

FEDERALISMO INCOMPLETO
DESCENTRALIZAÇÃO E INDEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIAS

Monica Herman S. Caggiano*

1. Explorando o federalismo. O que é o federalismo?

Daniel J. Elazar, um dos maiores expoentes da doutrina federalista, é que anota, num de seus inúmeros e poderosos estudos sobre o tema, o fato de que as maiores e mais destacadas “invenções” identificadas no âmbito das teorias do moderno governo democrático são “o federalismo, a proteção dos direitos individuais e a idéia de sociedade civil” – no seu dizer: “the three pillars of modern democracy”. E, na realidade, os últimos sessenta anos vêm demonstrando a ocorrência de um verdadeiro fenômeno revolucionário no especial espectro das estruturas institucionais adotadas pelos Estados, “the federalist revolution”, nas palavras do mestre Elazar.¹

De fato, desde o Segundo Conflito Bélico Mundial, sob coloridos de nuances diferenciadas, mais de dezena de nações, a exemplo da Alemanha, Índia e Nigéria, acolheram o modelo federativo. Outras, a exemplo de Colômbia e Dinamarca, edificaram um “quase federalismo”, evoluindo da união para a federalização e um estágio de associação de Estados, e há, ainda, o todo peculiar exemplo da Comunidade Européia, transformando o mundo num espectador da construção da fórmula de reorganização de Estados numa banda comandada por um arranjo supranacional de perfil confederativo. Enfim, o sistema federativo ou soluções políticas de índole federativa vêm conquistando adeptos em todas as partes, afigurando-se, na atualidade, uma das mais requisitadas opções na definição do modelo de organização estatal desejado, exatamente na expectativa de que, operando por via de um poder governamental difuso, o federalismo viria autorizar as

.....
* Coordenadora do Programa de Pós-Graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Assessora para Relações Internacionais da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora Associada do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ ELAZAR, Daniel J. Federalism, diversity, and rights. In: *Federalism and rights*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1996.

FEDERALISMO INCOMPLETO

comunidades periféricas (*as unidades componentes de um sistema federativo*) a determinar, em razoável extensão, os seus objetivos e os meios pelos quais esses serão perseguidos e atingidos.²

Em verdade o federalismo, criação dos “founders of the United States”, tem a sua receita vocacionada a acomodar diversidades. Daí o seu sucesso e expansão, posicionando o analista, hoje, diante de um farto material bibliográfico repleto de esboços e estudos sobre o que o federalismo é ou o que deveria ser, girando em torno de teorias e teses sobre a sua problemática central – “the shared Rule e the self Rule”, e, porque não registrar, sobre as eventuais falhas e sua alegada inaptidão para conviver com a democracia majoritária.

Nesse sentido, emerge o federalismo como uma verdadeira paixão. E a literatura especializada focaliza tanto posicionamentos favoráveis ao sistema como, também, hostis.³ Há os que entendem o federalismo como um instrumento de incremento da política governamental e outros o encaram como elemento inibidor do progresso; alguns o vêem como mecanismo de garantia da liberdade e outros, ao invés, lhe atribuem o papel de respaldo ao racismo; dependendo da ótica, emerge o federalismo como incentivo à democracia participativa ou como suporte à dominação de elites locais; como sistema a robustecer a tutela de direitos fundamentais ou a ensejar a ditadura e a instalação de regimes totalitários ou autoritários; um instrumento a apoiar uma política de responsabilidade fiscal ou, ao contrário, a gerar pressão sobre os contribuintes, incrementando a expansão governamental.⁴

O federalismo, de fato, vem se destacando como um sistema apto a acomodar reclamos esparsos de grupos minoritários convivendo no âmbito de uma mesma comunidade estatal. A sua especificidade consiste em autorizar as unidades federativas a vivenciarem a diversidade na unidade. Atuando por intermédio de um mecanismo que autoriza a partilha do poder entre a autoridade central e os centros de autoridade periféricos – o denominado “shared-rule e self-rule”, o sistema tem logrado responder de forma mais ágil e consentânea às demandas decorrentes de culturas, etnias, religiões e línguas diferentes.

E mais, capitaneado pelo princípio da autonomia⁵ dos Estados-Membros, expresso nas regras de autogoverno,⁶ autolegislação, auto-organização e auto-administração, o modelo federativo oferece um reforço ao sistema de tutela de direitos,

² KATZ, Ellis, G, TARR, Alan. Introduction. In: *Federalism and rights*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1996.

³ Nessa linha as observações de Michael P. Zuckert. Toward a theory of corrective federalism. In: *Federalism and rights*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1996.

⁴ Ver nesse sentido Ellis Katz, op. cit., onde é frisado que, por longo período, dominou a idéia de que o “federalismo era inimigo dos direitos e de que a invocação do federalismo se consubstanciava em tênues e veladas tentativas de manter o estado de segregação e de outras práticas sociais moralmente suspeitas”.

⁵ Para Raul Machado Horta, autonomia do Estado-Membro consiste na “capacidade de auto-organização do Estado-Membro, no domínio da atividade constituinte, e de criação do ordenamento jurídico ordinário, mediante o exercício da atividade legislativa do Estado.” HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

⁶ É relevante assinalar que uma das facetas de maior notoriedade do sistema federativo reside no fato de que o Poder Central não pode designar os governantes das comunidades periféricas e nem destituí-los. Daí a autonomia das entidades que compõem o todo de oferecer o seu próprio tratamento a determinadas questões.

contemplando-o com uma dupla proteção.⁷ Isto porque, nesse ambiente, o sistema de proteção de direitos – em face do governo federal, comandado a partir de decisões da maioria nacional, convive com técnicas e sistemas mantidos por força de maiorias subnacionais, resguardando direitos em face dos governos locais.

Demais disso, nessa missão garantidora de proteção dual em relação ao espectro dos direitos fundamentais e reflexo direto da autonomia com que o componente federal é contemplado, o que lhe assegura uma esfera de atuação independente, sem a ingerência do Poder Central, emerge o federalismo como um verdadeiro “laboratório para a democracia”,⁸ porquanto a partir das bases regionais, que de melhor forma captam as expectativas e perspectivas da comunidade, e do embate com a visão menos flexível do Poder Central é que culmina por se aperfeiçoar a prática da democracia.

Pilar de sustentação da democracia moderna, entendido como seu instrumento de acomodação de interesses e expectativas diferenciadas, no círculo de uma mesma comunidade estatal, ou, ainda, como laboratório de aperfeiçoamento – qualquer que seja o adjetivo, a qualidade, o papel que lhe é atribuído ou a faceta que se esteja examinando, fato é que os elementos estruturais da receita federalista, idealizada e articulada em primeira mão pelos “founders” dos Estados Unidos, não sofreram significativas reformulações nas suas bases, consubstanciando-se, essencialmente, em:

- um poder político partilhado entre a comunidade jurídica central e as comunidades periféricas;
- um quadro de repartição de competências estabelecido no bojo da Constituição – o documento que funda e fixa as bases jurídicas da Federação;
- a soberania localizada no âmbito da comunidade jurídica total, mantida e assegurada em relação aos entes federados (*as comunidades parciais*) a autonomia.

2. O federalismo e sua operacionalidade

O federalismo, no entanto, configura uma teoria que opera por via de instituições. O seu ponto nevrálgico reside na partilha do poder entre diferentes instituições governamentais, em diferentes níveis ou esferas de governo. Resulta sua idéia central do entendimento de que essa distribuição partilhada de competências políticas melhor atenderá às demandas sociais, viabilizando maiores benefícios às comunidades. O núcleo da questão implica indicação do preciso conteúdo do quadro de atribuições cometidas a essas instituições. O que elas podem ou devem realizar.

⁷ Ver nesse sentido Ellis Katz, op. cit. p. xi.

⁸ A expressão “laboratories of democracy” é detectada na hoje célebre frase do Juiz Brandeis, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso *New State Ice Co X Liebmann*, em 1932 (Brandeis J. dissentign, 285 US 262, 311).

FEDERALISMO INCOMPLETO

Ingressa-se, a esse passo, num dos mais delicados segmentos do panorama federativo, porquanto o implemento do processo federativo encontra-se na dependência direta da repartição do poder entre as instituições políticas. Nesse sentido já se manifestou Karl Loewenstein,⁹ registrando que a partilha de competências entre os entes federados traduz “the key to the intergovernmental power structure”. É que, nesse território pode-se identificar a natureza do relacionamento estabelecido entre a autoridade federal e os Estados-membros, bem como o grau de autonomia destes e os conseqüentes limites de ingerência do Poder central.

A extrema sensibilidade dessa esfera é registrada por intermédio da intensa produção doutrinária e jurisprudencial a cuidar do tema e a buscar soluções inovadoras que autorizassem a adoção de fórmulas dotadas de maior plasticidade. Para tanto, muito concorreu a política do New Deal que, no panorama federativo estadunidense, ocasionou um repensar das bases federativas, envolvendo uma interveniência do Poder Central, principalmente na condução da economia, ingerência que não fora prevista pelos “founders” construtores da figura do Estado Federal.

Exsurgem, daí, as novas concepções do federalismo: a formulação cooperativa, uma receita que, na lição de José Alfredo de Oliveira Baracho, foi fortalecida sob a política do New Deal norte-americana,¹⁰ atingindo o apogeu nos anos 50 quando se verificou

“maior papel federal nos campos da política econômica e da manutenção de renda, com a expansão dos programas de ajuda federal a Estados e localidades, desenvolvendo-se um sistema intergovernamental.”

e, mais recentemente, exacerbando a presença do Poder Central, o federalismo de integração.¹¹

Inova-se na elaboração de desenhos a alojar sofisticados sistemas de partilha de competências. Deflagra-se um processo de combinação de competências enumeradas, remanescentes e concorrentes, lançando-se a verticalização. Esta, no magistério de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,¹² transforma-se numa verdadeira tendência, atuando pela distribuição de uma mesma competência a diferentes níveis governamentais (*à União a determinação de diretrizes e bases ou a fixação de normas gerais, aos Estados-membros o seu desdobramento e complementação*). E, ainda, nessa perspectiva a alusão de Raul Machado Horta¹³ às engenhosas soluções do modelo austríaco de 1920 (*uma fórmula de comunicação entre a legislação da União e a execução dos Estados-membros*) ou, ainda, ao padrão germânico que

⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

¹⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos rumos do federalismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 56, jan. 1983.

¹¹ Nas palavras do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o federalismo é rotulado como cooperativo numa expectativa de vir a assegurar “a coordenação entre as duas esferas governamentais (Poder Central x Poderes periféricos), sob a evidente batuta da União”. E mais, acrescenta o ilustre jurista “Hoje fala-se até num federalismo de integração, visto como sujeição da esfera estadual à da União (federal). Federalismo esse que acentuará os traços do cooperativo mas que o resultará, antes, num Estado unitário constitucionalmente descentralizado do que num verdadeiro Estado federal”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 53.

¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹³ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

abre um largo espaço ao domínio da competência concorrente, privilegiando, no entanto, a União cujas normas devem prevalecer por força do disposto no art. 31 da respectiva Lei Fundamental.

Ainda, nesse escaninho, o tema das assimetrias a remodelar o perfil operacional do federalismo. E, conquanto, afirme Ellis Katz que: “All federal systems are to some extent asymmetrical”,¹⁴ a verdade é que, hoje, o padrão assimétrico vem avançando, sendo explorado como um instrumento de solução de conflitos interestaduais, próprio das sociedades fragmentadas – um mecanismo apto a acomodar, no moderno constitucionalismo, diferentes e diferenciadas demandas. Nessa linha, explicita Thomas Fleiner,¹⁵ a solução decorrente da aplicação das assimetrias é adotada em relação à minoria de língua germânica na Bélgica, na Suíça, no que concerne aos que falam “romontsch”, no Canadá, em relação a peculiar situação de Quebec, e nos Estados Unidos no tocante aos nativos.

Por oportuno, vale lembrar a larga utilização do jogo das assimetrias no federalismo espanhol – se é que pode assim ser denominado o estado autonômico ou regional instalado no Reino da Espanha. A esse respeito pondera Dircêo Torrecillas Ramos, num dos raros trabalhos dedicados à matéria:

“a natureza imperfeita do federalismo espanhol é baseada nos seus elementos caracterizadores,o modelo de ‘Múltipla concorrência etnoterritorial’ ...que relaciona mobilização subestatal com relacionamento competitivo entre regiões e nacionalidades espanholas na perseguição de poder político e econômico, tanto quanto da legitimação de seus desenvolvimentos institucionais.”

E, ainda, do estudo promovido por este autor, o registro quanto à utilização da técnica assimétrica na lapidação do federalismo insculpido na Constituição brasileira de 1988. Nesta, identifica o analista relevantes pontos de assimetria nos arts. 23 (*competências comuns*), 43 (*instalação de regiões de desenvolvimento*), 151 (*vedações tributárias*) e 155 (*o ICMS – imposto estadual*).¹⁶

A assimetria, em verdade, traduz e viabiliza uma determinada cooperação entre as unidades federadas, um processo de redução de desigualdades e, em última análise, busca atingir o desenvolvimento equilibrado, inclusive por intermédio de políticas de juros favorecidos, isenções e reduções temporárias de tributos federais. Da aplicação das assimetrias, contudo, podem, também, decorrer crises entre as mesmas unidades federadas, como a denominada “guerra fiscal”, entre nós, a que o cidadão espectador ainda está assistindo – e não de um lugar privilegiado.

Pois bem, o quadro de demandas do mundo contemporâneo, sob o impacto da alta tecnologia a comandar os meios de comunicação e do processo de acelerada globalização, mudou, exigindo uma reorientação no tocante à atuação das ins-

¹⁴ *Asymmetrical Aspects of American Federalism*, palestra proferida no âmbito do 6º Encontro Nacional de Direito Constitucional. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 18-20 de setembro de 1997.

¹⁵ Conferência proferida no âmbito do 6º Encontro Nacional de Direito Constitucional. São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 18-20 de setembro de 1997.

¹⁶ RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O federalismo assimétrico*. São Paulo: Editora Piêlade, 1998.

tituições, uma atenção mais depurada em relação à necessidade de conformização dos velhos modelos às exigências das comunidades sociais do século XXI.

E o sistema federativo não escapa a esse novo desafio; poder-se-ia afirmar até que o enfrenta com maior vigor, porquanto, como acima remarcado, apresenta-se esse modelo como de estrutura flexível, apto a se acomodar a situações novas; pronto a ajustes decorrentes de filosofias, perspectivas, exigências de estabilidade, equilíbrio e de desenvolvimento social.

O Federalismo, visto sob essa particular perspectiva se transforma em verdadeira cultura.

3. A cultura do federalismo

Discorrer sobre a cultura do federalismo importa em assinalar a importância para o tema da forma pela qual esse modelo é compreendido e aplicado. Quaisquer que sejam os limites impostos, independentemente da fórmula adotada para a partilha das competências ou distribuição do poder, a receita de sucesso para o federalismo está na dependência direta do costume e das tradições, das idéias enraizadas na comunidade social, de suas perspectivas, da experiência e das práticas adotadas pelos povos envolvidos no respectivo processo.

No panorama norte-americano, onde se aloja a matriz do sistema federativo, essa cultura foi sendo paulatinamente edificada e consolidada por intermédio de determinados padrões que permeiam toda a doutrina do federalismo, ainda que, em algumas hipóteses, sem uma superfície de sustentação legal ou constitucional. Nesse diapasão, o sentimento perene da prevalência do direito estadual, o qual somente poderia vir a ser deslocado – para fazer prevalecer a regra federal – em hipóteses extraordinárias e excepcionais.

Nessa perspectiva, a lição de Alexander Hamilton (*The Federalist*, 28) que, aproximando o federalismo engendrado do modelo do “check and balances”, operando numa linha verticalizada, assinalava:

“O poder apresentando-se quase sempre como o rival do poder, o governo central estará de prontidão para promover o controle de eventual usurpação do (poder do) governo estadual e este terá a mesma disposição em relação ao governo central.”

Concebe, pois, o sistema operando por intermédio de “controles recíprocos” e num jogo de rivalidade entre instituições, exercício esse próprio ao fenômeno oposição que, afinal, traduz, a seu turno, um mecanismo de limitação e de controle do poder político.

Ainda, reflexo dessa cultura federalista, a presença expressiva no seio das altas personalidades do governo federal de profissionais com experiência em nível estadual. E mais, o incentivo à ação dos *lobbies* intergovernamentais – verdadeiras ONGs – organizações não-governamentais, a exemplo do Council of State Governments, a National Governor's Association, a National League of Cities, a US

Conference of Mayors, enfim um elenco considerável, sendo conhecido o grupo das mais influentes como “The Big Seven” – todas aparelhadas e qualificadas para assegurar a canalização das expectativas regionais junto ao polo decisional central.¹⁷

Enfim, o federalismo atende a um padrão dotado de plasticidade que deve ser tratado, aprimorado, enriquecido e, por que não, cultuado. Amolda-se aos interesses desenvolvidos no seio da sociedade e atua razoavelmente na sua acomodação. Parece, aliás, que essa era a expectativa de James Madison que, no *Federalist* (51), observava que o interesse dos Estados estaria a salvo sob essa Constituição porque as instituições e a cultura política da América promoveram um localismo herdado, capaz de defender o Estado contra os abusos federais. Entendia Madison, conforme exposto por Larry Kramer, que edificada uma cultura própria, haveria sempre, por intermédio do modelo federativo, a possibilidade de defesa dos interesses das pessoas integrantes da comunidade estadual.¹⁸

Extrai-se da lição de Madison que a vitalidade do sistema federativo depende das instituições adotadas e do seu funcionamento. Destarte, o que deve ser questionado é o quadro institucional por meio do qual opera o sistema federativo – a sua adequação às necessidades e à cultura desenvolvida em torno desse modelo.

Trata-se, portanto, de um modelo inacabado e, portanto, apto a acolher particularidades que lhe assegurem melhor desempenho e níveis mais elevados de eficiência, sem ocasionar o seu afastamento dos seus objetivos e de sua essência que o identifica como técnica de organização do Estado em clima democrático.

Resultado dessa realidade, porém, o federalismo se apresenta como uma técnica exigente. Não será qualquer formulação a satisfazer a cultura do federalismo, um desenho institucional direcionado a evitar “a tirania sem obstaculizar a governabilidade”.¹⁹ O modelo, para fazer jus a essa cultura, deve atender a requisitos básicos e reclamos diretamente vinculados às perspectivas democráticas. E, nessa esteira, emerge como primeira condição a ser observada na formatação do padrão federativo o princípio da segurança jurídica, que encontra no instituto do judicial *review* a sua expressão maior de garantia.

4. Quem decide?

O Federalismo na sua matriz originária, a partir da idéia desenvolvida pelos *Founding Fathers*, repousa sobre elementos de duas diferentes categorias: unidade e disjunção (*inerente à noção de federação*).²⁰ E, nesse espaço bifacial que o acomoda, atua impulsionado por um sistema constitucional dual (*a Constituição Total e as Constituições das unidades federadas*) que vem se alinhar a uma dupla

¹⁷ Sob este aspecto, ver KRAMER, Larry. Understanding federalism. In: *Vanderbilt law review*, 47, 1994. p. 1485-1561.

¹⁸ Idem.

¹⁹ ELAZAR, Daniel. *Exploring federalism*. Alabama: University of Alabama Press, 1987. p. 29

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editora, 2000.

FEDERALISMO INCOMPLETO

garantia de direitos fundamentais, fator amplamente reconhecido pelos teóricos e pela jurisprudência.²¹ Esse ambiente dual, próprio do federalismo, porém, implica em sérias dificuldades na aplicação prática do esboço federalista constitucional.²²

Não basta a perspectiva constitucional, ainda que preconizando um adequado equilíbrio entre o Poder Central e os Poderes dos Estados-Membros. Impõe-se um balanceamento claro e preciso dos pólos decisoriais (*Poder Central e Poderes Periféricos*), exatamente com o escopo de evitar o conflito ou o exorbitante e excessivo clima de rivalidade, o qual poderá conduzir a rupturas sociais; o objetivo perseguido, em verdade, é – e deve ser – a viabilização do desenvolvimento social e o adequado cumprimento das funções sociais, num ambiente de tranquilidade e de segurança.

Dúvidas não restam de que, sob esse peculiar prisma, a questão atinente à distribuição de competências assume papel de extrema relevância nos panoramas federativos. É que, destaca com a propriedade que lhe é peculiar Raul Machado Horta: “A autonomia do Estado-Membro sofre o condicionamento da repartição de competências”.²³ De fato, nesse escaninho é que repousam os tópicos de maior polêmica e complexidade e, independentemente do arranjo esculpido, da elevada técnica e sofisticação empregadas, a tônica perseverante da engrenagem federativa continua perquirindo a quem e sobre que tipo de matéria deve ser outorgado o poder de decisão.

Apenas, a título ilustrativo, convém lembrar a exótica partilha de competências oferecida à Federação brasileira pelos constituintes de 1988, escultura que, no magistério de Raul Machado Horta “introduziu o federalismo brasileiro... no grupo integrado pelo federalismo canadense, austríaco, alemão e indiano, ...”.²⁴ Nesses novos moldes,

“...sem prejuízo dos poderes soberanos e nacionais da União, que foram acrescidos com expressivas atribuições novas, criou o domínio autônomo da legislação concorrente, abastecido com matérias próprias, e não com matérias deslocadas da competência legislativa exclusiva da União...”²⁵ (grifo nosso)

A engenhosa técnica da partilha concorrente, contudo, foi insuficiente para acalmar as perspectivas das unidades periféricas (*dos Estados-Membros*), como, também, a tradicional tendência centralizadora da autoridade federal, ensejando um repertório de dúvidas e debates a alcançar relevantes pontos da esfera das competências que foram partilhadas na verticalidade, abrindo uma significativa brecha à insegurança jurídica.

Nesse contexto vale lembrar as questões suscitadas em São Paulo sobre o fumo e o conhecido caso dos “denominados marronzinhos”, ou seja agentes de fiscalização do trânsito no Município de São Paulo, cuja competência para atuar

²¹ Ver nesse sentido o memorável caso *Garcia versus San Antonio Metropolitan Transit Authority* – 469 US 258 (1985), “Giustizia costituzionale e diritti dell'uomo negli Stati Uniti – I giudici Warren e Burger, a cura di Jeffrey Greenbaum”, Milão, Giuffrè, 1992.

²² As dificuldades na preservação do federalismo e no aperfeiçoamento desse sistema, na história norte-americana, são apresentadas tanto no trabalho de Ellis Katz, op. cit., sup., como também no estudo produzido por Michel P. Zuckert, op. cit., sup.

²³ HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

²⁴ Idem. p. 407.

²⁵ Idem. p. 405.

foi contestada com base no entendimento de que a atribuição de aplicar multas fora atribuída ao Estado e não ao poder local.

De fato, na hipótese tabagista (*proibição do fumar cigarros em lugares públicos*), as três esferas governamentais – federal, estadual e municipal – houveram por bem utilizar da mesma competência (*regulação do fumo em recintos públicos*), passando a produzir normas legais disciplinando a matéria. Num primeiro momento, o Município de São Paulo é que editou a Lei nº 10.862, de 4 de julho de 1990, aprimorando um quadro normativo já em desenvolvimento na comuna.²⁶ Em 1995, foi promulgada a Lei estadual nº 9.178, de 17 de novembro, disciplinando a mesma matéria, com nuances diferenciadas da legislação municipal vigente. E, em 1996, a Lei 9.294, de 15 de julho, produzida em esfera federal, pretendendo dispor sobre “as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos”, acabou por introduzir uma nova regulamentação incidente sobre a questão “fumo em locais públicos”. O quadro, sob tríplice regulamentação, passou a servir de palco a uma acirrada disputa judicial: – a que lei deveriam obedecer os estabelecimentos comerciais, restaurantes e bares e os municípios? À lei municipal? (*a competência seria municipal por pertinente ao interesse local, consubstanciado em providências de polícia sanitária?*); à estadual? (*a tarefa de disciplinar a questão tabagista estaria inserida no círculo de competências do Estado-Membro?*); ou, ainda, à federal (*competência que estaria sendo exercida com superfície no disposto no § 4º do art. 220 da Constituição Federal, que atribui ao legislador federal a tarefa de dispor sobre a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas etc.?*). Ainda não solucionada a divergência jurídica pelos nossos Tribunais, as três leis continuam em vigor – nenhuma, porém, contando com o respeito e atendimento da comunidade. Em especial, no Município de São Paulo, cada estabelecimento fixando as suas regras internas, até em razão da ausência de fiscalização eficaz e, portanto, das respectivas sanções.

A seu turno, confuso o espectro a albergar o, também paulistano, tema dos rotulados “marronzinhos”, envolvendo os agentes de fiscalização de trânsito, dos quadros do Município de São Paulo. A problemática nessa esfera gira em torno da competência atinente ao lançamento e arrecadação de multas de trânsito – estaria inserida no rol de atribuições da esfera estadual ou municipal? Como frisado, em decisão emanada da Terceira Câmara de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Trata-se, evidentemente, de competência concorrente. Como decorrência, entregou-se-lhe (ao município) por deferimento constitucional, estabelecer política de educação para a segurança do trânsito...”²⁷

A matéria já deu margem em 1996 a um clima de pré-caos no Município, quando o Tribunal de Justiça Pleno, de São Paulo, na ADIn 16.330-0/8, de 08/05/96, declarou a inconstitucionalidade da atuação fiscalizatória a cargo já mencionados

²⁶ Ver Leis nºs. 8.421/76, 9.120/80, 9.148/80, 11.404/93, 11.467/94, 11.657/94.

²⁷ Acórdão proferido em Apelação Cível nº 044.465-5/1-00, em 1/9/1998.

“marronzinhos” (*autuações lançadas por tais agentes e a respectiva arrecadação*), decisão cujos efeitos foram suspensos por força de medida recursal interposta e ainda pendente de julgamento final. Hoje, no entanto, essa questão encontra-se de certa forma amortecida por força de dispositivo inserido no novo Código de Trânsito Brasileiro (*art. 24, VI*), que aclara o quadro, atribuindo aos órgãos e entidades executivas de trânsito dos municípios a atribuição de: “executar a fiscalização de trânsito, autuar e aplicar as medidas administrativas cabíveis, por infrações de circulação, estacionamento e parada previstas neste Código, no exercício regular do Poder de Polícia de Trânsito”.

E, mais ainda, decorrente dessa técnica de partilha vertical de competências, que, por vezes atropela a distribuição horizontal (*que autua atribuindo às diferentes esferas atribuições exclusivas, reservadas*), emerge a postura contestatória em face do disposto no §13, do art. 40, da Constituição Federal (acrescido pela EC nº 20, de 15 de dezembro de 1998) que serve de base às Portarias nº 4.882, 4 884, de 16/12/98 e a de nº 4992, de 5/2/1999, todas do Ministério da Previdência e Assistência Social.

Estas exigem dos municípios a contribuição social, ignorando a autonomia municipal que lhes assegura a possibilidade de instituir sistema de previdência e assistência social próprio em relação a seus servidores, fato reconhecido e robustecido por decisão proferida no âmbito do Mandado de Segurança (*proc. 1999.61.00.016274-4*), em curso na 10ª Vara da Justiça Federal, onde resta assente a autonomia do município no tocante ao estabelecimento do regime previdenciário e de assistência social de seus servidores, desautorizando a ingerência federal.

Não nos parece, pois, que a sofisticada partilha de competências, resultante da verticalização, tenha oferecido adequado suporte e solução à pergunta que se formula: quem decide?

O quadro, inobstante as 27 emendas introduzidas na Lei Fundamental promulgada em 1988, não mudou. Continua válida, assim, a recomendação que o Senador Lúcio Alcântara lança em artigo publicado na Revista Brasileira de Estudos Políticos, nº 85, de julho de 1997, onde reclama como necessária: “a definição clara das competências e encargos desses entes federativos, de molde a que não restem dúvidas acerca do que lhes cabe...”²⁸

E mais, denota, entre nós, a persistente presença de “trauma antigo”, já identificado pela historiadora Aspásia Camargo, reflexo direto da formação do federalismo doméstico “de cima para baixo”. Isto, explica a ilustre pesquisadora, implica na continuidade e manutenção de um modelo defeituoso, que ela denomina de “pacto patrimonial, ...baseado na cumplicidade promíscua entre o poder público centralizado, e o poder privado de origem local”, o que impede a real concretização da autonomia das unidades federadas, por mais sofisticada que venha a se afigurar a técnica utilizada para a repartição das competências.

²⁸ ALCÂNTARA, Lúcio. Olhando para o futuro. Perspectivas para o sistema federalista brasileiro. *Revista de Estudos Políticos*, n. 85, p. 89, jul. 1997.

De qualquer forma, o próprio caráter difuso, peculiar à verticalização empregada na partilha de competências pela Carta de 1988, enseja a abertura de relevantes brechas à ingerências e, notadamente, à interferência do Poder Central, inserindo sérios riscos no tocante ao *standard* da segurança jurídica, introduzindo um clima de incerteza. Ademais autoriza, a nosso ver, uma flagrante burla do princípio federativo, preordenando uma ação centralizadora a reconduzir ao modelo federalista de integração, que dominou o espectro federal brasileiro por quase três décadas.

Nessa linha a recomendação do aperfeiçoamento do mecanismo operativo da federação, com vistas, sempre, ao atendimento e prestígio da segurança jurídica, princípio que exsurge na atualidade, ganhando planos cada vez de maior notoriedade – um *standard* de construção vantajada que, numa trajetória evolutiva, busca reforçar a idéia de Estado de Direito, dirigindo-se tanto ao legislador, como, também, ao executor da lei e ao seu intérprete.

5. O princípio da segurança jurídica

Produzido em esfera germânica, onde se encontra constitucionalmente protegido, o princípio da segurança jurídica rapidamente conquistou a simpatia da doutrina e da jurisprudência no panorama europeu. Na França, como remarca Bertrand Mathieu,²⁹ esse cânone se instala como reflexo do direito comunitário em expansão e, embora ainda não tenha sido contemplado de forma expressa em nível constitucional, vai se robustecendo ganhando espaço próprio em textos legais, no âmbito da doutrina e da jurisprudência. Um de seus primordiais atributos vem a se configurar na sua vocação ao reforço, entendido como necessário, da proteção dos direitos fundamentais. E, nesse sentido, adverte C. Autexier (*Introduction Au Droit Allemand*. Paris: PUF, 1997, n. 93), é superado o sistema assente no respeito e atendimento da hierarquia das normas jurídicas para autorizar e exigir o exame do conteúdo dessas normas.

Sob essa peculiar faceta, o princípio da segurança jurídica passa a se consubstanciar em indicador de qualidade do direito, conduzindo Bertrand Mathieu a explicitar “A segurança jurídica exprime, pois, um certo número de exigências as quais deve atender o direito enquanto instrumento. Ela condiciona a realização da “proeminência do direito”.³⁰ Amplamente acolhido no direito comunitário, o princípio da segurança jurídica³¹ repousa sobre a idéia do prévio conhecimento da lei e do tratamento ao qual essa será submetida na sua aplicação. Na realidade, concebido como um estágio

²⁹ Professor da Universidade de Paris I, Panthéon Sorbonne.

³⁰ “Constitution et Sécurité Juridique”, relatório apresentado na Xve Table Ronde Internationale, Aix en Provence, setembro de 1999, pelo Prof. Bertrand Mathieu, da Universidade de Paris I, Panthéon Sorbonne, com o auxílio de Anne Laure Velembois, monitora da Faculdade de Direito e de Ciências Políticas de Dijon.

³¹ O princípio da segurança jurídica foi reconhecido como princípio geral de direito no âmbito do Direito Comunitário, por força de decisão proferida pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias em 1961.

avanzado do *standard* Estado de Direito, esse princípio assumè contornos de “principe fédérateur”.³² Por isso é que poder-se-ia afirmar que o cânone se apresenta como macroprincípio – ainda que não positivado a nível constitucional –³³ a alojar no seu bojo uma série de outros princípios, a exemplo da irretroatividade, da proteção dos direitos adquiridos, da confiança legítima, da legalidade ou da qualidade da lei.

Interessante, ainda, o arranjo estrutural desses princípios considerados, na ótica do Prof. Mathieu, como elementos componentes da segurança jurídica, vislumbrando a possibilidade de distingui-los em duas diferentes categorias.

Com efeito, no desenho produzido por Mathieu, todos esses princípios integram e estão presentes na esfera de incidência da segurança jurídica, a esse vinculando-se por uma forte, porém, diferenciada ligadura. Alguns têm sua interface com esse *cânone*, de maior amplitude, assegurada por sua vocação ao combate da insegurança e da incerteza que podem atingir a norma jurídica tanto no seu aspecto formal quanto no que toca a seus requisitos de fundo. Outros, contudo, aproximam-se da segurança jurídica, complementando-a em sua formatação, pela predisposição de contornar e evitar incertezas decorrentes da aplicação do direito no tempo.

Nessa visualização, portanto, o analista viria a se deparar, de um lado, com os princípios direcionados à exigência de qualidade do direito e, de outro, com os atinentes à imposição de previsibilidade do direito, na seguinte configuração:

O princípio da segurança jurídica³⁴

<i>Princípios atinentes à qualidade do direito</i>	<i>Princípios atinentes à exigência de previsibilidade do direito</i>
<ol style="list-style-type: none"> 1. Princípio da claridade da lei 2. Princípio da acessibilidade 3. Princípio da eficácia 4. Princípio da efetividade 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Princípio da irretroatividade 2. Princípio da proteção dos direitos adquiridos 3. Princípio da confiança legítima³⁵ 4. Princípio da estabilidade das relações contratuais

³² Cf. Prof. Bertrand Mathieu, “Constitution et Sécurité Juridique”, relatório apresentado na Xve Table Ronde Internationale, Aix en Provence, setembro de 1999.

³³ Já há referências legais ao princípio da segurança jurídica, a exemplo dos dois recentes textos que cuidam do processo e julgamento da ação direta de declaração de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (Lei nº 9.868, de 10/11/1999) e daquela atinente ao processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882, de 3/12/1999).

³⁴ Formulação apresentada pelo professor Bertrand Mathieu na Xve Table Ronde Internationale, realizada em Aix en Provence, em setembro de 1999.

³⁵ A expressão inglesa para o princípio da confiança legítima – “legitimate expectation” – é reveladora do conteúdo desse cânone, impondo a idéia da manutenção da ordem jurídica e das situações juridicamente definidas por essa ordem.

Esse *standard*, que implica na proteção da confiança jurídica, foi inserido de forma implícita na ordem jurídica da Comunidade Européia pela decisão da Comissão Conseil de 5/6/1973, confirmada de modo expresse pela decisão Töpfer, de 3/5/1978, onde restou assente que a ignorância dessa máxima constitui violação de tratado ou de qualquer regra de direito no tocante a sua aplicação. In: Recueil de Jurisprudence Constitutionnelle, p. 575 e 1019.

Nesse panorama, pois, não só a qualidade do direito, a autorizar um controle sobre os elementos estruturais da lei, assume contornos de exigência constitucional, mas, a seu turno, a questão da previsibilidade e da confiança de que deve ser merecedor o legislador passam a assumir o status de elementos imprescindíveis para a correta análise da conformização de ato ou norma do Poder Público aos preceitos maiores da Constituição. Isto no sentido de extirpar a ação corrosiva do *álea* e garantir um ambiente de segurança jurídica.

Nesse panorama, o controle de constitucionalidade passa a traduzir a aplicação direta da segurança jurídica e, conseqüentemente, do tratamento que é outorgado àquele tema é que vai depender o adequado atendimento do *standard* da segurança jurídica.

Em verdade, a idéia da necessidade de um sistema próprio de vigilância sobre a produção normativa e sobre condutas praticadas pelos detentores do poder, no sentido de assegurar a sua conformização aos cânones maiores do Estatuto Fundamental, já se encontra assente nos ordenamentos jurídicos de todas as partes. Evoluindo, com celeridade, a partir do memorável pronunciamento do Juiz Marshall,³⁶ em 1803, hoje, há consenso, quase que pacífico, de que “não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida.”, como afirma Jorge Miranda.³⁷

E, sob este aspecto, caberá ao órgão encarregado desse controle – ao Poder Judiciário entre nós – preservar o federalismo, um modelo dotado de plasticidade, porém atento e respeitoso no que toca ao cânone da segurança jurídica; o federalismo entendido como um autêntico princípio constitucional.

6. Conclusões

A estrutura federativa no panorama doméstico, na sua linha histórica evolutiva, passou por diversas e diferentes fases, cada qual sofrendo diretamente os reflexos da vontade política, da ideologia e da conjuntura econômica que a essa era subjacente. Longo o rol de vicissitudes. Inúmeras, também, as tentativas de aprimoramento, no sentido de adaptar um modelo que as antigas províncias (*hoje unidades federadas/ Estados-Membros*) receberam como “uma dádiva que não lhes custou o menor esforço”³⁸ às reais exigências da tônica federativa e às efetivas necessidades de uma comunidade de imenso território e de diferentes peculiaridades regionais.

Sobreviveu o sistema, exatamente, em razão de sua plasticidade, de sua capacidade de enfrentar adversidades e, ainda assim, em climas antagônicos, ofere-

³⁶ É célebre hoje o caso *Marbury x Madison*, no âmbito do qual o Chief Justice Marshall da Suprema Corte norte-americana lançou para o mundo a tese do controle de constitucionalidade das leis, frisando: “se uma lei está em oposição à Constituição; se ambas, a Lei e a Constituição se aplicam a um caso particular, devendo o tribunal decidir o caso, ou conforme a Lei e deixando de lado a Constituição, ou conforme a Constituição e deixando de lado a Lei, deve determinar qual de ditas regras em conflito rege o caso. Isto é da real essência do dever judicial. Se então os Tribunais dão prevalência à Constituição e a Constituição é superior a todo ato ordinário da legislatura, a Constituição e não aquela lei ordinária deve reger o caso no qual ambas se aplicam. Portanto, os que controvertem o princípio de que a Constituição deve ser considerada pelo Tribunal como uma lei suprema, se vêem constrangidos pela necessidade de sustentar que os tribunais devem fechar os olhos à Constituição e ver somente a lei. Esta doutrina subverteria o real fundamento de todas as constituições escritas”.

³⁷ MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 76-77

³⁸ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Novos rumos do federalismo. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 56, p. 125, jan. 1983.

cer vantagens, na qualidade de sistema de organização estatal, à preservação da identidade e dos interesses das unidades federadas, bem como no que tange à tutela dos direitos fundamentais.

Consolidou-se o federalismo. Ao longo desse processo de consagração, no entanto, restou evidente que o federalismo continua sendo um sistema exigente e, portanto, para a boa prática, impõe a observância de duas leis fundamentais, conforme magistério de José Alfredo de Oliveira Baracho:

- a) a “Lei da Autonomia: coletividades territoriais distintas do Estado central têm (devem ter) sua própria estrutura governamental e competências, que dependem de situações e particularidades próprias a cada Estado;
- b) A Lei da participação: essas coletividades participam por seus delegados na vida dos órgãos federais centrais”.³⁹

É nessa esteira que nos permitimos concluir:

1. Não há como evoluir no aperfeiçoamento do sistema federativo sem atingir um desenho adequado quanto à partilha de competências, de molde a definir com precisão os diferentes planos decisórios. A questão atinente a quem decide avulta como o núcleo central a servir de base a uma equilibrada e operativa distribuição de atribuições, evitando o conflito e principalmente a marginalização da autonomia dos Estados-Membros.
2. À temática relativa à atribuição de competências vem se alinhar a questão participativa das unidades federadas junto ao pólo central de decisão. E, irretrucável se afigura o fato de que qualquer desequilíbrio verificado no sistema de participação das unidades federadas junto ao Poder central implica no conseqüente desequilíbrio na repartição das competências, maculando o princípio federativo por investir diretamente sobre o seu mecanismo operativo.
3. Para o regular funcionamento do federalismo é necessário não somente um adequado sistema de partilha e um eficaz mecanismo a garantir a expectativa de participação; impõe-se, hoje, a observância do princípio da segurança jurídica, voltado tanto para o legislador como, também, para o administrador – o aplicador da lei e/ou seu intérprete. Um cânone a demandar: a clareza da norma, a acessibilidade, a sua eficácia e a previsibilidade, sendo esta última imposição conseqüente natural do princípio da confiança legítima, o qual, afinal deve comandar o arranjo institucional do federalismo.
4. E isto, ainda se apresentaria como uma receita incompleta na busca de novos caminhos para o aprimoramento do modelo de Estado Federal, se constatada a ausência de um forte e robusto sistema de controle da eficácia dos *standards* maiores do federalismo, por intermédio de uma adequada fiscalização quanto ao respeito e endendimento da norma constitucional.

³⁹ Idem, p. 98.