacional. A existência de um Senado Federal é concebida justamente para congregiar um foro de discussão sobre aspectos federativos. Como os Municípios não têm assento no Senado Federal brasileiro seria incongruente sustentar a existência de um membro da federação sem tal voz ativa. Ademais, as municipalidades não possuem sistema de Justiça próprio e não atraem a competência originária do STF em casos nos quais a existência de quebra do pacto federativo seja levantada.

Inobstante esses aspectos ventilados pela divergência de opinião, não é sustentável, por outro lado, defender que os Municípios não tenham considerável parcela de poder político. E é isso que marca o aspecto federativo brasileiro. A Constituição Federal de 1988 entrega competências relevantes ao Poder Público

dos Municípios<sup>5</sup>, conferindo a eles autonomia política, administrativa, financeira e organizacional. Dada a peculiaridade do território brasileiro, não se pode ignorar a importância do princípio da subsidiariedade<sup>6</sup>, o qual legitima a descentralização territorial do poder através de entidades que elegem seus dirigentes e recolhem tributos da população.

A Constituição Federal de 1988 não foi apenas genérica ao entregar a gestão do interesse local aos Municípios. Toda a Carta desenha responsabilidades específicas para os Entes municipais. O artigo 1º já determina, implicitamente, que compete aos Municípios, pelo simples fato de integrarem a federação brasileira, respeitar a soberania nacional, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. São alguns dos objetivos fundamentais da República (artigo 3º da CRFB), dos quais as municipalidades também não se podem distanciar: a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.

Além disso, o artigo 23 do texto constitucional combina esforços de todos os Entes federados em torno da guarda da Constituição, da proteção do meio ambiente, do combate as causas da pobreza e dos fatores de marginalização, entre outros. Para evitar

---

<sup>5</sup> O Ranking de Eficiência dos Municípios - Folha leva em conta indicadores de saúde, educação e saneamento para calcular a eficiência da gestão e apresenta dados de 5.281 municípios, ou 95% do total de 5.569. Numa escala de 0 a 1, só 24% das cidades ultrapassam 0,50 e, por isso, podem ser consideradas eficientes. Pesquisa nacional do Datafolha mostra que só 26% dos brasileiros aprovam a gestão de suas prefeituras. No topo do ranking está Cachoeira da Prata (MG), com 3.727 habitantes e heranças deixadas pelo passado industrial forte. Na rabeira estão cidades do Norte, Centro-Oeste e o Rio Grande do Sul. O levantamento revela que nos 5% menos eficientes, com índice de até 0,30, o funcionalismo cresceu 67% entre 2004 e 2014, em média. A população aumentou 12% no período.

Em crise, os municípios espelham também alguns dos principais desafios do país, como o crescimento do gasto público, a dependência de verbas federais, a perda da dinâmica da indústria e a ascensão do agronegócio. Acessado em 29.08.2016 através do link <http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de-eficiencia-dos-municipios-folha/ranking-inedito-revela-que-so-24-das-cidades-sao-eficientes.shtml>

<sup>6</sup> Exemplo prático relevante pode ser extraído da Súmula Vinculante do STF, verbete 38: “É competente o Município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.”



dispersão de recursos e atentados contra a eficiência administrativa, com sobreposição de atuação, divide-se a responsabilidade pela gestão dessas políticas conforme o interesse correspondente a cada entidade federativa, mas nenhum Ente pode renunciar a esses deveres. À União cabe a defesa de interesses nacionais, ao passo que aos Estados cabe a gestão regional e aos Municípios cabe a defesa daquilo que tiver aderência com seu interesse local.

Finalmente, o artigo 30 da Constituição Federal determina que aos Municípios, entre outras atribuições, cabe instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; e promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Tais atribuições não se encerram na Constituição, mas também são esmiuçadas na legislação infraconstitucional, até como forma de evitar conflito de competência entre a União e os Estados, já que muitas responsabilidades acabam sendo concorrentes. São dois grandes exemplos de legislação que define poderes municipais gerais, sem prejuízo de outros: o Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 2001, e a Lei Complementar 140, de 2011. Sem se distanciar das balizas impostas pela União, os Municípios podem editar leis locais para seus órgãos administrativos bem executarem esses programas normativos, construindo um verdadeiro condomínio legislativo.

O Estatuto da Cidade<sup>7</sup>, por exemplo, regulamenta instrumentos variados de política urbana, objetivando assegurar a

---

<sup>7</sup> “Os poderes públicos só devem tomar medidas que assegurem o bem-estar de todos os cidadãos. Tendo em vista o bem comum da Nação, devem, pois, aplicar seus esforços constantes para promover, dentro do possível, o desenvolvimento simultâneo e harmônico da agricultura, da indústria e dos serviços, visando a que, nas zonas menos desenvolvidas, os cidadãos que se dedicam a atividades econômicas, sociais e culturais sintam-se os principais autores do progresso alcançado. A dignidade

função social da propriedade; por sua vez, a Lei Complementar nº 140 de 2011 fixa normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora. A LC 140 define ainda como atividades administrativas do Município, entre outras, controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, na forma da lei.

Como se pode perceber, o Município possui papel destacado dentro da República brasileira, o que o consagra como verdadeiro Ente federativo. O fato de não contar com Poder Judiciário próprio e demais prerrogativas conferidas à União e aos Estados-membros não o desnatura como integrante da federação. Assim, a questão não é mais discutir se o Município é ou não Ente federativo, mas como pode ser um Ente federativo institucionalmente mais denso. As grandes produções normativas brasileiras ainda provêm da União, o que até acaba enfraquecendo o federalismo brasileiro como um todo. Ao contrário dos Estados Unidos da América, que asseguram ampla autonomia a seus Estados-membros, no Brasil a União ainda é a grande idealizadora da cena pública. Contudo, fortalecer os Municípios caminha no sentido de justamente equalizar o papel de tais entes no arranjo federativo nacional.

### **3 A baixa dimensão institucional das municipalidades**

O problema da questão municipal não é, conforme restou demonstrado acima, de índole normativa. O Constituinte, assim como o próprio legislador nacional, não foi comedido ao outorgar

---

dos cidadãos exige que participem da condução de seus negócios.” Encíclica Mater ET Magistra, de 15 de maio de 1961, publicada sob o pontificado de João XXIII.

competências, metas e objetivos aos Municípios brasileiros por meio de diplomas legais explicitadores de normas jurídicas. Normalmente, o debate levantado sobre o descompasso existente entre realidade normativa e capacidade de realização dos Municípios toca ao aspecto financeiro. A União Federal ainda é a unidade político-administrativa com maior concentração de recursos provenientes da arrecadação nacional, o que redundava em fatia menor do orçamento para Estados e Municípios, dificultando a canalização de recursos para investimentos discricionários desses Entes.

Conquanto a questão fiscal seja relevante, já que sem ativos financeiros nenhum projeto pode ser implementado, é preciso destacar um aspecto até então negligenciado pelos pesquisadores do direito, o qual inclusive tem reflexos econômicos no quesito desperdício de recursos públicos. Faltou ao texto constitucional de 1988 disciplinar a criação de instituições propriamente municipais, dotadas de razoável robustez operacional.

Ao contrário dos Estados e da União, os Municípios não possuem instituições próprias, reduzindo-se apenas às instituições de representação política, como o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Essa omissão institucional revela-se de forma ainda mais perversa quando o Legislador nacional não prevê incentivos para os Municípios criarem suas instituições de defesa do interesse local, sendo exemplos eloquentes a Advocacia Pública, a Administração Fazendária e os órgãos municipais de proteção e defesa do meio ambiente. A discrepância entre cada Município a respeito de tais atividades nem sempre está ligada ao dinamismo da vida local, mas a um baixo apreço pelo fortalecimento de braços governamentais menos sujeitos a interferências políticas.

Nesse ponto, o Constituinte originário buscou proteger ao máximo a autonomia municipal, evitando se imiscuir, detalhadamente, na gestão operacional dos Municípios. Contudo, o projeto constitucional brasileiro, ao mesmo tempo em que se preocupou com a autogestão, acabou negligenciando as

necessidades de se incentivar a criação de órgãos e agências municipais com capacidades de empreender projetos emancipatórios da Carta de 1988. Tudo restou entregue à discricionariedade de cada administração. Enquanto a Constituição brasileira de 1988 foi altamente analítica com o Sistema Tributário Nacional, com a Administração Pública e com os direitos previdenciários dos servidores, com os Municípios, por sua vez, o regramento foi deveras sucinto. A grande preocupação do Constituinte é com a quantidade de vereadores nas Câmaras municipais e seus respectivos parâmetros remuneratórios.

Essa baixa densidade institucional dos Municípios é refletida culturalmente na gestão local. Até hoje, há déficit de concurso público para atividades fins de inúmeras cidades brasileiras, predominando contratações informais; há extrema concentração de poder na figura do prefeito; e a Câmara de Vereadores exerce um papel meramente protocolar, já que a competência para iniciar projetos de leis relevantes recai sobre a esfera do Poder Executivo municipal através do instituto da iniciativa privativa no processo legislativo.

Além disso, existe uma impossibilidade de fiscalização adequada das atividades administrativas por órgãos de controle externo, pois são eles de outras esferas de Poder (estadual e federal). Ademais, a ausência de previsão constitucional expressa sobre criação de órgãos de controle interno, tanto de legalidade, quanto de legitimidade e economicidade, inviabilizam praticamente a sadia aplicação de recursos públicos em muitos Municípios. O único exemplo indutivo de comportamento institucional foi criado pelo legislador infraconstitucional por ocasião da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal. O parágrafo único do artigo 11 da LRF<sup>8</sup> diz

---

<sup>8</sup> Art. 40 Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

- I - planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;
- II - planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;
- III - planejamento municipal, em especial:
  - a) plano diretor;

que é vedada a realização de transferências voluntárias para o Ente que não efetivamente crie e arrecade impostos de sua competência. A ideia aqui foi sinalizar pela necessidade de os Municípios aparelharem sua gestão tributária, de modo a efetivar a cobrança de impostos a eles encarregados.

A mera previsão constitucional de competências e atribuições normativas não garante, por si só, que os governos sejam capazes de usar esse instrumental de forma efetiva. Distribuir tarefas sem dizer como será minimamente a estrutura que irá realizá-la é algo extremamente arriscado. Para superar o espaço vazio entre as prescrições legais e a necessária ação política, instituições são

- 
- b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;
  - c) zoneamento ambiental;
  - d) plano plurianual;
  - e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
  - f) gestão orçamentária participativa;
  - g) planos, programas e projetos setoriais;
  - h) planos de desenvolvimento econômico e social;
  - IV – institutos tributários e financeiros:
    - a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;
    - b) contribuição de melhoria;
    - c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;
  - V – institutos jurídicos e políticos:
    - a) desapropriação;
    - b) servidão administrativa;
    - c) limitações administrativas;
    - d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;
    - e) instituição de unidades de conservação;
    - f) instituição de zonas especiais de interesse social;
    - g) concessão de direito real de uso;
    - h) concessão de uso especial para fins de moradia;
    - i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
    - j) usucapião especial de imóvel urbano;
    - l) direito de superfície;
    - m) direito de preempção;
    - n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;
    - o) transferência do direito de construir;
    - p) operações urbanas consorciadas;
    - q) regularização fundiária;
    - r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;
    - s) referendo popular e plebiscito;
    - t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária;
    - u) legitimação de posse.

exigidas. Só assim será possível operacionalizar todas as competências constitucionais outorgadas e torná-las uma realidade concreta. Sustentam autores norte-americanos que a história da relação entre a Constituição e a política daquele país foi justamente a história de como esse espaço vazio foi sendo colmatado por instituições que se reconheciam com prerrogativas de atuação.

O vácuo no texto constitucional sobre a importância de instituições locais tem consequências. Por exemplo, um estudo no âmbito do Ministério da Justiça<sup>9</sup>, cujo objetivo fora compreender o motivo pelo qual a aplicação de instrumentos de política urbana ainda é timidamente levada a efeito pelas cidades, concluiu que a complexidade da legislação brasileira, aliada à baixa capacidade institucional das prefeituras, simplesmente inviabilizam qualquer política eficiente de controle da especulação imobiliária e dos vazios urbanos. A falta de uma dimensão institucional não permite tirar da dimensão normativa os compromissos assumidos em torno da função social da propriedade<sup>10</sup>.

Ora, desenvolvimento urbano, proteção do meio ambiente, infraestrutura de transporte, cultura, educação inclusiva, nada disso será efetivado mediante normas jurídicas, sobretudo as configuradas através do binômio permissão/proibição, típico do modelo de Estado não interventor. Mesmo que o mercado seja convocado a participar em conjunto com o Estado na promoção de políticas públicas, mediante termos de parcerias e contratos de concessão, ainda assim todo um mecanismo regulatório será exigido. A exigência de capacidade técnica decorre da necessidade de se formatar bons editais de licitação, de se fiscalizar o cumprimento das metas e na própria prestação e julgamento das contas. Ou seja,

---

<sup>9</sup> É vedada a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe o disposto no caput, no que se refere aos impostos.

<sup>10</sup> Idem. “Quanto ao PEUC, observou-se que não é tarefa simples. Pelo contrário, é complexa, posto que envolve muitos procedimentos administrativos, articulação institucional, produção de informação e construção de respostas, muitas vezes, em contextos de limitada capacidade administrativa.”

o interesse público depende de uma inafastável processualidade administrativa que só se concretiza dentro de um ambiente institucional.

Tendo em vista essa necessidade de decodificar os comandos legais em procedimentos, de modo a viabilizar concretamente a dimensão normativa do direito, é imprescindível que se estructure nos Municípios, pelo menos, corpos técnicos de profissionais do direito. O objetivo não é diminuir a importância de outros componentes institucionais relevantes ou defender bandeira corporativa. Muito ao contrário. A ideia é fortalecer os mecanismos de interpretação e aplicação do direito, sem prejuízo do controle de legalidade, preservando a integridade jurídica tanto da cidadania quanto do gestor democraticamente eleito pelo voto. A institucionalização de Procuradorias em todos os Municípios brasileiros pode ser um passo relevante para diminuir a baixa dimensão institucional desses Entes federativos.

#### **4 A centralidade da advocacia pública para um giro institucional dos Municípios: uma proposta**

Primeiramente, é preciso assentar as premissas até então trabalhadas. Os Municípios são Entes federativos, nos termos da Constituição Federal de 1988. Como parte integrante da federação brasileira, a ordem jurídica entrega ao Poder Público local uma série de competências tanto legislativas, quanto administrativas. Contudo, a baixa dimensão institucional dos Municípios impede a plena realização de comandos legais e constitucionais, afetando a realização do interesse público. A saída para esse impasse não se resume em alocar mais recursos financeiros nas mãos das prefeituras. Embora a questão fiscal tenha relevo, é importante pensar em incrementar instituições tipicamente locais até como forma de evitar desperdícios e pressões políticas para o mau emprego dos recursos públicos. Uma importante institucionalização, que venha a convergir para o incremento do

controle de legalidade e a promoção de políticas públicas, é a criação de uma sólida Advocacia Pública municipal.

#### 4.1 Aspectos teóricos da proposta

A Administração Pública toma decisões todos os dias. O plexo de competências que ela reúne e as demandas que lhe são formuladas exigem escolhas específicas e delicada interpretação da legislação vigente por parte dos inúmeros agentes incumbidos da gestão pública. Mesmo assim, a Constituição Federal não desenha um modelo a respeito de como essas decisões serão efetivadas no interior do Estado-Administração. Com efeito, o texto constitucional disciplina analiticamente questões envolvendo servidor público, concurso público, remuneração e aposentadoria no regime próprio de previdência social, mas não sinaliza qualquer forma de decisão no interior do Estado brasileiro.

Por outro lado, a teoria do direito no Brasil ainda tem se ocupado pouco de questões relativas ao Estado administrativo. Basicamente, o enfoque do estudo jurídico envolve jurisdição constitucional<sup>11</sup> e teorias de direitos fundamentais. Diante disso, desenvolveu-se uma crítica dirigida a diversas propostas interpretativas (normativas) por elas não concentrarem esforços em um aspecto notável da prática hermenêutica, qual seja, a definição de quem estaria em melhores condições institucionais de fornecer respostas para casos controvertidos. A crítica procurou evidenciar que as teorias hermenêuticas normativas acabam por concentrar suas atenções em uma imagem idealizada do Judiciário e, de outra parte, uma projeção muito negativa do Executivo.

Uma forma de mitigar essa visão ainda estigmatizada do Executivo e das escolhas que ele promove passa por justamente

---

<sup>11</sup> “A key element of the modern institution of judicial review that only developed over time is the doctrine of judicial supremacy, the Idea that the Supreme Court is the final authority in matters of constitutional interpretation.” GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. Princeton University Press: New Jersey, 1996, p. 91.



fortalecer o aparato institucional Administração Pública. Como se sabe, a Administração atua conforme o princípio da oficialidade, possui autoexecutoriedade em seus atos e gere a política de acordo com um plano de governo sujeito ao escrutínio periódico das urnas. Defender o fortalecimento institucional da máquina pública não significa, por outro lado, defender hipertrofia do quadro de servidores, nem tampouco desmedida intervenção do Estado na vida do cidadão. Significa aprimorar os mecanismos decisórios dentro do aparato administrativo. Para tanto, é preciso um desenho institucional adequado.

A “guinada institucionalista” não foi acompanhada pelas teorias hermenêuticas, além de não ter sido realizada por completo no constitucionalismo. Para autores dessa linha de produção, temas como o controle de constitucionalidade possuem um amplo retrospecto de cegueira institucional. Desde sua fundação, com *Marbury v. Madison* (1803), o controle de constitucionalidade é um instituto que presta pouca atenção para questões institucionais, ao ignorar os riscos dos erros advindos do Judiciário e de suas respectivas consequências. A conclusão de que é um dever e do domínio do Judiciário dizer o que é o Direito, com fulcro na cláusula da supremacia da jurisdição, está amparada por inferências textuais e estruturais fracas, dependendo qualquer avaliação sobre tais argumentos de considerações institucionais.

Os órgãos de Advocacia Pública podem ocupar maior papel de destaque nesse cenário. A aposta decorre do fato de que eles possuem maior proximidade com a realidade e, portanto, ostentam melhor posição institucional para avaliar situações concretas, julgando custos e prevendo benefícios. Nesse sentido, a eles deveria ser permitida maior credibilidade na interpretação do direito. Todavia, a posição privilegiada dos organismos administrativos depende de uma anterior agenda de fortalecimento estrutural, de modo que a almejada credibilidade teórica possa ser testada na prática, máxime na experiência municipalista brasileira.

## 4.2 Instituinto a Advocacia Pública Municipal

A baixa dimensão institucional dos Municípios, com exceção de algumas Capitais de Estado e cidades mais desenvolvidas economicamente, não deve servir para desacreditar o projeto municipalista tal como configurado em 1988. Pelo contrário, a baixa organicidade nos Municípios pode ser trabalhada, quer do ponto de vista econômico, quer do ponto de vista político, com o mínimo de trauma possível. A proposta encontrada é instituir órgãos de Advocacia Pública em todos os Municípios brasileiros, independentemente de tamanho ou capacidade financeira, eis que pelas próprias características do Estado de Direito é inconcebível um Ente estatal esvaziado em sua dimensão de organização jurídica<sup>12</sup>.

Os juristas brasileiros têm grande influência no modo como políticas públicas são moldadas, ajustadas e implementadas (na qualidade de legisladores, juízes e burocratas, respectivamente). De igual modo, é preciso reconhecer que são também importantes as habilidades que lhes permitam conhecê-las em suas peculiaridades setoriais. Particularmente negligenciada pelo Constituinte brasileiro, a Advocacia Pública municipal deve assumir o papel de coordenadora e articuladora na modelagem institucional necessária à implementação de políticas públicas de âmbito local. Mas como fazer isso sem previsão constitucional expressa?

Embora a redação original da Constituição não contemple, expressamente, a previsão de Procuradores Municipais, isso não significa que os Municípios estejam proibidos de constituírem suas próprias Procuradorias à semelhança do modelo previsto para as

---

<sup>12</sup> Tramita no Senado Federal a PEC 17/2012. Trata-se da etapa subsequente à aprovação, em dois turnos, da PEC 153/2003, oriunda da Câmara dos Deputados. Em síntese, a proposta de emenda à Constituição altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho. Para maiores detalhes, acessar: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/105021>

Procuradorias Estaduais e até mesmo conforme o modelo adotado para a Advocacia-Geral da União. Essa possibilidade já facilita o discurso de aperfeiçoamento institucional das municipalidades, pois a ausência de previsão de Procuradores Municipais no texto constitucional não representa vedação à sua criação. Dessa forma, não há óbice jurídico. Inclusive, inúmeras cidades e Capitais de Estado possuem já seu corpo de Procuradores há mais de 30 anos<sup>13</sup>. Embora a constitucionalização das procuradorias seja um imperativo de coerência, segurança e pressão nos retardatários, não é preciso esperar para dar-se o primeiro passo.

Ademais, a possibilidade de uma Advocacia Pública ser constituída não depende de recorte financeiro dos Municípios. Como a Constituição é silente a respeito dos Procuradores Municipais, a remuneração desse corpo de servidores está sujeita às regras de capacidade econômica de cada realidade local. O que não é possível é cogitar que um dado território possa ter autonomia política, organizacional, administrativa e financeira, com Prefeito e Câmara Municipal, mas não deva ter um órgão jurídico estatal, para servir de suporte ao controle de legalidade desses agentes, até como mecanismo de prevenção democrática. Um gestor sem apoio jurídico ou com apoio jurídico deficiente corre muitos riscos de sofrer ações judiciais e, com isso, comprometer seu projeto político. Então, a inerência federativa da Advocacia Pública é patente e independe do porte financeiro da referida unidade.

Cabe o registro de que a Advocacia Pública local, como o próprio nome já indica, deve ser estatal. Isto é, seus membros devem ser recrutados via concurso público de provas e títulos condizente com a complexidade do cargo. Não é possível uma Advocacia Pública recrutada no estrito interesse do gestor – fenômeno exuberante hoje em dia -, submetida ao poder discricionário de livre nomeação e exoneração do Chefe do Executivo. Caso contrário, o órgão jurídico

---

<sup>13</sup> Sobre o caso da Procuradoria do Município de Porto Alegre, conferir: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-10/regularizacao-fundiaria-politica-estado-nao-governo>

municipal não passaria de um mero verniz de legalidade. A independência técnica é fundamental para um trabalho de consultoria jurídica efetiva. E não há independência técnica possível se o advogado do Ente governamental ocupar a função pública de forma precária.

Igualmente, a permanência, a independência técnica e a necessidade de memória das ações governamentais não combinam com contratação de escritórios terceirizados. A boa aplicação da lei e a conformação dos atos públicos ao direito não podem ser concebidas como uma atividade meio, passível de delegação contratual perante terceiros. A atividade jurídica do Estado, seja ele de que tamanho for, é sempre fim, não comportando terceirização a escritórios cujo trabalho estará, necessariamente, sujeito a prazo determinado.

Assentada a inerência da Advocacia Pública no ambiente federativo e, portanto, a imperiosa necessidade de sua instituição nos Municípios que ainda não possuem corpo próprio de Procuradores, é chegado o momento de debater como as Procuradorias dos Municípios podem elevar as capacidades institucionais da autonomia municipal. A título de pura cautela, deve-se insistir em um ponto. A premissa do artigo é que a baixa dimensão institucional dos Municípios é uma realidade decorrente da Constituição, é sentida na prática como um entrave e, por isso, configura um problema. Sem dimensão institucional, é difícil efetivar, com segurança jurídica e eficiência, todo o arcabouço obrigacional ao encargo dos Municípios. Sendo assim, a construção de um projeto municipalista mais efetivo pode passar pela constituição de um órgão jurídico próprio e autônomo.

#### **4.3 O giro institucional proposto: a centralidade da Advocacia Pública municipal na construção de Municípios mais eficientes**

O ordenamento jurídico, desde 1988, deu dois passos fundamentais em relação aos Municípios brasileiros e à consagração da ideia de subsidiariedade da gestão pública. O primeiro passo

consistiu na transformação das municipalidades em verdadeiros Entes federativos. De tal forma, assegurou-se à população das cidades a possibilidade de, periodicamente, eleger seus prefeitos, seus vereadores e administrar, de acordo com as prioridades locais, seu orçamento e seus próprios projetos. O segundo passo foi entregar responsabilidades legais a esses Entes, a fim de que pudessem concretizar de maneira satisfatória os objetivos do Constituinte, que dividiu a gestão do interesse público conforme a abrangência das unidades federadas (à União coube o interesse geral, aos Estados, o regional e aos Municípios, o local).

Contudo, passadas quase três décadas do empreendimento municipalista, constata-se que faltou ao ordenamento jurídico brasileiro dar o terceiro passo: consolidar um núcleo institucional mínimo para que todas as cidades possam reunir capacidades institucionais para melhor desenvolver o projeto constitucional. Esse passo carente é representado, entre outras coisas, pela omissão quanto a necessidade de os Municípios constituírem seus órgãos jurídicos próprios. É verdade que muitas cidades já contam com suas Procuradorias, mas a grande massa de Municípios no Brasil ainda é carente de um sistema jurídico estatal devidamente organizado.

Mas por que a insistência em um sistema jurídico específico, próprio de cada Município? A resposta é simples. Não se sustenta, atualmente, a ideia de que as ações governamentais sejam realizadas através de puros atos administrativos. A teoria dos atos administrativos, embora ainda tenha valor e utilidade em temas ligados à nomeação de servidor público e à autorização de uso de bem público, deixa de atender às necessidades do Estado Democrático de Direito quando em jogo formulação de políticas de larga escala, como, por exemplo, ações preventivas de combate ao câncer, planejamento urbano, combate ao déficit habitacional e controle de poluição de rios e córregos. Sabe-se que a construção desse perfil de projeto não comporta medidas unilaterais e destituídas de uma processualidade interna mínima. Essa

processualidade vai envolver uma série de atividades, todas elas sujeitas aos princípios do devido processo legal.

A importância de a Administração contar com um sistema jurídico próprio, que dialogue com áreas técnicas, informando as regras legais de controle, prestação de contas, capaz de coordenar o contraditório social existente dentro de um ambiente administrativo, materializa-se no fato de que sem uma Advocacia Pública as chances de se equalizar todos os elementos para uma política pública exitosa cai drasticamente.

Não é possível sustentar em face do Poder Judiciário, diante de alguma provocação na Justiça, gerada por alguma insatisfação com o resultado alcançado pelo agir administrativo, que as escolhas do braço governamental decorrem de instituições capacitadas sem que o formulador da ação estatal seja realmente institucionalmente capacitado. Se a análise jurídica da política pública for levada ao processo jurisdicional, as chances de manutenção do programa vão depender da qualidade de como ele foi planejado. Apesar do atual Código de Processo Civil ampliar as hipóteses de cooperação processual, o raciocínio jurídico nesse foro de discussão ainda apresenta um elevado preconceito com as ações da Administração Pública.

Por isso, é muito importante que, independentemente da natureza técnica da medida, haja a presença de uma equipe jurídica em cada etapa da política pública em desenvolvimento, de modo a assessorar as autoridades de acordo com as exigências do Estado de Direito, sobretudo procedimentais, como abertura de espaços destinados ao exercício do contraditório social, compromisso com a legislação orçamentária e a publicidade das formas jurídicas. Ora, política pública envolve um conjunto de decisões e ações relativas à alocação de valores financeiros e morais, tudo como forma de expressão do compromisso público de atuação de longo prazo. A consistência de cada uma dessas ações só ganha em densidade se houver um apoio de legalidade/ legitimidade do órgão capacitado institucionalmente para promover segurança entre os planejadores.

Debatendo a respeito da Advocacia-Geral da União, pesquisadores chamam atenção para o fato de que o Chefe do Poder Executivo (Presidente da República) é, simultaneamente, o titular de três funções estatais: a chefia de governo, a chefia de Estado e a chefia da Administração Pública. Estando todas essas funções reunidas no plexo funcional denominado 'Poder Executivo', a especialização funcional é bastante mitigada, havendo uma excessiva politização do aparelho burocrático.

Neste contexto, agentes públicos nomeados com base em critérios predominantemente políticos passam a ocupar postos estratégicos no aparelho do Estado, causando prejuízo à profissionalização do serviço público (a qual é verdadeiramente garantida quando a escolha dos profissionais que integram a Administração se faz com base em critérios técnicos, de natureza objetiva). É justamente por objetivar garantir a aplicação dos princípios da legalidade e da legitimidade que a consultoria jurídica desempenhada pela Advocacia Pública se caracteriza como uma verdadeira função de controle no processo político.

Deve-se também destacar que a atividade de consultoria jurídica exercida pela Advocacia Pública possui, além dos objetivos já mencionados, uma finalidade nitidamente preventiva. Ela impede que políticas formuladas venham a ser, na posterior fase de implementação, questionadas judicial ou extrajudicialmente, por serem consideradas contrárias ao ordenamento jurídico, à impessoalidade administrativa e a outros valores consagrados pelo regime democrático.

É necessário, pois, que os Entes municipais criem, à semelhança da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias-Gerais dos Estados, seus próprios órgãos jurídicos estatais. O tema relacionado ao agir administrativo envolve a probidade da administração pública, a qualidade dos gastos e a própria sustentabilidade da democracia. Além disso, a judicialização da política não tem a ver apenas com o controle de vícios formais identificados nas execuções de atos do Poder Público, mas também tangencia um debate sobre questões de fundo ideológico, como

aconteceu com as ações diretas de inconstitucionalidade contra a política de cotas nas Universidades Públicas e a lei de biossegurança.

Com um corpo de profissionais do direito concursado para sustentar tais medidas, judicial e extrajudicialmente, é possível iniciar, em âmbito municipal, discussões viáveis sobre capacidades institucionais. Antes disso, a elevada politização da máquina pública já derrete, diante do Poder Judiciário, a credibilidade dos argumentos empreendidos pelo gestor público. Critérios subjetivos de recrutamento e compromissos unicamente partidários daqueles que executam a atividade administrativa reduzem a credibilidade de uma Administração carente de bons quadros. Afinal, nem sempre o mérito técnico é o critério de escolha utilizado pelas indicações políticas. Hoje, em muitos Municípios, o concurso público não é praticado para cargos de advogados públicos de carreira, comprometendo o bom desempenho das políticas públicas locais.

A construção de um Estado administrativo mais eficiente passa pela profissionalização dos Municípios, sobretudo de seu sistema jurídico. O ideal seria que toda a Administração Pública fosse recrutada de forma ótima, com profissionais sujeitos a um plano de carreira e a remuneração condizente com a complexidade de suas funções, a fim de executar a enormidade de tarefas outorgadas pela Constituição Federal.

Contudo, se o cenário ideal tem suas limitações no plano concreto, é possível pensar em um cenário intermediário, sem comprometer a estrutura autônoma das municipalidades. Tal cenário intermediário consiste em edificar dentro dos Municípios, especialmente nos retardatários, sistemas jurídicos compostos por advogados públicos, que exerçam o controle isento da legalidade dos atos estatais, contribuindo com uma técnica jurídica para empreender projetos de que a sociedade careça. Isso seria um passo importante na melhoria da dimensão institucional desse ainda jovem Ente federativo criado pelo Constituinte de 1988.



## 5 Conclusão

O artigo buscou debater a baixa densidade institucional dos Municípios brasileiros. Reflexo de uma heterogeneidade identificada no plano econômico, inúmeros Municípios ainda não conseguiram desenvolver boas estruturas administrativas para empreender suas obrigações, tudo ao argumento de baixa autonomia no campo fiscal. Além disso, o próprio texto constitucional de 1988 é minimalista quanto a esse aspecto. De fato, a Constituição Federal apresenta baixos mecanismos de incentivo ao aprimoramento institucional dos Entes municipais, reduzindo as instituições locais a dois Poderes políticos: o Executivo e o Legislativo.

Nada obstante a delicada questão de disponibilidade financeira, o texto da Constituição de 1988, quando trata dos Municípios, entrega a eles, sem critérios de distinção, responsabilidades no plano da educação, da saúde, do meio ambiente, do transporte público etc. A legislação infraconstitucional disciplina questões tributárias, financeiras e urbanísticas, as quais devem ser seguidas pelas administrações locais. Nesse sentido, a concretização prática desse plexo de responsabilidades não se resolve através de teorias interpretativas do direito. Tampouco elas respondem como em um território heterogêneo e plural - como o brasileiro - a lei encontra um denominador comum para sua aplicação. Na verdade, as teorias interpretativistas do direito ignoram que a efetivação de direitos fundamentais, muitas vezes, não se sujeita ao binômio proibição/permissão do direito, dependendo de uma construção administrativa de limites e possibilidades.

A tese do artigo é que a concretização no plano fático das normas jurídicas sob responsabilidade dos Municípios depende minimamente de um componente institucional. A ideia dessa dimensão institucional está atrelada pela busca de eficiência no agir administrativo, que não comporta gastos irresponsáveis e ações que impactem o tecido social sem análise de custo/ benefício. Por outro lado, exortar para que mais de cinco mil Municípios, ou pelo menos

os mais rudimentares, sejam chamados à realidade tornaria o texto um manifesto e não um debate jurídico. A esse respeito, a ideia aqui debatida passa pela uniformização dos órgãos jurídicos de cada municipalidade.

A institucionalização de Advocacia Pública em todos os Municípios já foi aprovada pela Câmara dos Deputados, aguardando agora apenas deliberação e votação no Senado Federal. A efetivação de órgãos jurídicos em todas essas entidades, á semelhança do modelo dos Estados e da AGU, independe de aspectos fiscais, assim como a existência de Executivo e Legislativo é inexorável. Um empreendimento municipal, por menor que seja, não pode desenvolver suas atividades sem estrutura jurídica própria. Trata-se de um corolário lógico do regime republicano brasileiro, no qual a coisa pública não está sujeita à ampla disponibilidade das autoridades eleitas pelo voto.

A partir da institucionalização desses órgãos de competência consultiva e representativa no campo do direito, é preciso ainda enxergá-los como centrais na condução das políticas de governo, e não como órgãos a serem acionados apenas nos casos de questionamento judicial. Não é possível hoje uma boa execução de políticas públicas sem um controle prévio de conformação da vontade do gestor com a ordem jurídica democrática. A existência desse diálogo interno fortalece os argumentos de capacidades institucionais, assegurando a credibilidade da construção de modelos locais de distribuição de direitos. Com isso, evita-se uma exagerada intromissão do Poder Judiciário em assuntos sujeitos à separação de poderes.

## 6 Referências

BRASIL. Constituição da República Federativo do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acessado em: 30 de agosto de 2016.

BRASIL. Estatuto da Cidade. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2001. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm)  
Acessado em: 30 de agosto de 2016.

BRASIL. **Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulação e aplicação** / Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. -- Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) : Ipea, 2015. 321p. : il. color. -  
- (Série pensando o Direito; 56).

BOLONHA, Carlos; SOUZA, Rafael Bezerra de. Teorias Jurídicas Contemporâneas: Uma Análise Crítica sob a Perspectiva Institucional. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, RJ, n. 43, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. Ed. Saraiva. São Paulo: 2013.

CLÈVE, Clémerson. LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias interpretativas, capacidades institucionais e crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 19, p. 131-168, 2016.

COUTINHO, Diogo R. **O Direito nas Políticas Públicas**. In: A Política Pública como Campo Multidisciplinar. MARQUES, Eduardo e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. (orgs.). Editora Unesp, 2011.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism: from theory to politics**. Princeton University Press: New Jersey, 1996.

JOÃO XXIII. **Encíclica Mater ET Magistra**, 1961.

MACEDO, Rommel. **A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva**. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa (coord). Advocacia de Estado: Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Forum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. - 10 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2015.

RUA, Maria das Graças. **Análise de políticas públicas: conceitos básicos**. In: RUA, Maria das Graças; CARVALHO, Maria I. V. O estudo da política: tópicos selecionados. Brasília: Paralelo 15, 1998.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Consultado em 30 de agosto de 2016 através do link: <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>

WALDRON, Jeremy. **Political political theory: essays on institutions**. – Harvard University Press, 2016.

ZOCKUN, Maurício. **Impossibilidade de a advocacia pública ser exercida por ocupantes de cargos de provimento comissionado: o caso dos Municípios (Comentários ao Acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.261)**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 71, jan./fev. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=77795>  
Acessado em: 31 agosto 2016.

## Perspectivas do Estado federal

*Dircêo Torrecillas Ramos*

### **Federação ou Remendos Federativos?**

A questão colocada é se o Brasil realmente apresenta uma estrutura federal. Muitos afirmam que em países regionais como a Espanha, por exemplo, dão mais autonomia a seus entes componentes e estão mais próximos de uma federação, do que o Brasil. Os princípios do Estado federal são a União e a não centralização e tem como características ser intocável em sua estrutura, vedando a secessão, um Senado com representantes do Estado-membro e a auto-organização mediante Constituição e leis próprias. Será que a forma de Estado adotada pelo Brasil fornece esses requisitos, cujo objeto é a liberdade, o bom governo e a paz, para o povo, ou impõe um conjunto de remendos no interesse particular de pessoas e grupos, na tradição de Constituição para Constituição, como veremos?

### **Competências**

Nesta associação de estados, na qual, os sócios deveriam ceder poucas e necessárias competências à União esta é contemplada, pelo Poder Constituinte, substancialmente, com exclusivas, privativas, além da predominância nas comuns e concorrentes, quanto às normas conflitantes ou supervenientes. As reservadas, remanescentes, residuais, dos entes federativos, que deveriam ser muitas, restaram reduzidas excessivamente.

## **Fundo de Participação**

O artigo 159 da Constituição determina que 49%, dos maiores impostos da União, seja redistribuído, sendo: (22,5%) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios; (21,5%) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento aos Estados; (1%) um por cento entregue aos Municípios no primeiro decêndio de dezembro mais (1%) um por cento no primeiro decêndio de julho e (3%) três por cento para as Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, assegurando ao semiárido do Nordeste a metade de seus recursos.

Além disso, temos a DRU, Desvinculação da Receita da União, anteriormente de 20%, temporária, transformada, pelas repetidas renovações em definitivas, aumentadas para 30% e disponíveis para livre utilização da União. Há necessidade para emergências, mas não tanto.

Se não bastasse, temos o orçamento impositivo para destinar verbas aos estados, através de políticos, quando deveriam seguir diretamente aos entes federativos para fortalecer a autonomia dos mesmos.

Há, portanto, uma distribuição tributária e uma redistribuição de verbas, centralizadoras, embora com entrega obrigatória. Seriam justas ou injustas?

## **Estados e Regiões Desiguais**

É certo que existem diferenças na arrecadação, mas devemos considerar individualmente, a população e a população carente, a dimensão territorial, a riqueza no sentido de receitas, o potencial e o esforço para arrecadar, afim de apurar as reais necessidades.

## **Capacidade de Arrecadação e Esforço para Arrecadar**

É importante para evitar que unidades dediquem-se para estas metas, contribuam para o todo, enquanto outras, com potencial,

acomodem-se recebendo permanentemente. Evidentemente São Paulo destaca-se no volume, mas tem 41 milhões de habitantes em comparação a Roraima com 215.950 em 1992. O primeiro possui uma população carente dez vezes maior do que o total do segundo. Com relação à dimensão territorial a imensidão do Pará e do Amazonas, desenhados por rios, o que aumenta as dificuldades, apresenta maiores problemas do que Sergipe e Rio Grande do Sul, para a mobilidade. Os recursos, em sua redistribuição, deverão considerar essas assimetrias de fato, a serem corrigidas pelas assimetrias de direito, em obediência ao princípio da subsidiariedade para evitar ingerência e subordinação de uma unidade à outra. O mesmo ocorre com as Regiões de Desenvolvimento possuidoras de orçamento maior do que os estados que as compõem, juntos, e poderão oferecer um apoio forçado em troca de recursos da União, perdendo, seus entes integrantes, a autonomia.

## **Tarefas e recursos**

A Constituição federal determina tarefas e oferece recursos para a União, para os Estados, para o Distrito Federal, para os Municípios e para as Regiões de Desenvolvimento, com reconhecimento das desigualdades. Se houver mais tarefas do que recursos, apresentarão uma crise de sobrecarga provocadora da desunião e desejos da secessão, ainda que indissolúvel a forma de estado. Requer, entretanto, o equilíbrio, a necessidade de tratar assimetricamente as Regiões e Estados assimétricos, na medida de suas assimetrias. Deve-se evitar que interesses particulares e grupais sobreponham-se aos da população carente dos serviços públicos.

## **Regiões Metropolitanas**

Ora as constituições incluem municípios de vários estados, ora apenas do mesmo estado, como atualmente. Na verdade, os problemas de aproveitamento dos rios, enchentes, questões ambientais, produção, qualidade de vida e muitos outros não

poderão ser resolvidos por divisão territorial e envolvem entes de estados diversos. São tarefas a exigir recursos.

## **Guerra Fiscal**

É outro problema. Unidades, em detrimento de outras, oferecem seus tributos, através de incentivos como isenções e reduções tributárias, diferimentos, até imunidades e vão à União buscar da contribuição de todos.

A idéia é atrair empresas, investimentos, com repercussão no aumento de empregos, mas o resultado poderá ser o inverso para o próprio estado, para outros e para a região, repercutindo nos princípios da federação. Um exemplo é a questão dos portos envolvendo o Espírito Santo, São Paulo e Rio de Janeiro. As vantagens diretas ou indiretas, constitucionais ou inconstitucionais, devidas ou indevidas, oferecidas pelo primeiro, conduz os importadores a seus portos. Esta medida leva o estado a publicar suas dificuldades pela falta de recursos relativos ao ICMS financiado às empresas fundapianas, a longo prazo, com vantagens enormes, enquanto estas mesmas apresentam lucros enormes, cujo produto é o ICMS da unidade federativa, que pela falta recorre à União. Assim, além das dificuldades próprias, contamina os estados, como São Paulo, que contribui para a receita de todos, financiando aquele que retira de seu porto, direta e indiretamente. Significa que, financia a sua própria “morte”.

## **Prazos, Abusos e Controles**

Quer dizer que os grandes investimentos devem ter início, desenvolvimento e fim. Devem prever alternativas menos custosas, evitar superfaturamentos e desvios, apresentar soluções para projetos infundáveis e incalculáveis como a “indústria da seca”, a transposição de águas (verbas) do Rio São Francisco e muitas outras obras. É inadmissível que alguns entes federativos ofereçam



constantemente e outros apenas gastem. Há uma imposição natural para correção dos abusos, através de órgãos de controle eficientes e por todas as unidades. Sendo uma associação de estados, seus componentes que contribuem, cooperam, têm o direito de fiscalizar a boa aplicação das verbas e impedir a má atribuição das mesmas, como tem ocorrido rotineiramente.

## **Federação inchada**

Entre os Municípios existentes e os projetados estaremos chegando aos 6 mil. Na realidade deveríamos ter no máximo 3 mil. Muitos não o são porque sem condições para tanto em razão de poucos habitantes e pouca receita. Por exemplo, Borá em São Paulo, em 2011, tinha 805 habitantes. Outros possuem próximo 1.000, 2.000, 3.000, 5.000 até 20.000. São pequenos condomínios que sobrevivem do fundo de participação. Assim, ocorre com estados que foram divididos, territórios transformados em estados, como Roraima que em 1992 abrigava 215.950 habitantes. O Distrito federal deveria ser uma unidade administrativa, a exemplo dos Estados Unidos, sem representantes parlamentares, apenas com um delegado. Com efeito, todos os citados no Brasil, elegem Prefeitos, Vices, Governadores, Vices, Senadores, Suplentes, Deputados federais, estaduais, Distritais, Vereadores, nomeiam secretários e para cargos de confiança, sem concurso. Acrescente-se, nos novos estados, a criação do Poder Judiciário com juízes de primeira instância e desembargadores. Enfim, exigem uma infraestrutura material e humana caríssima.

## **Representação**

Aqui temos dois aspectos: o quantitativo e o do equilíbrio. Quanto ao primeiro temos 3 senadores com suplentes, paritariamente. Cabe a pergunta: o Senador representa o seu estado? Ou está mais ligado ao seu partido? Por outro lado deveríamos eleger 2 senadores, como outrora, e hoje os Estados Unidos. Sem suplente como, neste País,

onde no caso de vaga a assembléia do estado elege o sucessor. O mesmo poderemos dizer em relação aos Deputados federais. Temos 513 membros, mínimo de 8 e máximo de 70, enquanto os Estados Unidos com 100 milhões de habitantes a mais, elege 78 deputados a menos, 435, com o mínimo de um por unidade. Adequado para o Brasil, seriam no total 300 Deputados, com o mínimo de um (1), como no País citado, e o máximo de (52) cinqüenta e dois por ente federativo. Na forma atual a representação resulta em desequilíbrio. As regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste conseguem maioria nas duas Casas do Congresso. Com isso repercutem nas Emendas Constitucionais exigentes de 3/5, em cada casa do Congresso, para aprová-las, ou alcançam 2/5 para rejeitá-las, conforme seus interesses, bem como nas leis complementares que precisam da maioria absoluta. Esta situação, significa a impossibilidade de reformas para corrigir o pacote remendos no interesse particular. A proposta apresentada oferece equilíbrio devido a ocorrência de maioria do NO, NE e CO no Senado e maioria do Sul e Sudeste na Câmara dos Deputados, permitindo a barganha no bom sentido.

A representação merece, ainda, uma redução do mandato de 8 para 6 anos no Senado e 4 para 2 anos na Câmara dos Deputados, diminuindo a possibilidade de barganha no mau sentido, como ocorre nos Estados Unidos. Aliás, este país oferece outro exemplo com a proibição de eleitos para o parlamento ocuparem cargos no poder executivo. Este absurdo contraria a separação dos poderes, permite uma só pessoa ocupar cargo no executivo e no legislativo, indo para o executivo, voltando ao parlamento e retornando ao governo no interesse deste.

Assim sendo, devemos eliminar os suplentes de senadores, os vices dos executivos, diminuir ministérios, secretarias, cargos inúteis, reduzir o número de parlamentares, magistrados e funcionários do Poder Judiciário, levar as idéias aos estados e municípios, com repercussão nos cargos existentes e nos que serão eliminados com a diminuição substancial das unidade federativas. Como corolário teremos a diminuição dos custos com a infraestrutura física.

Estas atitudes na medida que eliminam municípios, fortalecem os que permanecerão porque neles estão os serviços públicos: saúde, educação, habitação, mobilidade, higiene, segurança, etc.

Há necessidade de eliminar o paternalismo, “fisiologismo”, com tratamento desigual indevido. Impõe-se a criação de instrumentos para preservar a autonomia, órgãos como um Conselho de Governadores, eficiente, para defesa dos interesses estaduais; como uma Conferência de Governadores para sistematizar, conciliar a legislação estadual.

Na prática, hoje, vemos uma série de medidas governamentais e parlamentares centrípetas provocando a integração forçada, negativa, de cima para baixo, com os estados e regiões dependentes da União quanto aos recursos e competências, quando, na verdade, o Estado Federal tem característica centrífuga, de dentro para fora, evitando a hipertrofia da União, numa integração positiva, de baixo para cima, de união dos entes federativos preservando a autonomia de todos.

A reforma deverá corrigir os desvios no interesse de políticos e líderes, contra os princípios da união e não centralização, que enfraquece a autonomia dos entes federativos, compromete a união e constituem-se em remendos contínuos de Constituição antiga para Constituição posterior.

Desta maneira teremos uma federação que cabe no PIB, identificada com a limitação territorial de poderes, protetora dos direitos fundamentais em vários níveis, mais democrática ao aproximar governantes e governados e que alcance o seu objeto de: liberdade, bom governo e paz.

## **Federação - assimetrias e corrupção**

**Tarefas e Recursos.** Em um Estado federal as tarefas são distribuídas entre os entes associados e a União. No caso brasileiro, em que os municípios receberam autonomia constitucional, estes também assumem a responsabilidade dos serviços públicos.

**Crise de Sobrecarga.** Os compromissos de cada membro devem guardar a correspondência com as rendas. Quando isto não ocorre, apresenta uma desproporção, que poderemos atribuir a designação de crise se sobrecarga.

**Igualdade.** O princípio é o da igualdade entre os entes federativos, entretanto, devido a ocorrência de diferenças entre estados-membros e regiões, quanto a população, riquezas e dimensões, as Constituições de vários países admitem, excepcionalmente, um tratamento desigual para corrigir as desigualdades. Diz-se, hodiernamente, que são assimetrias de fato a exigir uma assimetria de direito para corrigi-las.

Não fere o princípio da igualdade, uma vez que tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, significa praticar a igualdade proporcional. Portanto uma forma de isonomia, considerando assimetricamente as regiões e os estados assimétricos na medida de suas assimetrias.

**Subsidiariedade e Cooperação.** Como consequência da necessidade de diminuição das desigualdades, nos Estados federais aplica-se o princípio da subsidiariedade e a cooperação. São inerentes a federação para a manutenção da união como um de seus princípios. Manifestam-se através de incentivos, como: transferência de recursos, subsídios, isenções fiscais, levando em consideração a população, a riqueza, a dimensão, a população carente, os problemas, e o nível de qualidade dos serviços públicos. Os recursos recebidos podem ser vinculados ou livres conforme o país e o sistema adotado.

A **Suíça** adota um critério pelo qual os cantões mais ricos devem contribuir para a igualização cooperando com os mais pobres. Há uma alocação de recursos para os cantões e entre eles os das receitas fiscais. De acordo com o artigo 42 da Constituição Suíça, a União estimulará a igualdade entre os cantões. Teve início com o problema da indústria de relógios e a dificuldade de transporte para os cantões alpinos.

Leva-se em consideração a população, a necessidade e a avaliação da capacidade financeira. Recebem a participação em recursos federais incondicionados, através de quotas, subvenções e reembolsos. Têm atividades subsidiadas, de acordo com o potencial financeiro, o esforço do cantão para arrecadar e o padrão mínimo dos serviços públicos.

Muitas vezes os incentivos são dados condicionalmente para tarefas definidas. Outras exigem que os beneficiários tenham e assumam as despesas residuais, ou seja, recebem  $1/3$  e assumem  $2/3$  do custo do projeto. O resultado foi inverso, vez que as unidades mais pobres não possuíam recursos para complementar e as mais ricas foram beneficiadas porque os possuíam.

A Suíça, através da experiência fez acertos periódicos sobre os resultados das reformas. São consequências do controle permanente que realiza.

**Estados Unidos.** Neste país os recursos são destinados de forma vinculada e direta. Têm uma finalidade definida e são entregues diretamente ao interessado, sem órgãos intermediários. Evita um sistema competitivo porque poderia levar ao aumento das desigualdades. Os Estados-membros mais ricos poderão ter um desenvolvimento maior dada às características americanas. Nesta federação há um controle, como ensina Ellis Katz: “o controle segue o dólar”.

**Espanha.** Embora este não seja um Estado federal, ou seja, “de lege ferenda”, para alguns autores como Remiro Brotons, nos oferece exemplo, digno de estudo, para redução das desigualdades. A Constituição espanhola, Segundo Luís Moreno, prevê transferências, propicia um desenvolvimento em duas velocidades e competitivo. Permite que as regiões mais pobres recebam subsídios e consigam o desenvolvimento em velocidade maior do que as mais ricas. Consequentemente diminuem as desigualdades. Mais uma vez encontramos o controle na aplicação dos recursos.

**Brasil.** O Brasil adota o princípio da igualdade e o mesmo estabelece a proibição das diferenças conforme os artigos 150, V; 151, I e II; 152 da Constituição.

Devido às desigualdades sociais entre regiões e visando a redução das mesmas, prevê a ação da União, conforme os artigos 3º, III, que é princípio fundamental e 43 da Constituição. O artigo 150, §6º trata da concessão de subsídios, isenção, redução de base de cálculo, concessão ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições. O artigo 151, I, admite a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País. O artigo 155, §2º, XII, g, estabelece que lei complementar regulará a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, serão concedidos ou revogados, incentivos, isenções e benefícios fiscais.

Além da competência tributária estabelecida nos artigos 153, 154, 155 e 156 da Constituição para União, Estados, Distrito Federal e Municípios afim de executarem suas tarefas, impõe-se uma repartição de receitas nos artigos 157, I, II; 158, I, II, III, IV; 159, I, a, b, c; 159, II e §3º. São tributos da União repartidos para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios e dos Estados para os Municípios, na busca do equilíbrio entre tarefas e recursos, objetivando promover o desenvolvimento e a redução das desigualdades.

**Corrupção.** É “o ato ou efeito de corromper; decomposição, putrefação. Devassidão, depravação, perversão. Suborno, peita”. A corrupção manifesta-se de múltiplas formas e em diversos setores. Temos a corrupção contra as leis e a legalizada; das instituições; os superfaturamentos; o abuso do poder, a corrupção dos costumes; a corrupção daqueles que acusam outros, infundadamente, de corrupção, bem como a corrupção dos órgãos que deveriam controlar a corrupção. Provocam as mais variadas Comissões Parlamentares de Inquérito.

O que nos interessa neste tema é a corrupção decorrente das assimetrias de fato a exigir assimetrias de direito, conforme demonstraremos, com repercussão na forma federal de estado.

Aquela que poderá afetar os princípios federativos da união e da não-centralização.

Quanto ao mérito, o tratamento diferenciado é uma exigência na busca do equilíbrio econômico e social entre as regiões. O desenvolvimento destas é necessário. Diante de uma tarefa maior justifica-se a transferência de mais recursos.

Na prática ocorrem desvios de verbas, manobras, superfaturamentos, concessões de incentivos revelando a chamada guerra fiscal. Estados dão quase todos os recursos e não têm os meios como enfrentar suas tarefas. Procuram suplemento na União que já possui seus próprios problemas relativos à crise de sobrecarga.

O artigo 155, §2º, XII, g, pelo qual os Estados e o Distrito Federal podem conceder e revogar isenções, incentivos e benefícios fiscais, não é respeitado, estabelecendo-se a guerra fiscal.

Estados com menores problemas sociais beneficiam-se de incentivos fiscais em detrimento de outros, através de manobras legais, como é o caso do Espírito Santo. Este, com uma população de 2.598.505 habitantes, estabelece incentivos do FUNDAP em detrimento do Rio de Janeiro, com 12.783.761, de Minas Gerais, com 15.731.961 e São Paulo, com 31.546.473. O que agrava é o desvio de recursos, incentivos irregulares e enquanto empresas beneficiadas apresentam resultados extraordinários, cujo produto é o ICMS, o Estado apresenta déficit. Some-se a isto a participação de agentes recebendo quantias vultosas, como propinas, conforme acompanhamos através do noticiário. Estes interesses particulares levaram às acusações contra o governador anterior e o atual de desviarem recursos, inclusive da educação para o FUNDAP (Gazeta Mercantil 25/07/2000)

São conhecidos hoje os casos da SUDAM e da SUDENE. O editorial do jornal “O Estado de São Paulo” em 17/01/1993, alertava sobre as oligarquias e a “Indústria da Seca” com o desvio de recursos para interesses eleitoreiros, transformando o povo nordestino em vítima do poder político local, causando movimentos separatistas. Ciro Gomes, no mesmo veículo de comunicação, em 15/07/1993, aponta que a “Indústria da Seca” existe e que mais da metade dos recursos

federais enviados ao Nordeste são desperdiçados e no dossiê entregue à Comissão Parlamentar de Inquérito da Seca relata o desvio de alimentos, a Dados do IBGE de 1992 malversação dos recursos, o superfaturamento de obras públicas, o clientelismo e os subsídios imorais a segmentos econômicos. Acrescenta a concessão de subsídios do Finor a grupos econômicos oportunistas, e sérias críticas à SUDENE. D. Luciano afirmou em 02/04/1993 no citado jornal, que o grande problema no Nordeste não é a seca, mas a corrupção e que “os recursos enviados pelo governo federal para ajudar os flagelados nunca chegam ao seu destino”. A Revista Veja, ano 34, nº 18 de 09/05/2001, p. 38-43, demonstra que Ministro recebeu milhões da SUDENE para empresa que não funciona até hoje.

Outros aspectos que merecem consideração são a divisão de Estados, a transformação de territórios em Estados, a elevação do Distrito Federal a “status” de Estado, a criação, nos últimos anos de aproximadamente 1.000 (mil) Municípios. Acarretam, o acréscimo de 3 Senadores e 8 Deputados para cada Estado e para o Distrito Federal; um executivo e no mínimo 9 vereadores para cada Município. Acrescente-se o mínimo de 8 Deputados para cada Estado. Esta situação, além de inchar e consumir recursos da federação em seus três níveis, impede a reforma, uma vez que dificulta a formação de maioria qualificada para a aprovação de emendas constitucionais e de leis complementares. Isto porque a maioria pertence às regiões onde estão os interessados em manter as mesmas condições atuais. Por outro lado, os incentivos autorizados, em outros períodos, pelos Estados a alguns deles, não encontram apoio destes para sua revisão e correção.

Com relação ao controle, Carlos Miguel C. Aidar, Presidente da OAB-SP, em seu artigo “A CPI da Sociedade”, diz que “a corrupção, como se sabe, só cresce onde não há controle. Ocorre que até as estruturas de controle não são imunes a corrupção, pois a praga infesta todos os ambientes públicos”. Os casos, de corrupção, mencionados são apenas exemplificativos. Eles continuam a existir num sentido muito mais amplo e exigem soluções.



## Conclusões

1. O desequilíbrio socioeconômico e disfuncional para o Estado federal que requer a cooperação e a subsidiariedade entre seus membros.

2. A corrupção, também, é disfuncional porque provoca movimentos contrários à união e à não-centralização.

3. Há necessidade de uma revisão das reais necessidades de cada Estado e de cada região. Deve-se estabelecer uma proporção, levando em consideração a população, a dimensão, à riqueza, particularmente a população carente, os problemas de cada Estado e o esforço dos mesmos para produção de recursos. Por exemplo: São Paulo tem mais receitas que são redistribuídas, mas possui 31.546.473 habitantes enquanto Roraima possui 215.950 habitantes. Qual a proporção e as verdadeiras necessidades de serviços públicos de cada um?

4. É importante a possibilidade de desenvolvimento em velocidades diferentes. Esta aliada à competitividade poderá levar à desejada redução das desigualdades. Não deverá ser adotada a competição exposta para os Estados Unidos, que promoveu o resultado inverso, mas sim adotada na Espanha com resultados positivos.

5. Os projetos de desenvolvimento e solução dos problemas regionais devem ter começo e fim, conduzindo a uma assimetria transitória, uma vez que corrigida a de fato, desnecessária a de direito.

6. Devem ser eliminados órgãos intermediários, concedendo-se e controlando-se diretamente os recursos, embora as medidas provisórias 2.156 e 2.157 de 27/07/2001 tenham extinguido a SUDENE e SUDAM e criado as Agências ADENE e ADA.

7. Importante, como vimos, e ocorre em outros países, é o controle. Pela experiência brasileira, as verbas devem ser destinadas de forma vinculada a projetos. Estes devem ser controlados quanto ao mérito, ao desenvolvimento e à aplicação dos recursos.

8. Conforme verificamos no artigo “The Political Economy of Corruption in Brazil” de Marcos Fernandes da Silva, na Revista de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas, volume 39, nº 3, Jul./Set. de 1999, p. 27, existem no Brasil 06 (seis) órgãos de controle: a Secretaria Federal de Controle; o Sistema Integrado de Administração Financeira; a Advocacia Geral da União; o Tribunal de Contas da União; o Ministério Público e a Polícia Federal. Mas estes deveriam, ainda, serem completados para maior eficiência. Em 1995 42.000 créditos orçamentários eram ilegais-Dois grandes casos de corrupção foram descobertos acidentalmente e não por investigações decorrentes dos mecanismos de controle.

9. Se o Estado federal e' uma sociedade de Estados que contribuem para a formação dos recursos, todos deverão exercer o controle: através do Senado de representação dos sócios; dos governadores por um Conselho dos mesmos e das Assembleias Legislativas de representação do povo de cada membro, os reais contribuintes para a receita e os que verdadeiramente sofrem as consequências da malversação dos recursos públicos.

10. Desta forma não se fere a autonomia porque são projetos federais e temporários. Cria-se um controle, inclusive sobre os órgãos controladores diretos. Fortaleceremos a cooperação e a subsidiariedade, bem como, a união e a não-centralização, como princípios federativos.

## **Autores desta obra**

### **Alexandre Pinho Fadel**

Professor da Faculdade Metropolitana da Amazônia (FAMAZ). Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

### **Ângela Limongi Alvarenga Alves**

Doutora e pós-doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP – Brasil). Visiting Research na Universidade de Durham (Reino Unido). E-mail: angelalimongi@usp.br.

### **Antônio Guimarães Sepulveda**

Professor convidado dos cursos de pós-graduação da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Fundação Getúlio Vargas (FGV-Rio). Tutor da Escola de Administração Fazendária (ESAF). Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - Letaci/UFRJ. Auditor Fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

### **Antonio Moreira Maués**

Professor Titular da Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP)

### **Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha**

Professor de Direito da FND/UFRJ e do PPGD/UFRJ. Pesquisador Produtividade do CNPq, Coordenador do Laboratório de Estudos Institucionais (LETACI/PPGD/UFRJ) e Editor da Revista Estudos Institucionais – REI.

### **Daniel Mitidieri Fernandes de Oliveira**

Mestre em Teoria do Direito pelo PPGD/UFRJ. Especialista em Direito Financeiro e Tributário pela UFF. Pesquisador do Laboratório de Estudos Institucionais (LETACI/PPGD/UFRJ). Procurador Municipal e Advogado no Rio de Janeiro

### **Daniel Vieira Marins**

Mestre e Doutorando em Direito (Finanças Públicas, Tributação & Desenvolvimento) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pós-

graduado em Direito da Administração Pública pela Universidade Federal Fluminense (CEDAP/UFF). Procurador da Fazenda Nacional.

### **Dircêo Torrecillas Ramos**

Graduado pela PUC-SP; Mestre, Doutor, Livre-Docente pela USP; Professor convidado PUC-PÓS; Membro do Conselho Superior de Direito da Fecomercio; Membro da APLJ - Academia Paulista de Letras Jurídicas; Membro do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo; IPSA – International Political Science Association; APSA – American Political Science Association e Correspondent of the Center for the Study of Federalism – Philadelphia USA; Foi vice-presidente da Associação Brasileira dos Constitucionalistas; Presidiu várias Comissões na OAB. Autor dos Livros: Autoritarismo e Democracia, Remédios Constitucionais, O Controle de Constitucionalidade por Via de Ação, Federalismo Assimétrico e A Federalização das Novas Comunidades – A Questão da Soberania. Coordenador e co-autor de dezenas de obras. Possui mais de 800 artigos publicados em jornais, revistas e livros do Brasil e exterior.

### **Gilberto Bercovici**

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito do Estado e Livre-Docente em Direito Econômico pela USP.

### **Giovani da Silva Corralo**

Graduado em Direito pela UPF; especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS; mestre e doutor em Direito do Estado pela UFPR; advogado; professor da Faculdade de Direito da UPF e do respectivo PPGDireito; professor convidado dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto – Angola.

### **Gustavo da Gama Vital de Oliveira**

Professor Adjunto de Direito Financeiro dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado.

### **Igor de Lazari**

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) Pesquisador pelo Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento Institucional (LETACI/UFRJ).

### **Leonam Baesso da Silva Liziero**

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Doutor e Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições – Letaci/PPGD/FND/UFRJ.

### **Luigi Bonizzato**

Professor Associado de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), além de Professor do Programa de Pós-Graduação *stricto-sensu* da mesma Faculdade (PPGD/UFRJ). Um dos Coordenadores, junto a esta Instituição de Ensino Superior, do LETACI/FND/UFRJ (*Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições*), que se encontra vinculado à Faculdade de Direito da UFRJ e à linha de pesquisa do PPGD/UFRJ intitulada “*Democracia, Instituições e Desenhos Institucionais*”. Autor de diversos artigos jurídicos publicados em revistas especializadas no Brasil e no exterior e de vários livros sobre temas correlatos. Editor da REI (Revista Estudos Institucionais) e criador do APP “CONSTITUIÇÃO PARA LEIGOS”. Site: <[www.bonizzato.com.br](http://www.bonizzato.com.br)>. Endereço eletrônico (e-mail): <[bonizzato@bonizzato.com.br](mailto:bonizzato@bonizzato.com.br)>.

### **Luís Fernando Sgarbossa**

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor Adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS, Campus de Três Lagoas – CPTL. Líder do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Constituição e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: [lfsgarbossa@uol.com.br](mailto:lfsgarbossa@uol.com.br) / [luís.sgarbossa@ufms.br](mailto:luís.sgarbossa@ufms.br).

### **Sérgio Ferrari**

Doutor em Direito Público e Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador visitante do Instituto do Federalismo da Universidade de Freiburg.