

Os mitos da predominância do interesse e da subsidiariedade: a racionalidade das competências federativas na Constituição de 1988

DIOGO DOS SANTOS BAPTISTA*

Sumário: 1. Introdução. 2. Federação, flexibilidade e conteúdo mínimo. 3. Justificativas para uma federação. 3.1. Argumento democrático. 3.2. Argumento econômico. 3.3. Argumento político. 4. Repartição de competências na Constituição de 1988. 4.1. Teoria da predominância do interesse. 4.2. “Princípio” da subsidiariedade no direito brasileiro. 4.2.1. Subsidiariedade na relação com os indivíduos. 4.2.2. Subsidiariedade entre entes da federação. 5. Competência, ponderação e eficiência federativa. 5.1. A eficiência da descoordenação federal. 6. Conclusão.

Enviado em 14 de outubro de 2023 e aceito e aceito em 1 de dezembro de 2023.



* Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito Público na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (interrompido). Pós-graduado em Direito Processual Civil (UCAM) e em Direito e Advocacia Pública (UERJ).
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9246440087773573>

1. Introdução¹

Falar sobre federação deveria dispensar uma introdução. O assunto pode começar a partir da Confederação Helvética e chegar às competências privadas, concorrentes, exclusivas e comuns da Constituição de 1988, algo semelhante já feito em outras áreas do Direito com o Código de Hamurabi. Talvez venhamos a decepcionar o leitor, pois muito do que já foi falado acabou sendo reproduzido aqui, mas a boa notícia é que isso foi proposital: colocar a repetição de tecla dos manuais jurídicos no divã e tentar extrair dela alguma razão de ser.

Buscaremos desmistificar algumas conclusões tradicionais da doutrina, como a ideia de predominância do interesse e o “princípio” da subsidiariedade. Antes disso, revisitaremos o conceito de federação para investigar as causas de sua adoção, propondo a existência de três argumentos que explicariam a formatação do modelo federado brasileiro pela Constituição de 1988. Entender “por que” possibilita uma melhor determinação do “como”, que é a repartição de competências entre os entes da federação. Nessa análise, tentaremos extrair a maior eficácia possível da federação para alcançar os fins a que se pretende um Estado contemporâneo, o que parece ser uma tendência atual, mas não tão óbvia.

2. Federação, flexibilidade e conteúdo mínimo

Para compreender o modelo federal atual – assim como a maioria dos fenômenos

políticos que se tornam jurídicos – é relevante revisitar sua construção tradicional e incorporar elementos que possam acarretar a desconstrução de ideias. Ignorar algumas premissas e porquês enfraquece o modelo quando não mais se sustentam na realidade.

Tradicionalmente, afirma-se que a estrutura de um Estado pode ser simples (o Estado unitário) ou composto, a depender da existência ou não de diversos centros de poder. Dentre os Estados compostos estariam (i) a confederação, que consistiria na união de Estados independentes, que mantêm suas respectivas soberanias, e (ii) a federação, como uma união de comunidades locais que, dotadas de um grau de autonomia, integrariam a vontade soberana.² Ou seja, “são federais quando conjugam vários centros de poder político autônomo”.³

Atualmente se concebe que não há uma definição rígida sobre federação. Hoje se reconhece que há um dinamismo inerente à

² Preferimos o uso da expressão “comunidade local” ao invés de Estado, porque a noção deste pressupõe a soberania. Assim, entende-se como comunidade local o Estado-membro, a província, o cantão, a comuna, o departamento, a circunscrição ou qualquer outra denominação empregada para se referir a uma comunidade dotada de autonomia inserida em um Estado soberano, decorrente de uma descentralização política, e não apenas administrativa. No que aqui se propõe, o fato de integrarem a vontade soberana implica dizer que essa autonomia é política. Sobre a descentralização política e administrativa, cf. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 166.

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 251. Por outro lado, alguns conceitos propostos por autores consagrados não se enquadram no que aqui se afirma, como de que “a Federação ou Estado Federal é um Estado formado pela união de vários Estados, que perdem a soberania em favor da União Federal” (AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1978, p. 368). Tomando como exemplo o desenvolvimento histórico da federação brasileira, os Estados-membros nunca foram soberanos, pois foi o poder central (e, até então, único poder) quem lhes reconheceu autonomia (movimento centrífugo). Isso permite dizer que a transformação de um Estado unitário em federal não implica na união de vários Estados que antes eram soberanos.

¹ Trabalho elaborado no âmbito do Mestrado em Direito Público da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Agradecimento a Edson Mosquera e Sérgio Ferrari (UERJ) pelos comentários e revisão ortográfica. As inconsistências e equívocos, particularmente, são de responsabilidade do próprio autor.

sua noção, variando no espaço e no tempo.⁴ As transformações sociais, econômicas, tecnológicas e/ou políticas influenciam a forma de atuação do Estado e, assim, para a reformatação do modelo federativo – isso quando tais circunstâncias não fazem com que esse modelo seja adotado em comunidades que antes não eram. Como consequência, pode-se conferir maior ou menor grau de autonomia política às comunidades locais, criar ou suprimir seus mecanismos de participação, reconhecer novas esferas autônomas, optar pela descentralização administrativa, dentre outras medidas que não implicam a supressão do modelo federal.

Essa versatilidade estrutural, que, por si só, permite reconhecer uma lógica difusa no tratamento da matéria⁵, é vista por alguns como essencial à própria subsistência política estatal.⁶ Nessa ordem de ideias, fala-se em

federalismo enquanto ideologia de balanceamento de poder.⁷

Apesar do seu dinamismo impedir uma concepção rígida, o Estado federal não é qualquer coisa. Há de ser reconhecido um conteúdo mínimo capaz de delinear o que seja uma federação,⁸ para que não se caia em um vazio conceitual. Aqui reside uma das dificuldades no assunto, não havendo unanimidade na doutrina sobre sua definição, o que parece ser causado pelas premissas adotadas pelo intérprete – ainda que de maneira implícita ou inconsciente.⁹ Além

federalismo perdurou. Foi sustentado que a razão para a sobrevivência do federalismo foi sua habilidade de adaptação. Por um tempo pareceu que o movimento pelos direitos civis significaria o fim do federalismo, mas o federalismo se transformou, sobreviveu, e agora continua como o centro de conflitos contemporâneos pelos direitos humanos. (...) Assim como a nação se modificou, como as relações entre os Estados se modificaram, assim também foi com a função do federalismo.” (tradução livre). Em sentido semelhante, cf. MARRAFON, Marco Aurélio. *Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito constitucional brasileiro*. v. 2: organização do estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 117-118; ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 223; EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de derecho constitucional*. v. 1 (arts. 1 a 14). 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 161.

⁷ O emprego do termo federação corresponde à forma de organização de Estado, enquanto o federalismo corresponderia a uma posição ideológica que culmina na forma federativa de Estado, além de significar, em menor medida, o estudo desse modelo (cf. KING, Preston. *Federalism and federation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1982, p. 19-23; BURGUESS, Michael. *Federalism and federation: a reappraisal*. In: *Comparative federalism and federation: competing traditions and future directions*. London: Harvester Wheatsheaf, 1993, p. 3). Alguns autores, porém, deixam claro a opção de emprega-los como sinônimos pela falta dessa discriminação no país, v. PIRES, Thiago Magalhães. *Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, mai./ago. 2017, nota de rodapé nº 2.

⁸ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 303-304; SEGADO, Francisco Fernandez. *El federalismo en america latina*. Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, n. 41, Universidad Nacional Autónoma de México / Corte de Constitucionalidad de República de Guatemala, 2003, p. 3.

⁹ A título de exemplo, alguns autores consideram ser federação apenas o modelo dos Estados Unidos, o que leva à

⁴ ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 18; AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1978, p. 371; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 101; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1099.

⁵ A lógica difusa (ou lógica fuzzy) é uma resposta à insuficiência da lógica binária (em que só há dois estados possíveis, sendo um o inverso do outro, e.g. sim/não e verdadeiro/falso) para incontáveis situações, possibilitando a adoção de meios-termos entre dois estados antagonísticos. Trata-se de um esquema onde se combinam a lógica binária com a ideia de conjuntos com graus de pertinência, gerando a compreensão de que, entre duas posições, pode haver uma infinidade de posições intermediárias (e.g., entre o “0” e o “1”, é possível encontrar “0,5”, “0,4”, “0,35” etc.) (cf. RIGNEL, Diego Gabriel de Souza; CHENCI, Gabriel Pupin; LUCAS, Carlos Alberto. *Uma introdução à lógica fuzzy*. *Revista Eletrônica de Sistemas de Informação e Gestão Tecnológica*, Uni-FACEF, Franca, SP, v. 1, n. 1, 2011; GOMIDE, Fernando A.C.; GUDWIN, Ricardo R.; TANSCHKEIT, Ricardo. *Conceitos fundamentais da teoria de conjuntos fuzzy, lógica fuzzy e aplicações*. *Proc. 6th IFSA Congress-Tutorials*, 1995). Por esta proposta, deixa-se de se afirmar que um estado é confederado ou federado para se concluir que ele “está mais para a confederação” (se agregar menos autonomia política) ou “mais para a federação” (se houver mais autonomia política).

⁶ SCHAPIRO, Robert A. *Polyphonic federalism: toward the protection of fundamental rights*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009, p. 176: “*Enquanto o país mudou, o*

disso, cada federação possui suas particularidades.

Da leitura daqueles que empreendem esse esforço, se constata que o conteúdo mínimo gira em torno da organização de um Estado em que uma Constituição cria um vínculo entre comunidades locais, de cuja união decorre uma autoridade governamental central, lhes reconhecendo autonomia política.¹⁰ Daí é possível extrair os seguintes elementos de uma federação: (i) descentralização política, surgindo ordenamentos jurídicos próprios das comunidades locais;¹¹ (ii) participação de entes políticos na formação da vontade

nacional;¹² e (iii) autonomia política das comunidades locais, consistente na capacidade de auto-organização, autogoverno e autoadministração, e que pressupõe a existência de receitas próprias.¹³⁻¹⁴

Estabelecido um arquétipo comum, sobretudo pela decisão de que comunidades locais terão autonomia política, passa-se para uma outra etapa que consiste em estabelecer em que medida elas terão um poder político, isto é, como se dará a repartição de competências. O grau de distribuição desse poder parece estar diretamente ligado às causas que justificaram a adoção do modelo federativo.

3. Justificativas para uma federação

Não há causas universais que implicam na adoção da federação. A doutrina, a partir das experiências políticas ao redor do mundo, sugere algumas, tais como a necessidade de

negação de todos os outros que não o repliquem, como faz WHEARE, K. C.. *Federal government*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1964, p. 1. Neste sentido, cf. LEAL, Victor Nunes. Leis federais e leis estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, abr. 1945, p. 765: “*Já se tem dito que o regime federativo não é um esquema rígido. Há gradações no federalismo, o que nos levaria a dizer que há estados mais federais, ou menos federais, conforme a predominância, ou não, de certos traços. Teríamos, pois, federações mais perfeitas ou menos perfeitas, segundo o tipo ideal que se prefere. Geralmente, são os Estados Unidos tomados como exemplo histórico da federação completa. Quanto mais um estado, dito federal, se distancia das linhas características do sistema americano, mais discutível se torna a sua natureza federativa. Quanto mais se aproxima do estado unitário, afastando-se do modelo histórico, menos perfeito é a federação.*”.

¹⁰ WHEARE, K. C.. *Federal government*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1964, p. 36: “*So far, then, it would seem that federal government is appropriate for a group of states or communities if, at one and the same time, they desire to be united under a single independent general government for some purposes and to be organized under independent regional governments for others. Or, to put it shortly, they must desire to be united, but not to be unitary. (...) They must not only desire it; they must also be able to operate it. Some inquiry into the capacities of communities as well as into their desires or aspirations will be necessary before it can be decided whether federal government is the system which they ought to adopt.*”

¹¹ Em uma das teorias explicativas da federação, importa dizer que sobre essas comunidades locais também incide um ordenamento jurídico central, e a união desses ordenamentos forma uma comunidade jurídica total (cf. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 452-453; HORTA, Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 135, jul./set. 1997, p. 178-179).

¹² O instrumento mais conhecido de participação dos Estados-membros na formação da vontade nacional é o Senado Federal, cuja composição é normativamente referida à representação dos Estados-membros e do Distrito Federal (CF, art. 46, caput). Além deste, há instituições onde se verifica a manifestação da vontade nacional e que, por tal razão, seria necessária a participação dos Estados-membros, a exemplo da composição do Supremo Tribunal Federal.

¹³ FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 44-52.

¹⁴ A desconstrução dessa definição leva em conta a realidade brasileira, em que as comunidades locais consistem nos 26 Estados-membros, 1 Distrito Federal e 5.570 municípios. As características propostas seriam típicas da federação brasileira atual, já que, assim como o reconhecimento de autonomia aos Municípios não fez com que o Brasil deixasse de ser uma federação, eventual inserção dos Municípios na formação da vontade nacional - apesar de contar com diversos inconvenientes - não faria com que o Brasil deixasse de ser uma federação, mas sim que teria particularidades que o diferisse de outras federações. Além disso, na formulação proposta não foi utilizada a expressão “autonomia política dos Estados-membros” pois o Distrito Federal e os Municípios também possuem essa prerrogativa. Para fins didáticos do presente trabalho, o Distrito Federal, embora tenha natureza jurídica distinta e regime jurídico próprio, será intencionalmente suprimido, levando em conta que ele agrega atribuições de Estados-membros e Municípios no atual formato federal, conforme art. 32, § 1º, da Constituição de 1988.

defesa comum, o desejo de maior independência perante os poderes estrangeiros, as vantagens econômicas de uma união, viabilizar a unidade de comunidades heterogêneas (e.g., étnica, cultural e geográfica), a necessidade de obter governabilidade em um território de grande extensão e a fragmentação do poder entre entidades (associada ao ideal democrático, evitando a concentração do poder em uma única instância).¹⁵ Seriam estes alguns motivos para que o Estado se estruturasse como federação, reconhecendo a existência de governos centrais e locais, bem como suas respectivas atribuições para atingir aqueles objetivos.

Portanto, a atribuição de competências leva em conta as causas da federação, sendo um dos pressupostos da autonomia dos entes e do próprio modelo de federação.¹⁶ Isso porque admitir a possibilidade de decidir questões internas (autonomia política) depende da atribuição de quais serão estas questões (competências próprias).¹⁷

Apesar disso, os motivos que tradicionalmente justificam a adoção do modelo federativo, por si sós, não implicam que este deva ser adotado. Alguns daqueles, inclusive, poderiam ser alcançados em um

Estado unitário. O que se denota é que, por trás daquelas causas parece haver três argumentos que justificam a adoção do modelo: o democrático, o econômico e o político.

3.1. Argumento democrático

Um dos motivos mais invocados a favor da descentralização política é que ela fragmentaria o poder, evitando sua concentração em uma única esfera de governo, o que dificultaria o autoritarismo. Também se fala que ela permitiria uma maior participação e controle do povo sobre as decisões políticas em âmbito local.¹⁸

Por outro lado, há argumentos que, ainda que não os afastem completamente, reduzem a correlação entre federação e democracia. Neste sentido, Marta Arretche sintetiza que “deslocar recursos do ‘centro’ para subsistemas mais autônomos pode evitar a dominação pelo ‘centro’, mas pode permitir esta dominação no interior deste subsistema”.¹⁹ A correlação entre fragmentação-democracia e concentração-autoritarismo não implica causalidade: a federação não inviabiliza a existência de um governo autoritário.²⁰

¹⁵ WHEARE, K. C.. *Federal government*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1964, p. 37; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 98-99; AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1978, p. 365;

¹⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 314; CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Estado brasileiro - algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da Constituição de 1988. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 279-280; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 477; ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 29.

¹⁷ Ou, por outro viés, a federação denominada “centrífuga” consiste na indicação de quais atribuições que os Estados-membros abdicam de suas “soberanias” para que passem a ser “autônomos”.

¹⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 256; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 303; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 99-100.

¹⁹ ARRETCHÉ, Marta. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 31, p. 44-66, 1996.

²⁰ No plano histórico, basta lembrar que a Constituição de 1937 reconhecia o Brasil como um Estado federativo, mas a ideologia política adotada pelo regime do Estado Novo tornou o governo central uma figura hegemônica, justificada pelos supostos abusos regionalistas. O mesmo ocorreu, embora por motivos diversos, durante a Constituição de 1967 e em 1969. Com a centralização sem precedentes de

Para além dos argumentos já desenvolvidos no estudo da autora mencionada, associar federação e democracia gera um problema lógico difuso, considerando que a fragmentação do poder – e, portanto, de autonomia política – envolve uma questão de grau.²¹ Haveria um limite ideal de centralização de poder na União para que não favoreça o autoritarismo? Ou, ao contrário, qual seria o nível ótimo de autonomia política dos entes para que fosse reconhecida uma democracia? Fato é que são reconhecidas, ao redor do mundo, entidades com maior ou menor grau de autonomia política em democracias contemporâneas.²²

Já a ideia de descentralização como forma de garantir maior participação do povo junto à instância decisória local está associada a uma ideia de proximidade espacial.²³ Mas há dificuldades no reconhecimento de que este

seja um argumento válido para justificar uma federação.

Primeiro porque carece de evidências empíricas a afirmação de que haja maior participação e controle da população sobre as atividades das instâncias locais. Existem diversas barreiras de diversas ordens que inviabilizam o acesso e a participação dos cidadãos nas discussões e decisões das instâncias locais, o que tornaria irrelevante o fato de que uma Prefeitura estar mais próxima do cidadão que o Palácio do Planalto. Uma solução proposta – e que gera uma efetiva aproximação – é a utilização da tecnologia para encurtar espaços e reduzir o tempo para obtenção e propagação de informações, facilitando a interação dos cidadãos com o poder público (*e-government*).²⁴ Com isso o cidadão estaria próximo da instância decisória, o que favorece a democracia, ainda que em um Estado unitário. Segundo, porque essa ideia parece não levar em conta que nem todas as questões de interesse da população são tratadas nas instâncias locais (i.e., na Prefeitura, na Câmara, na Assembleia Legislativa etc.), quando denota-se que a relevância dos assuntos ali tratados é reduzida, isto é, o cidadão apenas participaria de poucos assuntos que repercutem em seu entorno.²⁵

Embora não haja causalidade entre federação e democracia, entendemos se tratar de um mecanismo que pode favorecê-la, sobretudo quando não haja excessiva

poderes na figura da União, ficou difícil reconhecer que, na realidade, os Estados tinham alguma autonomia política.

²¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. Federalismo, liberdade e direitos fundamentais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, ago. 2018, p. 126; KELSEN, Hans. Formas da organização estatal: centralização e descentralização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 4, abr. 1946, p. 51 e 62.

²² Sérgio Ferrari, que afirma que a identificação da autonomia política da municipalidade é uma questão de grau, v. FERRARI, Sérgio. Local government in Brazil and Switzerland: a comparative study on merger and inter-municipal cooperation. *IFF Working Paper Online*, n. 5, Freiburg, mar. 2015, p. 13-14. Em sentido semelhante, cf. CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. v. 1. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 134-135: “Nem sempre é fácil distinguir o Estado unitário do Estado federal: é que há Estados unitários divididos em províncias amplamente descentralizadas com faculdades legislativas e executivas, como acontece, por exemplo, na União Sul Africana, no Ultramar português, na República Italiana e noutros países. Nesses casos, a que se tem já chamado de Estados regionais e a que também pertenceu o regime estabelecido pela Constituição republicana espanhola de 1931, há regiões com autonomia política-administrativa regulada no estatuto próprio de cada uma, assegurando a competência dos órgãos legislativos da região e os poderes das respectivas autoridades executivas.”

²³ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 303.

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, 2015, p. 1754-1756.

²⁵ O que é agravado pela tendência centralizadora do Supremo Tribunal Federal nos conflitos de competência normativa, cf. REIS, José Carlos Vasconcellos. O princípio da simetria: verdade ou mito? *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 15, n. 167, jan. 2015.

concentração de poder – com a ressalva sobre a dificuldade de compreender o nível ideal. Alguns autores, inclusive, propõem a inclusão do componente democrático no sentido de federação, agregando um elemento valorativo ao conceito.²⁶

3.2. Argumento econômico

Ele parte da ideia de que descentralizar favorece a eficácia da atuação estatal. Por esta concepção, a criação de um governo central se justificaria por haver questões cujas respostas mais satisfatórias se dariam para todo o território nacional de modo uniforme; as instâncias locais, por outro lado, teriam maior aptidão para decidir questões particulares.

Esse argumento é poucas vezes encontrado na doutrina, como na afirmação de a federação “surgiu como resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território”, que a repartição favorece “a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos”.²⁷ Apesar

disso, ela decorre de forma implícita em diversas explicações sobre o assunto. Vejamos dois exemplos.

O primeiro é a defesa nacional, um dos principais exemplos para a adoção da federação. Historicamente, trata-se de uma função atribuída ao governo central por envolver interesses comuns a todos os entes, seja para a proteção do seu território, seja para a manutenção da integridade. Nela se encontra a ideia de que a reunião cria melhores condições de defesa contra invasões estrangeiras do que isoladamente. Atribuir essa tarefa ao governo central é, em tese, mais eficaz.

O segundo reside nos momentos de centralização ao longo da história. A partir do século XX, com o ocaso do liberalismo burguês, o Estado passou a ser chamado para intervir na ordem social e econômica, para coibir os abusos de liberdade e promover fins sociopolíticos. A maior necessidade de intervenção estatal também repercutiu na formação de modelos federativos, pois aumentou a centralização e a autoridade do governo federal, especialmente em certas matérias.²⁸ Segundo Paulo Bonavides, a ampliação das necessidades sociais faz com que o poder central seja “chamado para empregar recursos que não estariam ao alcance dos Estados-membros”, justificando

²⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. O federalismo combina com absolutismo? A resposta dos Emirados Árabes Unidos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 11, jul./set. 2008, p. 147-148: “Se federalismo rimar com democracia, os Emirados Árabes não são um Estado federal (...). Se, entretanto, a denominação for genérica a ponto de se contentar com razoável compartilhamento de poder territorial e central, dominado pelo princípio da subsidiariedade, bastando, ademais, que seja resultado de um acordo de interesses das elites governantes, estaremos bem com a titulação. (...) Parece, contudo, que a palavra ‘federalismo’ somente pode ser pensada em conjunto com os elementos da modernização e com as demandas democráticas. O que une a divisão vertical de poder à horizontal é o sentido do limite do próprio poder de um lado e a sua gênese popular de outro. (...) Se fugirmos desses quadros, saltamos para fora do consenso mínimo que deve guiar o sentido (significado) dos nomes, políticos principalmente. O resultado é o imponderável ou talvez, o oposto, a previsibilidade do império unilateral da força de quem pode mais. Por menos e longe desses paradoxos, de federalismo não se trata.”

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 929 e 931, respectivamente. A mesma lógica parece se verificar em BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento

gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 63, 2008, p. 329: “A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.”

²⁸ MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito constitucional brasileiro*. v. 2: organização do estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 98-99.

seu protagonismo em uma federação transformada.²⁹ O que se denota é que a maior capacidade econômica e institucional da União em determinados momentos e circunstâncias – como os desafios da globalização³⁰ – criaria um ambiente propício para que seja a instância com maior aptidão para a tomada de certas decisões.

3.3. Argumento político

Por essa perspectiva, a federação é adotada porque assim quis quem tinha o poder de escolher o modelo. O que motivaria essa decisão não seria necessariamente uma razão democrática, econômica ou altruística. Poderia ser um motivo pessoal, ideológico-partidário, corporativista, histórico, cultural ou irracional.³¹ A realidade pode ser decepcionante, mas é inescapável.

Assim como “leis sob medida” existem na realidade, não parece ser diferente com a Constituição, com o agravante de que um

documento que pretende ter proeminência na ordem jurídica não pode ser considerado irracional. Isso parece gerar a necessidade de justificar toda e qualquer decisão nele contida, tomando o pressuposto pelo dado. A Constituição de 1988 não foi elaborada ao lado de um manual de filosofia do Direito, a partir de discussões sobre teorias da justiça e da Constituição, e sim por razões políticas, influências de grupos de interesse, resultados de lobbys e acordos entre parlamentares,³² fruto de uma constituinte não exclusiva cuja gênese despertou a suspeita de ilegitimidade em sua origem. Ou seja, muita coisa está lá não por causa de Dworkin, Alexy ou Hart, mas provavelmente mais por José Serra, Michel Temer e Jarbas Passarinho, ou mesmo algum senador biônico. Para além dos interesses não necessariamente morais, também deve ser levado em conta que indivíduos que elaboram um documento podem falhar ou adotar opções equivocadas.

Esses três argumentos poderiam, de algum modo, ajudar a entender o porquê da repartição de competências, a interpretar o que já foi distribuído e contribuir para o que possa vir a ser (re)distribuído.

4. Repartição de competências na Constituição de 1988

Não foi encontrada uma explicação satisfatória na literatura jurídica sobre a repartição de competências, contribuindo para dificultar a tentativa de obter uma solução em torno dos conflitos de competência. Tradicionalmente, os livros somente abordam as técnicas pelas quais as

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 205-206. Ideia semelhante é encontrada em DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 257: “Os que são contra a organização federativa entendem que o Estado Federal é inadequado para a época atual, em que, para atender a solicitações muito intensas, é necessário um governo forte. Um aspecto que nos últimos tempos vem sendo também bastante acentuado é o da planificação.”

³⁰ CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. v. 1. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 137.

³¹ Em sentido semelhante, cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 456: “O factor técnico - distribuição do poder pelos órgãos centrais e locais para maior eficiência - o factor económico-financeiros - distribuição de receitas e despesas pela Administração central e pelas locais - e o factor político - papel do Estado perante os outros Estados e na satisfação de aspirações políticas, assim como aproximação dos cidadãos do poder - jogam aqui amplamente. (...) O factor político é, em cada país, determinado por pressupostos históricos - modo como o Estado se constituiu ou expandiu; pressupostos geográficos - afastamento entre as parcelas do mesmo Estado; pressupostos nacionais, culturais e étnicos - diferenciações no povo; pressupostos sociais e económicos - interesses a defender ou disfunções sociais e económicas a atender; pressupostos ideológicos - filosofias de centralização ou descentralização e movimentos partidários ou não, favoráveis ou desfavoráveis.”

³² SOUZA, Celina. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 513-560, 2001.

competências são atribuídas aos entes federados, ou seja, se limitam a dizer “como” ocorre a repartição, e não “por quê”.

Até mesmo essa tentativa de tratar das técnicas não é imune a críticas.³³ Primeiro porque na própria doutrina há divergências em torno da nomenclatura e classificação, embora tenhamos que isso seja mais terminológico do que ontológico, já que os diferentes nomes refletem conteúdos semelhantes. Segundo porque nessa classificação geralmente se leva em conta apenas os arts. 21 a 24, 25, § 1º, e 30 da Constituição da República, sendo negligenciados os demais dispositivos espalhados pelo texto constitucionais que também atribuem competências (como os arts. 25, §§ 2º e 3º, 37, § 12, 39, 42, 125, 132, 153 a 156, 179, 180, 182, 211, 219-B etc.).

Desconsideradas algumas dessas dificuldades, o assunto se desenvolve tendo como parâmetro a Constituição de 1988, sendo os destinatários da repartição a União, os Estados membros, o Distrito Federal e os Municípios. Além disso, se informa que as matérias objeto de repartição são as competências administrativas (ou materiais) e as competências legislativas. E, em uma tentativa de síntese do que é abordado pela doutrina, é possível visualizar duas técnicas

de repartição que admitem variações e nuances: a repartição com exclusividade e a repartição com concorrência.

A primeira consiste em atribuir a apenas algum dos entes políticos com exclusão dos demais, conjugando a indicação taxativa de quais competências (poderes enumerados) e a previsão de que as demais serão atribuídas para outro ente de forma residual (poderes reservados). Uma nuance é a possibilidade de delegar parcela de competência própria para algum ente que não a possua originariamente. Neste sentido, a Constituição de 1988 enumera duas competências: (i) a exclusiva, sobre matéria administrativa, dirigida no art. 21 à União e no art. 30, incisos III a IX, aos Municípios; e (ii) a privativa, em matéria legislativa, tal como legado no art. 22 à União, admitindo-se sua delegação aos Estados para legislar sobre questões específicas. As demais matérias, de forma residual, são atribuídas aos Estados federados, que possuem a denominada competência reservada (art. 25, § 1º), ressalvados os poderes implícitos decorrentes da competência de outro ente, a exemplo da competência municipal decorrente do conceito jurídico indeterminado de “interesse local” (art. 30, I).

A segunda é a atribuição das mesmas competências para todos os entes políticos, admitindo que tratem do mesmo assunto. A solução proposta, diante do risco de conflitos decisórios sobre determinadas matérias, é atribuir ao ente central o poder de definir as bases gerais da legislação para que os demais entes políticos a desenvolvam a partir daí. Na Constituição de 1988 são previstas as chamadas competências administrativas comuns, cumulativas ou paralelas (art. 23, cabendo à lei complementar estabelecer normas de cooperação entre os entes).

³³ Para tanto, foram utilizadas as seguintes fontes: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478-482; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 315-333; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O estado federal brasileiro na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 179/180, jan./jun. 1990, p. 6-10; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 207, p. 1-19, jan./mar. 1997; HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 9, jan./jun. 1996, p. 216-219; HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, jul./dez. 2013, p. 9-11.

Também se verificam as competências legislativas concorrentes entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, onde a União se limita a estabelecer normas gerais sobre o assunto), também concorrendo os Municípios pela chamada competência suplementar (art. 30, II).

Essas são as linhas gerais em torno da partilha de competências no estudo de Direito Constitucional brasileiro, que se limitam a abordar as diferentes formas de conferir atribuições aos entes federados. E aqueles que buscam esclarecer o “porquê” dessa repartição tentam racionalizá-la pela “teoria da predominância do interesse”, embora seja um critério insuficiente.

4.1. Teoria da predominância do interesse

De acordo com a doutrina tradicional, a repartição de competência se funda na ideia de predominância do interesse. Segundo esta teoria, cabem à União os assuntos em que predomina o interesse geral, aos Estados membros os assuntos de interesse regional e aos Municípios os de interesse local.³⁴⁻³⁵ Este seria o critério explicativo para que determinada competência seja atribuída a um dos entes, o que acaba por influenciar na solução de eventuais conflitos de atribuições entre eles. No entanto, visualizamos três problemas nesta concepção.

Primeiro, porque ele pode tomar o pressuposto pelo dado, no intuito de justificar a escolha do constituinte como sendo algo

racional: se *x* é atribuída à União, logo há interesse geral. Por essa ótica, a manutenção do serviço postal deve ser atribuída à União em razão do interesse geral/nacional sobre o assunto (art. 21, X), a despeito das críticas sobre a necessidade de estatização dessa atividade.³⁶ E, ainda, haveria interesse local na prestação do serviço de saneamento básico, razão pela qual foi atribuída – diga-se, por construção jurisprudencial – aos Municípios, apesar de que certas atividades possuem alta complexidade em sua infraestrutura e elevado custo que inviabilizariam a prestação isolada mesmo em Municípios “grandes” – o que, também por construção jurisprudencial, gerou a figura da “autoridade metropolitana” como solução imediata para o problema.³⁷

Segundo, porque ela pressupõe que todos entes da federação possuem algum interesse intrínseco antes do reconhecimento de sua autonomia pela Constituição. Seria algo como afirmar que os Municípios já tinham interesses pré-políticos, e o trabalho da Constituição de 1988 foi apenas o de reconhecer que estes eram interesses locais, no ordenamento do solo urbano e no transporte coletivo. Se há algo que seja inerente aos Municípios é o seu território e sua proximidade com a população; aos Estados federados, seu território englobar diversos municípios, e; à União, ser uma entidade criada em prol da união entre os Estados, reservando competências para que sejam exercidas em todo o território nacional. Eventuais interesses dos entes da federação,

³⁴ O Distrito Federal acumula competências estaduais e municipais, salvo previsão do art. 22, XVII, da CF. Assim, quando se falar de Estado membro ou Município, considerar-se-á neste trabalho a referência implícita ao Distrito Federal, para fins didáticos.

³⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 269; MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 315; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. 2014, p. 6.

³⁶ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Como o STF chancelou o monopólio estatal dos Correios*. Mises Brasil, 21 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/article/1340/como-o-stf-chancelou-o-monopolio-estatal-dos-correios>>.

³⁷ STF (Tribunal Pleno), ADI 1.842, Rel. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Gilmar Mendes, j. 06/03/2013.

por outro lado, são apenas jurídicos, de modo que apenas surgem com a Constituição. Logo, não é porque uma competência é atribuída aos Municípios que ela será local, senão porque foi escolha do próprio constituinte – originário ou, eventualmente, derivado. Neste sentido, afirma-se que a predominância de interesse seria dinâmica, pois varia no decorrer do tempo pelas evoluções socioeconômicas.³⁸

Terceiro, que não há critérios seguros para se definir o que seja um interesse geral, regional ou local, nem mesmo quanto às suas respectivas predominâncias. Para alguns, seriam “interesses pertinentes à sua dimensão geográfica (geopolítica)”,³⁹ enquanto outros criticam essa ideia pois nem sempre algum interesse estará atrelado ao seu território, mas pelas suas repercussões.⁴⁰ Por fim, há aqueles que reconhecem que este não é o único critério para determinar a competência, havendo fatores de diversas

ordens que influenciariam na decisão, como o orçamentário.⁴¹

Por fim, esse critério traria distorções em conflitos de competência. A título de exemplo, no conflito entre uma desapropriação promovida pela União para a instalação de uma agência de serviço postal (CF, art. 21, X) e outra promovida por um Município para a construção de uma escola (CF, art. 211, § 2º), seria possível afirmar que prevalece a pretensão da União, pois revela um interesse nacional? Ao que parece, a distribuição abstrata de competências pelo critério da predominância de interesses não permite concluir que “interesse nacional” seja mais relevante que o dos demais entes, a ponto de se sobrepor a eles.

Na tentativa de aperfeiçoar a chamada teoria da predominância do interesse, a doutrina lançou mão do chamado “princípio da subsidiariedade”, na expectativa de dar à repartição de competências um aspecto substancial. Uma análise detida desse princípio permite deduzir que a tentativa foi vã.

4.2. “Princípio” da subsidiariedade no direito brasileiro

A discussão em torno do chamado “princípio” da subsidiariedade deve levar em

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 266 [recurso eletrônico]: “A noção de predominância de um interesse sobre os demais implica a ideia de um conceito dinâmico. Isto é: determinada atividade considerada hoje de interesse predominantemente local, com a passagem do tempo e a evolução dos fenômenos sociais, poderá perder tal natureza, passando para a esfera de predominância regional, por exemplo. Uma série de fatores pode causar essa alteração: desde a formação de novos conglomerados urbanos, que acabam fundindo municípios limítrofes, até a necessidade técnica de uma ação integrada de vários municípios, para a realização do melhor interesse público.”

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 212.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 478: “Acontece que, no Estado moderno, se torna cada vez mais problemático discernir o que é interesse geral ou nacional do que seja interesse regional ou local. Muitas vezes, certos problemas não são de interesse rigorosamente nacional, por não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, por abrangerem dois ou mais deles. Os problemas da Amazônia, os do polígono da seca, os do Vale do São Francisco e do Vale do Paraná-Uruguai, são exemplos que se citam na Federação brasileira.”

⁴¹ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 361-362: “Em decorrência da dificuldade de se precisar a quem pertence determinado interesse, o critério de repartição de competência adotado pelo Brasil não foi realizado apenas através da definição de qual ente estatal teria predominância na matéria, seguindo a fórmula de que, se o interesse fosse predominantemente nacional, caberia à União; se fosse estadual, ao Estado; se fosse municipal, ao Município. O critério escolhido foi híbrido, também influenciado pelas decisões políticas tomadas em um contexto social determinado, pela tradição histórica e pela real possibilidade de implantação das competências, haja vista que aquelas matérias que necessitam de grande aporte financeiro ou de uniformidade legislativa na federação devem ficar ao encargo da União.”

consideração que ele pode ser visto sob duas perspectivas: (a) na relação entre Estado e indivíduo e (b) na relação entre entes políticos.⁴² Haveria uma relação de dependência entre as duas perspectivas pois, primeiro, se busca definir se e quais serão as tarefas a cargo do Estado para, em seguida, reparti-las entre os entes da federação.

4.2.1. Subsidiariedade na relação com os indivíduos

Sob a primeira perspectiva, a subsidiariedade remonta à discussão sobre as razões da intervenção do Estado sob a esfera privada e, eventualmente, delimitar qual seria seu campo de atuação, especialmente na realização de atividades econômicas.⁴³ Para a doutrina da subsidiariedade, o Estado somente deveria intervir naquelas áreas em que o indivíduo não pode, por conta própria, satisfazer os objetivos.

A principal crítica a essa noção de subsidiariedade seria sua negação como um princípio constitucional, afirmando que ela

⁴² Diversos autores dividem a subsidiariedade em um aspecto vertical, que diz respeito à relação entre as comunidades políticas de diferentes níveis em um Estado, e em um aspecto horizontal, em que envolve a relação entre o Estado e o indivíduo. Cf. D'ATENA, Antonio. Subsidiariedade vertical e subsidiariedade horizontal na experiência constitucional italiana. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2010. Essa classificação já foi adotada em voto proferido pelo Min. Gilmar Mendes em 2012 (v. STF (Tribunal Pleno), ADI 4.638 MC-Ref, Rel. Marco Aurélio, j. 08/02/2012). Por outro lado, há os que falam em incidência horizontal da subsidiariedade, onde se verificariam as atividades econômicas que seriam incumbência do Estado, e de sua incidência vertical, que diz respeito à intensidade dessa atuação estatal sobre tais atividades, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 45-55, mar./abr. 2017. Preferimos, porém, não adotar o termo “vertical” na relação entre Estado e indivíduo devido à forte carga filosófica de que haveria uma predominância do Estado sobre os indivíduos, o que não parece acertado.

⁴³ Para uma discussão em torno da legitimação da atuação estatal, cf. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 159-187.

seria um preceito decorrente do liberalismo econômico, revelando uma posição ideológica específica. Para essa corrente, não seria possível afirmar que a Constituição de 1988 teria, ainda que implícita ou preferencialmente, adotado um viés exclusivamente liberal sobre a intervenção do Estado. Ao contrário, nela se verifica a existência de diversos dispositivos impondo a atuação estatal na ordem econômica e social⁴⁴ e, portanto, reduzindo a esfera da autonomia individual. Em conclusão, afirma-se que a maior ou menor intervenção do Estado não teria fundamento constitucional, sendo uma preferência ideológica.⁴⁵

Apesar disso, a maior parte da literatura reconhece um componente jurídico na noção de subsidiariedade, reconhecendo que seu fundamento normativo decorreria da interpretação sistemática de dispositivos constitucionais que evidenciariam preferência à atuação do particular. Esta posição parece ter sido reforçada com o advento da chamada Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) que, ao dispor sobre normas de proteção à liberdade de iniciativa, estabelece como princípio “a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas”. Neste caso, teria havido uma

⁴⁴ Essa opção ficaria clara no art. 173 da Constituição, que admitiria a exploração direta de atividade econômica pelo Estado apenas pelo “relevante interesse coletivo”, não havendo ressalvas quanto à impossibilidade da atividade pretendida poder ser prestada por particulares.

⁴⁵ GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal*: uma antítese ao critério da subsidiariedade como determinante dos fins do estado social. 396 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 197-218; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 734-740.

escolha político-democrática, densificando o conteúdo constitucional, pela subsidiariedade da atuação estatal.⁴⁶

Tais argumentos não são úteis na discussão sobre a subsidiariedade na perspectiva federativa. Então de onde se extrai da Constituição de 1988 que esse “princípio” foi adotado? É o que tentará ser respondido a seguir.

4.2.2. Subsidiariedade entre entes da federação

Por essa perspectiva se buscaria a existência de uma preferência pelos entes “menores” para as tarefas estatais. Neste espaço, o “princípio” da subsidiariedade já foi visto como um princípio de repartição de competências⁴⁷ e, inclusive, um fator de justificação do modelo federativo.⁴⁸ Sem adentrar no seu desenvolvimento histórico, a subsidiariedade aplicada à federação preconiza que “só seriam atribuídas ao governo federal e ao estadual aquelas tarefas que não pudessem ser executadas senão a partir de um governo com esse nível de amplitude e generalização”.⁴⁹ Ou seja, haveria uma preferência para que as decisões fossem

tomadas pelos municípios, em tese mais próximos dos indivíduos.⁵⁰

Há diversas objeções ao chamado “princípio” da subsidiariedade.

A principal delas é a inexistência de uma cláusula de subsidiariedade, sequer implicitamente, na Constituição de 1988. O constituinte optou pela isonomia entre os entes da federação,⁵¹ o que fica evidenciado no inciso III do art. 19, ao vedar a criação de preferências entre si, e nos incisos I e III do art. 151, ao vedar a União a tributação que implique em distinção ou preferência entre os entes, bem como de instituir isenções de tributos de outros entes.⁵² Eventuais preferências são excepcionais, e, logo, devem ser veiculadas de modo expresso e racional pela Constituição.⁵³

⁵⁰ Ao deslocar o centro decisório para as comunidades locais, incrementa-se sua autonomia pela possibilidade de decidirem seus próprios destinos. Inclusive, a ideia de autonomia dos indivíduos permitiria criar um paralelo com a autonomia política dos entes federados. E, ao conferir maior autonomia política às comunidades locais também poderia implicar na maior autonomia (pública) dos indivíduos pelas decisões serem tomadas em dimensão geográfica mais limitada, em tese mais próximas dos cidadãos.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185-186; JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 212.

⁵² Mesmo neste caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade da União instituir isenções heterônomas apenas quando esta atuar na condição de sujeito de direito internacional, representando a Federação como um todo, mas não como sujeito de direito interno, quando se encontra em condições de igualdade para com os demais entes da federação, v. STF (Tribunal Pleno), ADI 1.600, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 26/11/2001.

⁵³ Exemplo disso é a possibilidade de intervenção nos Estados e Distrito Federal pela União, e a intervenção nos Municípios pelos Estados, prevista nos arts. 34 e 35, a suspensão de repasses de verbas federais ou estaduais aos entes que não observarem os limites de despesa com pessoal, no art. 169, § 2º, e a retenção de entrega de recursos de fundos de participação em certas condições, constante no art. 160, par. único. Neste sentido, cf. TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 85: “A necessidade de previsão constitucional para a União intervir significa a igualdade entre ela e os Estados. Fossem desiguais, existisse a subordinação dos Estados à União, não se cogitaria de autorização constitucional expressa. Essa previsão constitucional é demonstração inequívoca da autonomia estadual.”

⁴⁶ CYRINO, André; SUTTER, Pedro. O princípio da subsidiariedade, a lei de liberdade econômica e a constituição. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). *Lei de liberdade econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 101-118.

⁴⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 93-94.

⁴⁸ SCHAMBECK, Herbert. Posibilidades y límites del federalismo. *Documentación Administrativa*, España, n. 193, ene./mar. 1982, p. 82: “Atendiendo a la distribución de competencias, el Estado federal se caracteriza, y no sin razón, como expresión del principio de subsidiariedad.”

⁴⁹ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 213.

Diferente de outros países, cujas constituições possuem disposição expressa conferindo primazia ao âmbito federal,⁵⁴ não é possível concluir, pela análise dos dispositivos sobre a repartição de competências, a preponderância de algum dos entes,⁵⁵ senão antes uma ideia de coordenação. Neste sentido, quando o art. 24, § 1º, atribui à União a competência para editar normas gerais, sendo este o seu limite, pois não a confere a prerrogativa de sobrepor à competência dos demais entes para a edição de normas específicas.

Como consequência, ele não seria visto como um princípio jurídico, considerando a noção lançada por Robert Alexy, que influenciou a doutrina nacional.⁵⁶ Para o autor, os princípios são mandamentos de otimização, por expressarem um dever *prima facie* cujo conteúdo definitivo apenas seria fixado após sopesamento com princípios colidentes e de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.⁵⁷ Ou seja, a subsidiariedade não teria uma coercitividade típica de um princípio jurídico.⁵⁸

A despeito de outras críticas,⁵⁹ pode-se concluir que a subsidiariedade não é um princípio constitucional que incide sobre a federação brasileira.⁶⁰ Endossamos aqui a posição de Sérgio Ferrari, para o qual não há densidade jurídica na ideia de subsidiariedade, o que não impede seu reconhecimento como um princípio moral ou político, embora não tenha sido a escolha do constituinte brasileiro.⁶¹

O que sobra para o intérprete com a falência da teoria da predominância do interesse e com o mito do (pseudo)princípio da subsidiariedade? Aparentemente, não muito, mas é possível visualizar um importante componente por trás da ideia de subsidiariedade, que pode auxiliar a análise das competências federativas. Trata-se,

⁵⁹ As críticas empregadas à ideia de descentralização também se aplicam aqui, como a inexistência de causalidade entre fragmentação e democracia, não sendo possível concluir que a preferência aos municípios asseguraria maior participação pela maior proximidade com o povo. O mesmo se diz quanto ao problema de lógica difusa envolvendo a concepção.

⁶⁰ Neste sentido, 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, p. 238-241.

⁶¹ FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 60: “Neste passo é que se entende, ainda com as vênias devidas, que, ressalvado o âmbito do Direito Comunitário europeu, a subsidiariedade não se afirmou ainda com densidade suficiente para ser categorizada como princípio jurídico. Eventual opção em seu favor é legítima - e, segundo alguns, mesmo recomendável - mas representa sempre uma escolha do constituinte ou do legislador. Nada impede, e aqui vai uma estrita opinião pessoal, que o constituinte opte pela centralização como forma de organização política, se lhe parecer que é a mais adequada. E, mais ainda, sob a atual Constituição brasileira, nada impede a centralização como opção legítima do legislador, respeitado o limite mínimo de existência do Estado federal (art. 60, § 4º, I, da Constituição brasileira de 1988), dado que a subsidiariedade não figura como princípio constitucional. Ainda que se afirme que a aplicação do princípio da subsidiariedade levaria ao respeito a outros princípios, como o da dignidade da pessoa humana e o do pluralismo político, não se pode descartar a priori a posição contrária: de que o respeito a estes princípios pode ser obtido pela centralização. A questão, assim colocada, pode acabar resumindo-se a um problema ideológico.”

⁵⁴ Cf. 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, p. 234-238.

⁵⁵ Em sentido contrário, cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 320, ao afirmar que as atribuições estabelecidas na Constituição de 1988 em matéria legislativa à União demonstra “clara supremacia em relação aos demais entes federativos, em virtude da relevância das disposições”. Entendemos, porém, que eventual concentração de poderes à União não implica necessariamente em supremacia.

⁵⁶ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy*. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, out. 2017, p. 13-14.

⁵⁷ Síntese extraída de SILVA, Virgílio Afonso da. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, jan./jun. 2003, p. 609-616.

⁵⁸ FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 59-60.

sobretudo, do argumento econômico, que justifica a opção pela federação.

5. Competência, ponderação e eficiência federativa

Nos estudos em torno da subsidiariedade, os textos parecem partir de premissas corretas e alcançariam uma conclusão equivocada. Ao discorrerem sobre o conhecido princípio da subsidiariedade, Silvia Faber Torres pontua que “nada deveria ser exercido por um poder de nível superior, desde *que pudesse ser cumprido* pelo inferior”;⁶² Francisco Segado fala que “nenhuma tarefa *que possa ser levada a cabo* por um poder inferior deve corresponder ao poder superior”;⁶³ para Augusto Zimmermann, “a intervenção da União somente é justificada quando a instância inferior *não se encontra em condições suficientes à sua justa realização* de um determinado interesse comum”;⁶⁴ de acordo com Celso Ribeiro Bastos, “nada será exercido por um poder mais amplo *quando puder ser exercido* pelo poder local”;⁶⁵ Enrique Ricardo Lewandowski afirma que “o ente político maior deve deixar para o menor tudo aquilo *que este puder fazer* com maior economia e eficácia”;⁶⁶ e, segundo José Carlos Vasconcellos dos Reis, “tudo aquilo que uma comunidade menor *puder fazer* por si mesma

não deve ser absorvido por uma comunidade maior”.⁶⁷

Mas o que consiste em “poder ser exercido” pelo município? Como verificar se ele pode? E pode em relação a quê? Isso deve considerar todos os municípios ou alguns específicos com maior capacidade econômica? Não é possível dar resposta abstrata a este problema concreto, o que inviabiliza concluir pela preferência ao município. Pela lógica empregada à subsidiariedade, é possível concluir que *a preferência na atribuição de competência deve ser dada ao ente federado cuja decisão tenha maior eficácia ao objetivo que se pretende, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e mediante ponderação dos valores envolvidos*. Essa é uma conclusão que dependeria de outros fatores, como estudos de diversas áreas para tentar estabelecer os entes com maior aptidão para determinadas tarefas e a consequente repartição de receitas para que os mesmos possam cumprir tais funções, além do critério que norteará a eficiência pretendida.

Exemplo disso pode ser visto na discussão envolvendo leis municipais que disponham sobre a instalação de estações rádio base (ERBs), que, embora atraiam a competência legislativa da União sobre telecomunicações, seria possível reconhecer a competência municipal em circunstâncias excepcionais. Neste sentido, quando evidenciado um conflito com valores históricos e paisagísticos, por exemplo, seria possível afirmar que “se a legislação municipal estiver, assim, adstrita aos aspectos tuteláveis pela atividade legislativa local, de acordo com suas peculiaridades, haverá o legítimo exercício de

⁶² TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 211.

⁶³ SEGADO, Francisco Fernandez. El federalismo en america latina. *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, n. 41, Universidad Nacional Autónoma de México / Corte de Constitucionalidad de República de Guatemala, 2003, p. 84

⁶⁴ ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 212.

⁶⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 155.

⁶⁶ LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Justiça & Cidadania*, edição 157, 20 set. 2013.

⁶⁷ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. Apontamentos sobre a federação brasileira. In: _____; BONIZZATO, Luigi. *Direito constitucional: questões clássicas, contemporâneas e críticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 161.

competência legiferante”.⁶⁸ Em uma reeleitura dessa conclusão, a opção da lei federal ou municipal se valeu da ponderação entre valores envolvidos, considerando que a lei municipal seria a que melhor promoveria o valor com maior peso no conflito.

Essa também parece ter sido a premissa utilizada pelo Ministro Edson Fachin em suas decisões envolvendo conflito de competências federativas.⁶⁹ Em seus votos, demonstrando uma preocupação com a excessiva centralização de poderes na federação brasileira e a insuficiência da teoria da repartição de poderes, adota-se uma visão procedimental sobre a subsidiariedade. Pela sua proposta, “ao invés de se investigar qual a competência o ente detém, perquire-se como deve exercê-la”, exigindo que o ente demonstre as razões que levem à maior proteção do interesse envolvido. Dito de outro modo, “apenas se a legislação federal viesse a dispor, de forma clara e cogente – indicando as razões pelas quais é o ente federal o mais bem preparado para fazê-lo –, que os demais entes não poderiam legislar sobre o mesmo assunto. Em sua decisão, inclusive, é feita referência a necessidade de indicadores qualitativos e quantitativos para

a demonstração dessas razões. Apesar de críticas a outros argumentos nessas decisões,⁷⁰ sua premissa envolve a eficiência na atuação estatal e a ponderação de interesses.

5.1. A eficiência da descoordenação federal

Há argumentos empíricos que refutam a ideia tradicional de que a União é a mais capacitada para tomar decisões ou que estas teriam maior eficiência por sua abrangência por todo o território nacional. No contexto de enfrentamento à pandemia da COVID-19 no Brasil, certas determinações do Governo Federal apenas seriam mais eficientes se “mais mortes de pessoas” fosse um objetivo moral/válido para mensurá-las, já que as medidas de isolamento social foram expressamente desconsideradas e, algumas vezes, ridicularizadas.⁷¹

⁶⁸ FERRARI, Sérgio; FAJNGOLD, Leonardo. Leis locais e antenas de telefonia celular (ERB): um caso de conflito federativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, jan./mar. 2015, p. 179. Sobre o desenvolvimento do tema, cf. FERRARI, Sérgio. Spin-off ou nova temporada? Comentários sobre as antenas de celular e a decisão do STF na ADI 3110. *Migalhas de Peso*, 12 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328821/spin-off-ou-nova-temporada-comentarios-sobre-as-antenas-de-celular-e-a-decisao-do-stf-na-adi-3110>>.

⁶⁹ Cf. STF (Tribunal Pleno), ADI 5.356, Rel. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, j. 03/08/2016; STF (Tribunal Pleno), RE 194704, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017; STF (Tribunal Pleno), ADPF 109, Rel. Min. Edson Fachin, j. 30/11/2017; STF (Tribunal Pleno), ADI 3.110, Rel. Min. Edson Fachin, j. 04/05/2020; STF (Tribunal Pleno), ADI 2.902, Rel. Min. Edson Fachin, j. 04/05/2020.

⁷⁰ Principalmente pela tentativa de adoção do *clear statement rule*, uma regra típica do modelo de federação dos Estados Unidos, que possui particularidades próprias e uma cláusula de supremacia do direito federal (*supremacy clause*), o que acaba por criar uma preferência à União nesses conflitos, como sendo o ente que deve demonstrar as razões para afastar as leis estaduais ou municipais. Neste sentido, considera possível que a lei federal possa afastar a competência estadual ou municipal para determinada questão, embora isto somente seja possível pela Constituição, como se vê no seguinte trecho de seu voto: “Assim, apenas quando a lei federal claramente indicar que os efeitos de sua aplicação devem ser suportados pelos entes menores (clear statement rule), seria possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente maior” (STF (Tribunal Pleno), ADI 3.356, Rel. Eros Grau, Rel. p/ Acórdão: Min. Dias Toffoli, j. 30/11/2017). Além disso, haveria um problema na delimitação de normas gerais, conduzindo à ampliação do poder da União para criar normas específicas a serem observadas pelos Estados e Municípios – o que contradiz sua proposta de evitar a centralização de poderes na União. Essas críticas, porém, não são suficientes para afastar a construção trazida pelo Min. Edson Fachin, e sim para debate-las e aprimorá-las.

⁷¹ UOL. *Bolsonaro diz que ‘fique em casa’ é para os ‘fracos’: ‘Conversinha mole’*, 18 set. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/18/bolsonaro-diz-que-fique-em-casae-para-os-fracos-conversinha-mole.htm>>.

Se a ideia da predominância do interesse fosse levada a cabo, e que o interesse nacional justificasse o acatamento das decisões da União pelos demais entes, o país poderia ter mais de 1 milhão de mortos, de acordo com um estudo da Imperial College London,⁷² dentre outros estudos que revelam que as medidas de isolamento teriam poupado vidas.⁷³

O contexto brasileiro contribuiu para a ascensão dos Estados e Municípios. A postura anticientífica e patrimonialista do Chefe do Executivo federal criou um ambiente propício de desconfiança generalizada na capacidade institucional do aparato administrativo da União. Em diversas manifestações públicas, o Presidente da República minimizou a pandemia da COVID-19 (causado pelo coronavírus SARS-CoV-2),⁷⁴ buscou o relaxamento das medidas de isolamento social – inclusive fazendo apelo à Corte Suprema⁷⁵ e culpando Governadores –, e defendeu o uso de fármacos sem

comprovação científica de sua eficácia contra a doença (a famosa “cloroquina”).⁷⁶ Em paralelo, houve uma sequência de exoneração de Ministros da Saúde em plena pandemia⁷⁷ – que foi diretamente causado pelo conflito de entendimentos sobre as questões de saúde – e uma falta de transparência deste mesmo órgão em relação ao número de infectados e mortes no país.⁷⁸ Isso sem contar na rivalidade com os poderes Legislativo e Judiciário,⁷⁹ com Governadores de Estados e com a imprensa, na ligação com movimentos antidemocráticos, na utilização de dados falsos, incorretos e *fake news* em pronunciamentos oficiais.

A descoordenação interfederativa, sobretudo causada pela visão dualista do governo federal em contraposição ao ideal cooperativo inaugurado pela Constituição de 1988, apenas acentuou uma tendência de fortalecimento da autonomia dos entes locais,⁸⁰ evidenciando que nem sempre a

⁷² UOL. *Quarentena pode salvar até 1 milhão no Brasil, calcula Imperial College*, 27 mar. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/03/27/quarentena-pode-salvar-ate-1-milhao-no-brasil-calcula-imperial-college.htm>>.

⁷³ UOL. *Estudo: Isolamento social pode ter poupado 118 mil vidas no Brasil em maio*, 24 jul. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/07/24/estudo-isolamento-social-pode-ter-poupado-118-mil-vidas-no-brasil-em-maio.htm>>; ISTOÉ. *Mortes por covid-19 no RJ teriam ultrapassado 19 mil sem isolamento, diz Witzel*, 23 mai. 2020. Disponível em: <<https://istoe.com.br/mortes-por-covid-19-no-rj-teriam-ultrapassado-19-mil-sem-isolamento-diz-witzel/>>; Agência Brasil. *Quarentena impediu 40 mil mortes em São Paulo, estima governo estadual*, 08 mai. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-05/quarentena-impediu-40-mil-mortes-em-sao-paulo-estima-governo-estadual>>.

⁷⁴ BBC Brasil. *Relembra frases de Bolsonaro sobre a covid-19*, 7 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53327880>>.

⁷⁵ Folha de São Paulo. *Bolsonaro aponta ao STF e, de novo, pede o relaxamento de regras de isolamento*, 18 abr. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/bolsonaro-aponta-ao-stf-e-de-novo-pede-o-relaxamento-de-normas-de-isolamento.shtml>>.

⁷⁶ Correio Braziliense. *Bolsonaro agradece à cloroquina pela cura da covid-19*, 30 jul. 2020. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/30/interna_politica,876957/bolsonaro-agra-dece-a-cloroquina-pela-cura-da-covid-19.shtml>.

⁷⁷ Estadão. *Com a saída de Teich, sobe para nove o número de ministros que deixaram o governo Bolsonaro*, 15 mai. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,com-a-saida-de-teich-sobe-para-nove-o-numero-de-ministros-demitidos-por-bolsonaro,70003304151>>.

⁷⁸ A desconfiança com os dados oficiais da União acarretou na criação de uma entidade paralela por veículos de imprensa para a divulgação dos números. Em junho de 2020, foi deferida medida liminar na ADPF 690, pelo Min. Alexandre de Moraes, determinando que o Ministério da Saúde retomasse a divulgação dos dados epidemiológicos sobre a Covid-19.

⁷⁹ Câmara dos Deputados. *Oposição critica marcha ao STF e churrasco de Bolsonaro; presidente cancela festa*, 08 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/660319-oposicao-critica-marcha-ao-stf-e-churrasco-de-bolsonaro-presidente-cancela-festa>>.

⁸⁰ ABRUCIO, Fernando Luiz (et alii.). *Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental*. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 663-677, jul./ago. 2020.

União é a mais capacitada para tomar decisões.⁸¹⁻⁸²

Neste sentido, decisões do Supremo Tribunal Federal sobre conflitos de competência, em um cenário de calamidade pública,⁸³ teriam se baseado na eficácia da atuação estatal e na autonomia decisória dos entes locais, em oposição à potencial exclusividade da União, o que parece confirmar a existência de argumentos econômicos e democráticos na interpretação da federação brasileira. Assim: (i) na ADI 6.341, onde se reconheceu a competência dos entes locais para adotar medidas sanitária no contexto da pandemia, afastando a exclusividade da União, o Min. Gilmar Mendes

⁸¹ Exemplo emblemático dessa incapacidade se deu pelas tentativas da União em obter de aparelhos respiradores – essenciais ao tratamento de pacientes com síndromes respiratórias associadas ao novo coronavírus – por requisições administrativas dirigidas a outros entes da federação.

⁸² O que já vem sendo defendido em críticas às decisões federais, cf. MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Ana e a federação por água abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. *Colunistas, Direito do Estado*, ano 2020, n. 467, ago. 2020. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento>>: “Na verdade, o equívoco em entender que a União sempre decide melhor ficou grosseira e claramente evidente com o desastre humanitário causado pela forma como a União, por seu chefe, vem gerindo a crise da pandemia do COVID-19. Não fosse o STF ter reconhecido o espaço de atuação de estados e municípios e a perda de vidas seria ainda maior. Inútil procurar, em qualquer outro lugar, um melhor lembrete da necessidade e utilidade em preservar a autonomia de estados e municípios.”.

⁸³ De acordo com a doutrina, a administração pública pode adotar condutas contrárias à lei, fundada na ponderação entre valores constitucionais ou em habilitação jurídico-positiva, a exemplo do estado de exceção constitucional (estado de emergência e estado de sítio) e o estado de necessidade administrativa (popularmente chamado de estado de calamidade pública). Porém, ao contrário do que ocorre em Portugal, no Brasil não há normatização mínima para situações excepcionais (uma “segurança na insegurança”), abrindo espaço para a doutrina apontar standards para a atuação estatal e, atualmente, para a experimentação administrativa. Sobre o tema, cf. OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 960-998; BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 144-151.

revelou uma preocupação com a falta de coordenação mínima existente na atuação interfederativa, mas reconhecendo haver “experiências exitosas nos governos estaduais, que inclusive poderiam servir de modelo nacional, mas que encontram resistência por parte do próprio Governo Federal”. Em seu voto, o argumento econômico fica evidente em passagem que dá primazia ao conhecimento técnico-científico, que embasou medidas eficazes para alcançar certos objetivos, quais sejam, o enfrentamento da crise epidemiológica e a proteção da vida dos cidadãos. Neste mesmo julgado, o Min. Edson Fachin afirmou que “as regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente”; (ii) na ADPF 672, o Min. Alexandre de Moraes decidiu na mesma linha, reconhecendo “a extrema necessidade de coordenação na destinação prioritária de recursos e esforços para a saúde pública, no sentido de minimizar seus reflexos nefastos”, e a deferência à medidas tomadas pelos governos estaduais, distrital e municipal “reconhecidamente eficazes para a redução do número de infectados e de óbitos”; e (iii) na ADI 6.343 MC-Ref, o Min. Dias Toffoli defendeu a observância de recomendações técnicas e científicas pelos entes da federação, sendo esta um limite para as medidas restritivas tomadas, já que suas competências não lhe confeririam “carta branca para limitar a circulação de pessoas e mercadorias com base, unicamente, na conveniência e na oportunidade do ato”.

Ao consagrar maior amplitude à atuação de Estados e Municípios, a visão desses entes como “laboratórios da federação” passa a ser

levada a sério, permitindo o desenvolvimento de inovações em âmbito reduzido, sem comprometer o restante do país. O momento parece propício, considerada a virada empírica que vive o Direito Público, que pugna por respostas práticas para problemas jurídicos.⁸⁴ Ao que tudo indica, podemos caminhar para um novo marco na federação brasileira, onde os entes locais terão mais liberdade para decidir questões considerando suas próprias particularidades.

Para tanto, a compatibilização da lógica da eficácia, se valendo do conhecimento empírico e científico, aumentando a objetividade e contendo o arbítrio do gestor público, e a lógica democrática, mediante o aporte da moral e da ponderação no discurso jurídico, parece fornecer um caminho viável para alcançar os fins constitucionais.

6. Conclusão

A teoria da predominância do interesse e a subsidiariedade federativa não se sustentam do ponto de vista jurídico, havendo inúmeras críticas e problemas em sua adoção. Na tentativa de encontrar argumentos racionais para a repartição de competências estabelecida pela Constituição de 1988, se faz necessário encontrar as razões de ser da federação.

Pela análise histórica e da contribuição doutrinária, seria possível falar em três razões associadas à causa da federação brasileira: a democrática, a econômica e a política. Esses argumentos, isolados ou conjuntamente, permitiriam explicar o porquê de determinada competência ser atribuída para um ou outro ente da federação.

⁸⁴ TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público: empirismo, inovação e um roteiro de análise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 24-38.

E, sobretudo, também possibilitariam encontrar distorções, se considerar que determinada atribuição de competência não alcança plenamente determinado fim pretendido pela Constituição.

No presente trabalho, sustentamos que na (re)distribuição e interpretação das competências dos entes federados deve ser dada primazia àquela que confere maior eficácia à atuação estatal, norteados pela ponderação de valores constitucionais e em conflito no caso concreto. Se a eficácia é uma das razões implícitas para a adoção da federação – e, também, para a defesa da subsidiariedade –, a repartição de competência deve levar em conta esse fator para os fins estatais pretendidos.

Sem saber os fins, tanto faz os meios. Em um Estado onde a Terra não é plana, organizado ou não como federação, a promoção da dignidade humana merece ser o seu principal objetivo.⁸⁵

⁸⁵ DERZI, Misabel Abreu Machado. Federalismo, liberdade e direitos fundamentais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, ago. 2018, p. 153: “Somente a implementação da Constituição da República poderá devolver a autonomia de cada um dos Estados membros e de seus Municípios. E a garantia dessa autonomia é, singelamente, a preservação da democracia. Na verdade é nada mais do que o respeito à liberdade daquele povo do território daquele Ente estadual. E, por detrás de um Estado, há direitos individuais e sociais fundamentais a serem protegidos. (...) Ocorre ainda que não há como garantir a efetividade dos direitos fundamentais, se a União pode fazer bloqueios insequentemente nas contas dos Estados, expropria-los sumariamente como aconteceu recentemente com o Estado do Rio de Janeiro. Os cidadãos desse Estado têm direitos individuais fundamentais a proteger. Eles têm direito à segurança pública, à vida, à saúde, à educação e de qualidade. E como diriam os alemães, a quem podemos acompanhar, os cidadãos do Estado do Rio de Janeiro têm direitos iguais a um padrão de vida média semelhante, ao dos demais Estados, mesmo de São Paulo, à saúde, educação, segurança. Razão pela qual sempre considerei inconstitucionais as sanções institucionais, impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Quando algum Ente político se desalinha das metas e limites nela fixados, ela proíbe a transferência de recursos federais para aquele Estado. Configura mesmo crime praticado pelo administrador estadual receber tais recursos. Tal sanção é política e institucional e pune os cidadãos daquele Estado faltoso, o que é inaceitável.”

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ABRUCIO, Fernando Luiz (et alii.). Combate à COVID-19 sob o federalismo bolsonarista: um caso de descoordenação intergovernamental. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 54, n. 4, p. 663-677, jul./ago. 2020.
- AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2013.
- ANDERSON, George. *Federalismo: uma introdução*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da subsidiariedade: potencialidades e limites. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 45-55, mar./abr. 2017.
- ARRETCHE, Marta. Mitos da descentralização: mais democracia e eficiência nas políticas públicas? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 11, n. 31, p. 44-66, 1996.
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. Porto Alegre: Globo, 1978.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Acesso à informação: os princípios da Lei nº 12.527/2011. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 3, 2015.
- _____. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 63, 2008.
- _____. Grandes transformações do direito contemporâneo e o pensamento de Robert Alexy. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 17, n. 200, out. 2017.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BURGUESS, Michael. Federalism and federation: a reappraisal. In: *Comparative federalism and federation: competing traditions and future directions*. London: Harvester Wheatsheaf, 1993.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. v. 1. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 27. ed. 2014.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Estado brasileiro - algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da Constituição de 1988. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- CYRINO, André; SUTTER, Pedro. O princípio da subsidiariedade, a lei de liberdade econômica e a constituição. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (org.). *Lei de liberdade*

- econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. Federalismo, liberdade e direitos fundamentais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, ago. 2018.
- D'ATENA, Antonio. Subsidiariedade vertical e subsidiariedade horizontal na experiência constitucional italiana. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 4, n. 14, abr./jun. 2010.
- EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. *Tratado de derecho constitucional*. v. 1 (arts. 1 a 14). 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- FERRARI, Sérgio. *Constituição estadual e federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- _____. Local government in Brazil and Switzerland: a comparative study on merger and inter-municipal cooperation. *IFF Working Paper Online*, n. 5, Freiburg, mar. 2015.
- _____. Spin-off ou nova temporada? Comentários sobre as antenas de celular e a decisão do STF na ADI 3110. *Migalhas de Peso*, 12 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/328821/spin-off-ou-nova-temporada-comentarios-sobre-as-antenas-de-celular-e-a-decisao-do-stf-na-adi-3110>>.
- _____; FAJNGOLD, Leonardo. Leis locais e antenas de telefonia celular (ERB): um caso de conflito federativo. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, jan./mar. 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. O estado federal brasileiro na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 179/180, jan./jun. 1990.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 207, p. 1-19, jan./mar. 1997.
- GABARDO, Emerson. *O jardim e a praça para além do bem e do mal: uma antítese ao critério da subsidiariedade como determinante dos fins do estado social*. 396 fls. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.
- GOMIDE, Fernando A.C.; GUDWIN, Ricardo R.; TANSCHKEIT, Ricardo. Conceitos fundamentais da teoria de conjuntos fuzzy, lógica fuzzy e aplicações. *Proc. 6th IFSA Congress-Tutorials*, 1995.
- HORBACH, Carlos Bastide. Forma de Estado: federalismo e repartição de competências. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 3, n. 2, jul./dez. 2013.
- HORTA, Raul Machado. Normas centrais da Constituição Federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 135, jul./set. 1997.
- _____. Tendências atuais da federação brasileira. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 9, jan./jun. 1996

- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- KELSEN, Hans. Formas da organização estatal: centralização e descentralização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 4, abr. 1946.
- _____. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KING, Preston. *Federalism and federation*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1982.
- LEAL, Victor Nunes. Leis federais e leis estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, abr. 1945.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Considerações sobre o federalismo brasileiro. *Justiça & Cidadania*, edição 157, 20 set. 2013.
- MARRAFON, Marco Aurélio. Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Direito constitucional brasileiro*. v. 2: organização do estado e dos poderes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. A Ana e a federação por água abaixo: notas sobre o novo marco legal do saneamento. *Seção Colunistas, Direito do Estado*, ano 2020, n. 467, ago. 2020. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rodrigo-tostes-mascarenhas/a-ana-e-a-federacao-por-agua-abaixo-notas-sobre-o-novo-marco-legal-do-saneamento>>.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- 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.
- _____. Federalismo, flexibilidade e assimetria no direito brasileiro: agrupamentos municipais, convênios de cooperação e consórcios públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 275, mai./ago. 2017.
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Como o STF chancelou o monopólio estatal dos Correios. *Mises Brasil*, 21 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/article/1340/como-o-stf-chancelou-o-monopolio-estatal-dos-correios>>.
- REIS, José Carlos Vasconcellos. O princípio da simetria: verdade ou mito? *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 15, n. 167, jan. 2015.
- _____. Apontamentos sobre a federação brasileira. In: _____; BONIZZATO, Luigi. *Direito constitucional: questões clássicas, contemporâneas e críticas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

- RIGNEL, Diego Gabriel de Souza; CHENCI, Gabriel Pupin; LUCAS, Carlos Alberto. Uma introdução à lógica fuzzy. *Revista Eletrônica de Sistemas de Informação e Gestão Tecnológica*, Uni-FACEF, Franca, SP, v. 1, n. 1, 2011.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. O federalismo combina com absolutismo? A resposta dos Emirados Árabes Unidos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 11, jul./set. 2008.
- SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- _____; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SCHAMBECK, Herbert. Posibilidades y límites del federalismo. *Documentación Administrativa*, España, n. 193, ene./mar. 1982.
- SCHAPIRO, Robert A. *Polyphonic federalism: toward the protection of fundamental rights*. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.
- SEGADO, Francisco Fernandez. El federalismo en america latina. *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, n. 41, Universidad Nacional Autónoma de México / Corte de Constitucionalidad de República de Guatemala, 2003.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 1, jan./jun. 2003.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SOUZA, Celina. Federalismo e descentralização na Constituição de 1988: processo decisório, conflitos e alianças. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 3, p. 513-560, 2001.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TOSTA, André Ribeiro. *Instituições e o direito público: empirismo, inovação e um roteiro de análise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

WHEARE, K. C. *Federal government*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 1964.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.