

Introdução

O federalismo moderno é marcado, desde a origem, pela disputa entre dois projetos opostos de federação. A questão da “unidade na diversidade”,³ e a ênfase num ou noutro daqueles valores, refletem-se em esquemas antagônicos de distribuição e balanceamento do poder entre a entidade central e as demais pessoas políticas federadas.

No equilíbrio inicialmente negociado pelos Convencionais de Filadélfia, caberia à União Federal a representação externa da nação, e a condução dos assuntos de interesse mais geral. Os Estados-membros, por sua vez, não apenas concorreriam para a formação da vontade nacional, mantendo também, nos limites constitucionais, autonomia quanto às matérias de seu específico interesse.⁴

Essa demarcação de competências, além de ajustar-se com mais precisão a anseios políticos de esferas distintas, exerceria também função controladora do poder, ao dividi-lo, seguindo o mesmo princípio – só que verticalmente – dos pesos e contrapesos de Montesquieu.

A eficiente conjugação de objetivos gerais e interesses específicos dos Estados independentes que foram se agregando, nos primórdios do federalismo moderno inaugurado pelos norte-americanos, encorajou diversos Estados unitários à descentralização política, pela outorga de autonomia às suas províncias, tal como se deu no caso brasileiro.⁵

Mas, ao longo de sua expansão contínua, o fenômeno federalista foi acompanhado por uma tendência centralizadora, acentuada a partir do *welfare state*, que ameaça suas principais virtudes: a preservação da liberdade das pessoas políticas formadoras da nação, a conciliação dos seus interesses particulares e comuns, e a afirmação de um *locus* privilegiado de cidadania.

³ Já em Aristóteles, “sabemos que toda cidade é uma espécie de associação”, onde “costumes variam bastante”, já que a natureza não “deu os mesmos gostos” aos homens, mas na qual ainda assim eles se socorrem mutuamente, “tendo em vista a utilidade comum”, e a busca de “uma vida feliz”. Para tanto, adverte o filósofo, “sem dúvida é preciso, sob certos aspectos, a unidade na família e no Estado, mas não de modo absoluto”. Afinal, “se o Estado ainda existe, é com a condição de não ir muito longe nas suas tendências para a unidade; se existe, é porque conserva ainda um resto de vida, mas estando em vias de perdê-la será o pior de todos os governos. É como se se quisesse fazer um acorde com um único som, ou um ritmo com uma só medida.” (ARISTÓTELES, 1963, p. 11-53).

⁴ ZIMMERMANN, 2005, p. 40-41.

⁵ Ibid., p. 55.

Com efeito, se em sua origem norte-americana, quando a ideologia *court* prevaleceu sobre a *country*, o federalismo moderno já apresentava um viés de centralização política, dali em diante diversos fatores econômicos e sociais só fizeram agravar essa tendência. Diante de eventos como a quebra da Bolsa de Nova Iorque, ou a implantação do *New Deal*, a formatação política norte-americana teve de se adaptar, sob pena de rompimento, às novas realidades sociais e econômicas. Afinal, como salienta Victor Nunes Leal,⁶ as construções políticas representam uma superestrutura ligada às estruturas sociais e econômicas, com as quais, apesar de sua flexibilidade, não podem coexistir em conflito por muito tempo.

Assim, a partir de crises sociais e econômicas, cuja solução parecia demandar um poder decisório mais firme e ágil, houve uma transição do federalismo dual,⁷ de rígida repartição constitucional de competências entre a União Federal e os Estados-membros, para um novo modelo, cooperativo, marcado pela sobreposição de funções atribuídas àquelas pessoas políticas.

Segundo Francisco Bilac Moreira Pinto Filho,⁸ o federalismo norte-americano vem, desde então, outorgando uma série crescente de competências à União Federal, numa centralização que, por obra da Suprema Corte americana – cuja jurisprudência serviu de alternativa ao rígido sistema de emenda constitucional –, não se limita às matérias constitucionalmente previstas.

Tenha sido por força de semelhantes questões conjunturais, ou por irrefletido mimetismo – ou ambos –, fato é que também em seu modelo cooperativo o federalismo norte-americano influenciou seus novos adeptos, em especial os antigos Estados unitários. É que, sem a vívida memória da liberdade plena – como a têm as antigas colônias independentes que formaram os Estados Unidos da América –, costuma-se, nas federações constituídas por desagregação, dar menor valor à autonomia.

É esse, aliás, o caso brasileiro, no qual, de acordo com Francisco Oliveira, a forma federativa apareceu como “uma ideia fora do lugar”, sem anterior desenvolvimento teórico e sem ressonância popular, “apenas como uma solução *de jure*

⁶ LEAL, 1955, p. 93-94.

⁷ Nesse sentido, estipulou-se na Décima Emenda que “os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibidos por ela aos Estados, são reservados, respectivamente, aos Estados ou ao povo”.

⁸ *Traços da Formação e da Evolução do Estado Federal Norte-Americano* (VIEIRA, 2002, p. 12).

para acolher um *status quo* constituído pelas oligarquias regionais e provinciais já poderosas no Império.”⁹

Aqui inaugurado com a Constituição Republicana de 1891, nosso federalismo encontrava-se, então, próximo ainda do precursor modelo dual norte-americano, reservando à União Federal poderes restritos em relação às competências dos Estados membros, aos quais outorgava “em geral, todo e qualquer outro poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição” (art. 65, 2º). De forma peculiar e embrionária, considerando-se o sistema bidimensional que quase sempre caracteriza o federalismo, a Constituição Federal trouxe, ainda, dentre as competências estaduais, a de assegurar a autonomia dos Municípios “em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse” (art. 68).

Por sua vez, sob inspiração weimariana, e também pelos reflexos da mesma crise econômica que conduziu à superação do modelo dual em seu país de origem, o federalismo de cooperação foi introduzido no Brasil com a Constituição Federal de 1934. E, tal como se deu na experiência norte-americana, a atribuição de competências legislativas concorrentes para a União Federal e os Estados-membros, sobre diversas matérias, implicou, na prática, na concentração de poderes pela entidade central.

Desde então, nosso federalismo segue uma trajetória errática, revezando-se, ao sabor das circunstâncias, entre extremos de centralização e descentralização política. A radicalidade dessa alternância, e a predominância do viés centralista – que já seriam naturais numa federação formada por desagregação –, foram acentuadas por intensas experiências autoritárias, que deixaram cacoetes ainda perceptíveis em nossa cultura institucional, dificultando o melhor equilíbrio entre os atores políticos.

Nesse sentido, por exemplo, Celso Daniel ressaltou que “nunca se abriu mão, aqui no Brasil, da ideia de que, a despeito de um eventual fortalecimento do Município, esse fortalecimento se traduzisse, na prática, numa subordinação do espaço local ao espaço estadual ou nacional, através dos laços de clientelismo do Estado, ou seja, através da subordinação de decisões importantes do Prefeito às

⁹ *A Crise da Federação: da Oligarquia à Globalização*, in AFFONSO; SILVA, 1995, p. 77-78.

decisões ou visão do governador do Estado ou do Presidente da República, tendo em vista algum grau de dependência de alguma forma ainda existente entre essas autoridades.”¹⁰

Essa cultura centralista é especialmente deletéria no âmbito do Poder Judiciário, cujo papel, no esquema federalista de repartição vertical de poderes constitucionais, é manter em seus respectivos lugares os entes central e infranacionais.

A formação da unidade nacional pluralista, resultante de atuações democráticas descentralizadas, pressupõe um equilíbrio institucional incompatível com qualquer relação de dominância ou acúmulo excessivo de poderes políticos. A manutenção da correlação de forças entre as distintas esferas do poder político, de acordo com os balizamentos constitucionais, é questão decisiva no sistema federativo.

Embora teoricamente cooperativo, o modelo de repartição de competências constitucionais retomado em 1988 reserva numerosas áreas legislativas, privativamente, à União Federal (art. 22), sem prejuízo das outras em que atuará, com competência comum, ao lado dos Estados membros, do Distrito Federal e Municípios (art. 23), ou, concorrentemente, com os Estados membros e o Distrito Federal (art. 24). A análise dos citados dispositivos constitucionais já indica desequilíbrio entre as competências legislativas repartidas entre os entes políticos: praticamente todas as matérias legislativas de maior relevo são reservadas à competência da União.¹¹

Sucedem que, como dito, ainda se manifestam em nossas práticas institucionais os resquícios das fases mais autoritárias e centralizadoras vivenciadas em

¹⁰ *Desenvolvimento do Poder Local: correntes, tendências e perspectivas para o Associativismo Municipal*, in F. KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG, 1995, p. 107.

¹¹ Disso tratará o subitem 2.2. Por ora, basta adiantar que, conforme o referido art. 22 da Carta, compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (inc. I), desapropriação (inc. II), requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra (inc. III), águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão (inc. IV), dentre outras das 61 matérias comprimidas em seus 29 incisos. Embora não se discuta a conveniência de um tratamento mais uniforme, e consequentemente da competência privativa da União para fazê-lo, em relação a muitas dessas matérias – como, *e.g.*, a naturalização, ou o sistema monetário e de medidas –, parece, quanto a muitas outras, que “escapou ao constituinte a inclusão no domínio de legislação concorrente” (HORTA, 2003, p. 357). O direito agrário, por exemplo, poderia ser positivado também pelos entes subnacionais, aproveitando-se com isso o conhecimento mais profundo das suas respectivas peculiaridades, inclusive geográficas.

nossa trajetória política, capazes de agravar o desequilíbrio de forças entre os entes políticos da federação, enfraquecendo seus afetos de solidariedade.

Merecem reflexão, portanto, os adequados espaços democráticos a serem ocupados pela União Federal e pelos Entes descentrais, bem como o discurso do Supremo Tribunal Federal na interpretação das normas constitucionais que demarcam essas fronteiras, e sua influência no contexto dessas relações de poder.

Nesse sentido, é importante investigar se nossa jurisdição constitucional, como árbitro do federalismo, costuma tender, em sua *praxis* interpretativa e construtiva do texto constitucional, ao resguardo e ampliação, ao máximo, do campo de atuação político-legislativa da União Federal, em detrimento dos entes subnacionais.

Isso se torna especialmente problemático quando se tem em vista que essa exacerbação do seu campo de atuação pode partir, a rigor, da própria esfera central do poder político, sendo apenas chancelada pelo Poder Judiciário. Deve ser considerada, portanto, a hipótese de indesejável desempenho, pela jurisdição constitucional, de papel instrumental em relação a um esquema federativo de tipo paternalista, em que a autonomia dos entes subnacionais se resume a poucas e vigiadas liberdades.

Vale lembrar, nesse ponto, com Augusto Zimmermann,¹² que se, de um lado, “quanto mais descentralizado politicamente o Estado federal estiver, mais aproximado do poder o cidadão está”, tem-se, de outro, que “a tentação do planejador federal é, todavia, no sentido inverso de ignorar as diversidades e fazer supor algumas homogeneidades que simplesmente não existem”, sendo certo que, “quando a União impõe a sua própria vontade, colocando-a acima dos interesses regionais, não existe uma verdadeira federação, mas, sim, uma unidade autoritária ou *pseudofederativa*, ainda que oficialmente recebendo este nome”.

Na via inversa, a manutenção dos espaços democráticos regionais e locais evita a imposição generalizada de certos valores e entendimentos que, embora majoritariamente compartilhados no âmbito nacional, não o sejam, da mesma forma, em outras esferas mais reduzidas – o que é especialmente indesejável em

¹² ZIMMERMANN, 2005, p. 158-159.

se tratando de sociedades plurais numerosas, e distribuídas num amplo território, como o é a brasileira.

Nesse particular, José Alfredo de Oliveira Baracho, citando Robert Nozick, adverte que “não se pode esquecer, como fazem todas as *formas autoritárias e totalitárias*, das divergências nas vidas concretas, presas à terra e ao modelo de mundo possível”, pois “a construção de tipo especial de comunidade, na qual o indivíduo deseja viver, não pode esquecer a natureza e a existência de outras *comunidades alternativas*, onde as pessoas podem ingressar livremente”, já que “as pessoas são diferentes entre si: diferem em temperamentos, interesses, capacidade intelectual, aspirações, inclinações naturais, anseios espirituais e modo de vida”.¹³

Equilibrada, a federação preserva a liberdade das pessoas políticas que a integram, cujas vontades concorrem na formação da unidade nacional, conciliadora dos seus interesses gerais e específicos. Se o âmbito federal melhor se presta ao tratamento dos objetivos mais amplos da sociedade, a descentralização, por sua vez, avizinha o espaço da democracia, permitindo ao cidadão uma participação política mais ativa, bem como a fiscalização mais próxima e eficiente de seus representantes.

Nesta dissertação, portanto, serão repensados os espaços atualmente ocupados por cada uma das pessoas políticas da Federação, no sentido de melhor aproveitar as suas aptidões naturais ao tratamento de interesses de amplitudes variadas, e, em especial, a atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa dessas fronteiras constitucionais, bem como os instrumentos de que dispõe para tanto.

Na primeira parte deste trabalho, serão estabelecidos os pressupostos teóricos e contextuais necessários ao desenvolvimento do tema. E, em se tratando aqui, em última instância, do desejo humano de liberdade, de por si só determinar suas ações, e dos afetos de solidariedade que permitem a constituição coletiva de novas realidades, a escolha da teoria negriana do poder constituinte se justifica, como ponto de partida, por seus fundamentos reveladores da maior amplitude desse fenômeno.

A reconstituição do embate travado, a partir da modernidade, entre fundamentações radicalmente distintas do poder político, juntamente com a crítica do

¹³ BARACHO, 1997, p. 2.

filósofo imanentista paduano aos teóricos do constitucionalismo, apontam a infinitude do poder constituinte, e a impossibilidade de encarcerá-lo em qualquer mecanismo transcendental, evitando conflitá-lo com o poder constituído, como queriam seus antagonistas teóricos.

A essa nossa altura da crise entre os poderes constituinte e constituído – que com muitas estrias o constitucionalismo insiste em tentar encobrir, e que Negri compreende serenamente como insolúvel –, seus efeitos já atingem à própria constituição, que tal como a soberania, segundo Zagrebelski, não materializa mais seu sentido de unidade.¹⁴ Poder constituinte, para Negri, é força constitutiva, ilimitada e imediata, que se expressa em ato, constituindo uma nova realidade, e que por isso é um fenômeno muito mais que jurídico. É dessa crise irreconciliável entre essa radicalidade criativa e as estruturas conservadoras que gera que se constitui a própria realidade, e será também sob esse prisma que se procurará situar e problematizar o federalismo e as tendências centralistas que o ameaçam.

No segundo capítulo, a partir daqueles pressupostos teóricos serão trabalhadas outras chaves conceituais fundamentais para esta dissertação. Estado, federação e jurisdição constitucional serão não apenas decompostos em seus elementos essenciais, mas compreendidos na dinâmica de suas relações e dos fatores reais de poder que as permeiam.

Em seguida, no terceiro capítulo, serão abordados o princípio da subsidiariedade e sua aplicabilidade no direito brasileiro.

No quarto capítulo, será realizada uma abordagem histórica e dogmática da repartição constitucional de competências político-legislativas brasileira, e exploradas as chaves interpretativas pelas quais o texto constitucional pode ser revelado, num ou noutro sentido.

Esse arcabouço teórico e dogmático será, então, na quinta parte desta dissertação, confrontado empiricamente com a atuação mais recente do Supremo Tribunal Federal, em garantia das instâncias políticas descentrais, por meio da releitura crítica de sua jurisprudência, sob a perspectiva do princípio da subsidiariedade.

¹⁴ Cf. Gustavo Zagrebelski (*El derecho dúctil. Ley, derechos, Justicia*. Madrid. Editorial Trotta, 1995), citado por José Ribas Vieira (VIEIRA, 2002, p. 2).

Assim será possível concluir, finalmente, sobre o desempenho e as alternativas da nossa jurisdição constitucional em seu papel decisivo para a Federação.